

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – No condena

DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO CON INCAPAZ DE RESISTIR / DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES / RECLUSIÓN EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO Y PRISIÓN DOMICILIARIA / ABSOLUCIÓN POR INEXISTENCIA DE PRUEBAS / INEXISTENCIA DE IMPUTACIÓN / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA DETERMINANTE Y ADECUADA DEL DAÑO / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Síntesis del caso: El 16 de enero de 2005, el [sindicado] fue capturado por miembros de policía como supuesto autor de la conducta de acceso carnal con incapaz de resistir. La Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva, le profirió medida restrictiva de la libertad al encontrar elementos probatorios que daban cuenta de que el hoy demandante, la noche anterior a su captura, había transportado en su vehículo tipo taxi a una joven en estado de embriaguez, la cual, llevó a un campo despoblado, donde la accedió carnalmente. La joven fue hallada semidesnuda en dicho lugar, dejada allí por el actor. El curso de la investigación terminó con sentencia penal absolutoria de segunda instancia, al considerarse que no existían elementos que desvirtuaran la presunción de inocencia del sindicado y se ordenó su libertad inmediata.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PROCEDENCIA DE LA PRELACIÓN DE FALLO / PROCESOS QUE IMPLIQUEN SOLO LA REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Mediante acta No. 10 del 25 de abril de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado definió 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.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA – Por la naturaleza del asunto

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 6 de febrero de 2014, 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 proceso.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD – Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – No operó. Demanda interpuesta en el término legal

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 de 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 libertad. La investigación penal en contra del actor culminó con sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Huila – Sala Penal, el 3 de octubre de 2006, la cual cobró firmeza el 3 de noviembre de 2006, de conformidad con la constancia de ejecutoria obrante en el expediente (...), lo que lleva a concluir que la demanda fue interpuesta oportunamente, ya que su radicación se efectuó el 21 de agosto de 2007 (...), vale decir, dentro del término de dos años.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – Víctima directa del daño / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA – Madre, hijos y compañera permanente, demostrada mediante prueba idónea / EXCEPCIÓN DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – No probada. Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación

El demandante Félix María Herrera Escobar se encuentra legitimado, en razón a que se acreditó que estuvo privado de la libertad por el delito de acceso carnal violento. De igual manera, se encuentra acreditado el parentesco de Herminia Escobar Osorio, Ana Yineth Cubillo Murcia, Sergio Camilo y Yerly Milena Herrera Lizcano, con la víctima directa del daño, como se precisará más adelante, hecho a partir del cual se puede inferir su calidad de damnificados en el daño sufrido por este. En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que a la Nación – Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- y Nación -Fiscalía General de la Nación- se le imputan los daños cuya reparación se pretende, en razón de la investigación penal y posterior captura del señor Félix María Herrera Escobar, por lo cual se concluye que la entidad es la llamada a comparecer al proceso y que, además, está representada por las autoridades a las cuales se atribuyen los hechos generadores de tales daños.

ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

[E]l daño alegado por el demandante es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo detenido en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra como supuesto autor del delito de acceso carnal violento, por el cual fue capturado y recluso en un establecimiento penitenciario desde el 16 de enero de 2005, según consta en el informe del Departamento de Policía Seccional – Unidad de Vida de esa misma fecha (...) En el acta de derechos del capturado y en la boleta de encarcelación, también se señala la fecha de la captura -16 de enero de 2005 (...) en la resolución de 16 de mayo de 2005, proferida por la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva declaró que el sindicado (...) no era merecedor de la sustitución de la detención carcelaria por la detención domiciliaria, en razón a que no se cumplían las exigencias del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal (...). No obstante, mediante proveído de 7 de julio de 2005, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Huila decidió sustituir la detención preventiva por la detención domiciliaria en su lugar de residencia (...) la privación de la libertad se extendió hasta el 4 de octubre de 2006, fecha en la cual el señor Herrera Escobar suscribió acta de diligencia de

compromiso (...) como consecuencia de la orden emitida por el Tribunal Superior de Huila – Sala Segunda de Decisión Penal, en la sentencia que lo absolvió del delito endilgado (...) No hay duda de la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor (...) fue privado de su libertad desde el 16 de enero de 2005 hasta el 4 de octubre de 2006. (...) el señor (...) fue procesado penalmente y, como consecuencia de ello, privado de su libertad por disposición de la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva, al haber obrado como posible autor del delito de acceso carnal con incapaz de resistir, hasta cuando el Tribunal Superior del Huila lo absolvió porque existían dudas sobre la condición de incapacidad de la víctima para que se configurara la conducta punible. Así las cosas, los presupuestos fácticos del litigio podrían ser encuadrados, en principio, en el régimen de responsabilidad objetivo derivado de la privación injusta de la libertad, que tiene lugar cuando, a pesar de haberse dictado una medida de detención, se profiere una decisión absolutoria, en la cual se establece, finalmente, que no existe la certeza necesaria para condenar [al] sindicado.

SENTENCIA ABSOLUTORIA ADELANTADA EN PROCESO PENAL / INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En materia de privación injusta de la libertad, se ha sostenido que no toda absolución en un proceso penal deviene en responsabilidad patrimonial del órgano judicial, puesto que cuando la investigación tuvo sustento probatorio y de ella se pudo desprender que la actuación del procesado fue de tal magnitud que justificó la actuación judicial, es la conducta de la víctima la causante del daño, sin perjuicio de que, en sede de la justicia ordinaria, se hubiere proferido sentencia absolutoria o equivalente.

CONFIGURACIÓN DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO – Presupuestos

[P]ara que la actuación a propio riesgo de la víctima releve el estudio de imputación, es necesario que se presenten tres presupuestos a saber: (i) la acción u omisión que produce el daño debe encontrarse dentro del ámbito de dominio de la víctima. Es decir, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el desarrollo de la situación; (ii) la víctima del daño debe ser legalmente capaz, autorresponsable y tener la capacidad suficiente para calcular y dimensionar los riesgos de la situación asumida y (iii) un tercero no debe tener una posición de garante respecto de la víctima.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / INEXISTENCIA DE IMPUTACIÓN / CONFIGURACIÓN DE LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL EXIMIENTE O EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD / ACTUACIÓN DEL DEMANDANTE CON CULPA GRAVE / IRRESPECTO A LIBERTAD SEXUAL DE MUJER VÍCTIMA DE SU PROCEDER / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA – Cumplimiento de presupuestos para su configuración / CULPA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EFICIENTE, ADECUADA Y DETERMINANTE DEL DAÑO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

[L]a culpa exclusiva de la víctima se configura cuando se acredita que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o que incurrió en comportamientos irregulares que ameritaban el adelantamiento de la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de una medida que le privara de

su libertad. En ese entendido, a pesar de que se ordenó la libertad del señor (...) por sentencia absolutoria por el delito de acceso carnal en persona incapaz de resistir, no cabe duda de que su conducta dio lugar a que, además de ser investigado, fuera objeto de una medida restrictiva de su libertad, lo cual, desde luego, no implica una calificación de las decisiones adoptadas por la justicia ordinaria, en orden a determinar si fueron acertadas o no. (...) la conducta del demandante tuvo injerencia en la producción del daño, (...) si el daño se produce por el actuar determinante de la víctima, esta lo asume de manera exclusiva y directa y, por tanto, no es posible imputar responsabilidad a la administración pública. (...) En el presente caso, se cumplen todos los requisitos enunciados porque el daño se produjo mientras que el señor Félix María Herrera Escobar (víctima en el proceso de reparación) tenía el ámbito de control y de dominio de la situación, tanto así que pudo abstenerse de tener relaciones con la joven J.A.V.Ñ. En segundo término, el señor Herrera Escobar, mayor de edad, era legalmente capaz y afirmó haber accedido a la joven, la cual se encontraba alicorada, motivo por el cual era consciente de su estado. Por último, ninguna persona tenía posición de garante frente al comportamiento de hoy demandante; a contrario sensu, él en su condición de conductor del taxi, asumió posición de garante frente a la joven y, por consiguiente, estaba compelido a protegerla en su vida, bienes y honra, incluso a no transgredir su libertad sexual. (...) el señor (...) incurrió en acción a propio riesgo, en atención a que sostuvo una relación sexual con la joven J.A.V.Ñ. en condiciones que para la Fiscalía a cargo lo hacían presuntamente responsable del delito de acceso carnal en incapaz de resistir, lo cual le indujo a proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de aquel; así como al Juez Penal de primera instancia, a dictar sentencia condenatoria. De esta forma, sin perjuicio de las decisiones que corresponden a la jurisdicción penal y que la Sala no controvierte, no se acogerá la solicitud de reparación, porque el hoy demandante actuó con culpa grave, es decir, sin respeto por la libertad sexual de su agraviada.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Doble victimización / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Actuación de funcionario judicial fundada en estereotipos machistas que desconocen la calidad de la víctima: mujer abusada sexualmente / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Prohibición de todas las formas de discriminación contra las mujeres / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Derecho de las mujeres a la intimidad y dignidad / DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES

Sin perjuicio de la decisión que viene de adoptarse en el capítulo anterior, esta Subsección considera que aunque no puede calificarse de equivocada la decisión de absolver al señor (...) del delito por el cual se le investigaba, pues -como se dijo- es una decisión que escapa por completo de esta competencia, lo cierto es que, algunos de los argumentos que tuvo la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Huila para resolver la situación del procesado ameritan una reflexión al respecto. Ab initio, esta Subsección reprocha el hecho que en los casos de violencia sexual, las mujeres continúen siendo víctimas, no sólo de su propio agresor, sino de los mitos, prejuicios y/o la insensibilidad de los operadores jurídicos que consideran que su comportamiento predetermina la posibilidad de que estas puedan o no ser sujetos pasivos de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, previstos en el Título IV de la Ley 599 de 2000. En un estudio que hizo el Centro Regional de Derechos Humanos acerca de la jurisprudencia colombiana, en justicia ordinaria, sobre delitos sexuales cometidos

contra mujeres y niñas con un enfoque cualitativo y de derechos humanos de las mujeres, cuyo objetivo fue determinar en qué medida la judicatura garantiza y protege sus derechos como víctimas de violencia sexual, se expuso lo siguiente respecto de los delitos sexuales cuando la mujer se encuentra en estado de embriaguez. (...) es preciso señalar que el análisis de la Sala Penal del Tribunal Superior del Huila para declarar la absolución de señor Herrera Escobar, tuvo una percepción que partió de la base de darle toda credibilidad al dicho del procesado, comoquiera que la joven J.A.V.Ñ. no recordaba nada de lo sucedido y, que además, el licor que ingirió la joven no le provocó un estado de incapacidad absoluto, por lo que, a su juicio, “forzoso resulta concluir la presencia de serias dudas en relación con la situación que le pudo impedir a la víctima resistirse a los actos libidinosos ejercidos por aquél”. Sobre el particular, cabe señalar que esta Sección del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre este tipo de casos -violencia contra la mujer- y ha trazado un criterio orientado con una perspectiva de género de protección a la mujer, criterio que ha sido acogido en diversas sentencias, de las cuales resulta pertinente citar la proferida el 14 de mayo de 2012, en la cual se resaltó el papel del juez contencioso administrativo en el estudio de este tipo de casos. **NOTA DE RELATORÍA:** Consultar sentencias de: 11 de mayo de 2006, exp. 14400; 17 de marzo de 2010, exp. 18101; 17 de agosto de 2000, exp. 12123; 22 de noviembre de 2001, exp. 13121; 24 de abril de 2008, exp. 16011; 14 de mayo de 2012, exp. 23170; 14 de diciembre de 2014, exp. 39393; 5 de abril de 2013, exp. 21781; 5 de abril de 2013, exp. 21781; 31 de mayo de 2016, exp. 40648; 17 de agosto de 2017, exp. 43955 y de 23 de noviembre de 2017, exp. 48070.

NO PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS – Privación de la libertad

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00355-01(51733)

Actor: FÉLIX MARÍA HERRERA ESCOBAR Y OTROS

Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD– Preclusión de la investigación penal por aplicación de la presunción *in dubio pro reo* / REITERACIÓN

JURISPRUDENCIAL – *in dubio pro reo* / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA -
Eximente de responsabilidad del Estado.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 6 de febrero de 2014, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 16 de enero de 2005, el señor Félix María Herrera Escobar fue capturado por miembros de policía como supuesto autor de la conducta de acceso carnal con incapaz de resistir. La Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva, le profirió medida restrictiva de la libertad al encontrar elementos probatorios que daban cuenta de que el hoy demandante, la noche anterior a su captura, había transportado en su vehículo tipo taxi a una joven en estado de embriaguez, la cual, llevó a un campo despoblado, donde la accedió carnalmente. La joven fue hallada semidesnuda en dicho lugar, dejada allí por el actor. El curso de la investigación terminó con sentencia penal absolutoria de segunda instancia, al considerarse que no existían elementos que desvirtuaran la presunción de inocencia del sindicado y se ordenó su libertad inmediata.

II. ANTECEDENTES

Cuestión previa

La Sala suprimirá de la presente providencia, el nombre de la mujer involucrada en el proceso penal a fin de proteger su intimidad, por lo que se reemplazará por sus iniciales “J.A.V.Ñ.”.

1. La demanda

En escrito presentado el 21 de agosto de 2007 (fls. 1 a 9, c. 1), los ciudadanos Félix María Herrera Escobar actuando en nombre propio y en representación de sus

menores hijos Yerly Milena y Sergio Camilo Herrera Lizcano; Ana Yineth Cubillos Murcia y Herminia Escobar Osorio, por conducto de apoderado judicial (fl. 10 a 14, c. 1), interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación-, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad que soportó el primero de los mencionados entre el 16 de enero de 2005 y el 3 de octubre de 2006.

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

PRIMERA: declarar que el Estado Colombiano – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes por falla del servicio, error jurisdiccional, que condujo a la injusta privación efectiva de la libertad del señor Félix María Herrera Escobar.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración el Estado – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial pagará a los demandantes, una vez ejecutoriada la sentencia, las sumas de dinero que correspondan a la indemnización de los daños materiales y morales padecidos por ellos, cuya cuantificación se determinará en la sentencia, con la respectiva indexación y dentro de los términos de los art. 176 y 177 del C.C.A.

TERCERA: La condena al pago de las sumas de dinero será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A. (fl. 2, c. 1).

Como fundamento fáctico de la demanda se narró que:

El 16 de enero de 2005, el señor Félix María Herrera Escobar fue capturado por miembros de la Policía Nacional y puesto a disposición de la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Neiva, autoridad que, mediante proveído de 21 de enero de 2005, le profirió medida de aseguramiento

como presunto autor del delito de acceso carnal violento en persona puesta en incapacidad de resistir.

El 16 de mayo de 2005, la referida unidad de Fiscalía le profirió resolución de acusación por el delito de acceso carnal violento con incapaz de resistir y negó la solicitud de sustitución de detención domiciliaria, la decisión fue apelada por el defensor del sindicado y el 7 de julio de 2005, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, confirmó la acusación y sustituyó la detención preventiva en centro carcelario por la detención domiciliaria.

Seguidamente, el 16 de mayo de 2006, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva condenó al señor Félix María Herrera Escobar a la pena de prisión domiciliaria de 4 años, por encontrarlo responsable del delito de acceso carnal con incapaz de resistir, cometido en contra de la joven J.A.V.Ñ. en hechos acaecidos el 16 de enero de 2005.

El 3 de octubre de 2006, el Tribunal Superior de Huila, Sala Segunda, revocó la sentencia de primera instancia y ordenó la libertad del hoy demandante, por considerar que no estaba desvirtuada la presunción de su inocencia.

2. El trámite en primera instancia

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Neiva admitió la demanda en auto de 27 de agosto de 2007 (fl. 76, c. 1); sin embargo, en proveído de 10 de octubre de 2008, ese Despacho ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo del Huila en razón de su competencia (fls. 98 a 100, c. 1).

El 26 de noviembre de 2008, el Tribunal Administrativo del Huila avocó el conocimiento de la presente acción y declaró la nulidad de todo lo actuado. Por consiguiente, en providencia de 5 de marzo de 2009, admitió la demanda y ordenó notificar en legal forma a las partes y al Ministerio Público (fls. 116 a 117, c. 1).

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial contestó oportunamente la demanda y se opuso a sus pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó que se limitaba a lo que resultare probado en el curso del proceso. Adujo que las pruebas que obraban en el proceso penal indicaban que el señor Herrera Escobar fue partícipe en la conducta penal a él endilgada, decisión que fue avalada por el Juzgado Penal de primera instancia. Formuló las excepciones de falta de causa para demandar, inexistencia de perjuicios e innominada, con fundamento en que la investigación penal estuvo soportada en las normas constitucionales y legales vigentes (fls. 138 a 145, c. 1).

La Fiscalía General de la Nación guardó silencio en esta etapa procesal.

Mediante providencia del 27 de julio de 2009, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas (fls. 150 a 151, c. 1) y, mediante auto del 29 de marzo de 2011, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fl. 220 c. 1).

En sus alegatos, la Fiscalía General de la Nación señaló que de los hechos que originaron la instrucción penal no se podía estructurar la responsabilidad patrimonial de la entidad, toda vez que sus actuaciones se ajustaron a las facultades que le fueron confiadas en el ordenamiento constitucional y legal para el desarrollo de su misión institucional (fls. 222 a 229, c. 1).

Por su parte, la Dirección Ejecutiva de Administración de Justicia, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 6 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo del Huila accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia es del siguiente tenor:

PRIMERO: Declarar que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son solidaria y administrativamente responsables por los perjuicios morales y materiales, causado a los demandantes, por la injusta privación de la libertad de que fue objeto el señor FÉLIX MARÍA HERRERA ESCOBAR.

SEGUNDO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar con cargo a sus presupuestos, por los siguientes conceptos:

a) Perjuicios morales:

Para FÉLIX MARÍA HERRERA ESCOBAR, quien sufrió la privación de la libertad, el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al pago efectivo de la condena.

Para ANA YINETH CUBILLOS MURCIA compañera permanente del ofendido, el valor correspondiente a 50 S.M.L.M.V. a la fecha de ejecutoria de la presente sentencia y a HERMINIA ESCOBAR OSORIO, en calidad de progenitora del privado de la libertad, YERLY MILENA y SERGIO CAILO HERRERA LIZCANO, hijos del perjudicado, el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al pago efectivo de la condena, para cada uno.

b) Perjuicios materiales:

Para FÉLIX HERRERA ESCOBAR, por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de dieciséis millones seiscientos cuarenta y un mil novecientos ochenta pesos (\$16'641.980,00), suma que deberá ser actualizada a la fecha del pago efectivo de la condena conforme al artículo 178 del C.C.A.

TERCERO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

(...) (fls. 280, c. 2).

El *a quo* efectuó un recuento de las disposiciones legales y jurisprudenciales relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado y concluyó que al presente caso le era aplicable un régimen objetivo de responsabilidad.

Señaló que se encontraba probado el daño antijurídico configurado en la privación de la libertad del demandante, el cual le resultaba atribuible a las entidades demandadas, en razón a que la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad fue ordenada y ejecutada por el ente investigador y prolongada en el tiempo por orden del Juez Penal de la causa y, como quedó acreditado en la sentencia absolutoria, no existió prueba contundente que ofreciera certeza de la comisión de la conducta.

Como consecuencia, accedió a reconocer los perjuicios que se hallaban probados en el proceso (fls. 264 a 281, c. 2).

4. Los recursos de apelación

4.1. La Dirección ejecutiva de Administración Judicial formuló recurso de apelación a través del cual solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Adujo que los despachos judiciales que tuvieron a cargo el proceso penal adelantado contra el señor Félix María Herrera Escobar, analizaron con juicio y detalle las pruebas suministradas por el ente instructor, lo que arrojó como resultado, la absolución del sindicado.

Adujo que el hoy demandante sí tuvo participación activa en los hechos que tuvieron ocurrencia el 16 de enero de 2005, por lo que se considera que el investigado tenía la obligación de soportar la restricción de su libertad.

Adicionalmente, señaló que el proceso penal analizado se desarrolló en vigencia de la Ley 600 de 2000, lo que significa que fue la Fiscalía General de la Nación, la entidad que resolvió de manera autónoma, exclusiva y excluyente la medida restrictiva de la libertad.

4.2. La Fiscalía General de la Nación apeló la decisión y solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la absolución del actor en el proceso penal, obedeció a la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, y que en ese evento, era carga probatoria del demandante acreditar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pero que bastaba con una revisión del expediente para evidenciar la ausencia de esfuerzo probatorio en tal sentido. Adujo que, al momento de proferir la medida de aseguramiento, se contaban con los indicios que exigía el ordenamiento penal. Por tanto, todas las actuaciones del ente instructor se fundaron en la Constitución y el ordenamiento legal.

Además, manifestó que no había lugar a que se profiriera sentencia en su contra; pero que, en el evento de que se le declarara responsable, se estudiara la tasación de perjuicios morales, toda vez que los montos reconocidos resultan contrarios a los lineamientos jurisprudenciales en esa materia.

4.3. La parte actora presentó su recurso de apelación con el propósito de que se modifique la sentencia de primera instancia, de una parte, para que se reconozca la indemnización por daño emergente y, de otra, para que se ajuste la suma reconocida en la modalidad de lucro cesante, toda vez que a esta se le debe sumar el tiempo que se demora una persona que ha estado privada de la libertad, para reintegrarse a la vida laboral.

5. El trámite de segunda instancia

Los recursos fueron concedidos en proveído de 18 de junio de 2014 (fl. 333, c. 2), y fueron admitidos por auto del 22 de agosto del mismo año (fl. 346, c. 2). El 19 de septiembre, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 348, c. 2).

En esta oportunidad procesal, la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial reiteraron sus argumentos en el sentido de

señalar que se encuentra acreditado que la medida de aseguramiento dictada en contra del señor Herrera Escobar se efectuó con fundamento en los indicios graves en su contra (fls. 362 a 365; 367 a 370, c. 2).

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

II. CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

Mediante acta No. 10 del 25 de abril de 2013, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado definió 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 de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 6 de febrero de 2014, 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. El ejercicio oportuno de la acción

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.

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 de 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.

La investigación penal en contra del actor culminó con sentencia absolutoria proferida por el Tribunal Superior de Huila – Sala Penal, el 3 de octubre de 2006, la cual cobró firmeza el 3 de noviembre de 2006, de conformidad con la constancia de ejecutoria obrante en el expediente (fl. 67, c. 1), lo que lleva a concluir que la demanda fue interpuesta oportunamente, ya que su radicación se efectuó el 21 de agosto de 2007 (fl. 9 vto., c. 1), vale decir, dentro del término de dos años.

4. La legitimación en la causa

El demandante Félix María Herrera Escobar se encuentra legitimado, en razón a que se acreditó que estuvo privado de la libertad por el delito de acceso carnal violento.

De igual manera, se encuentra acreditado el parentesco de Herminia Escobar Osorio, Ana Yineth Cubillo Murcia, Sergio Camilo y Yerly Milena Herrera Lizcano,

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.

con la víctima directa del daño, como se precisará más adelante, hecho a partir del cual se puede inferir su calidad de damnificados en el daño sufrido por este.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que a la Nación – Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- y Nación -Fiscalía General de la Nación- se le imputan los daños cuya reparación se pretende, en razón de la investigación penal y posterior captura del señor Félix María Herrera Escobar, por lo cual se concluye que la entidad es la llamada a comparecer al proceso y que, además, está representada por las autoridades a las cuales se atribuyen los hechos generadores de tales daños.

5. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la medida de detención preventiva proferida contra el señor Félix María Herrera Escobar por la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva y la decisión de extenderla por orden del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva, comportan un daño antijurídico que deba ser reparado o, si por el contrario, se configura la causal de culpa exclusiva de la víctima.

6. Caso concreto

6.1. El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a las entidades demandadas.

En el caso concreto, el daño alegado por el demandante es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo detenido en el marco del proceso penal que

se adelantó en su contra como supuesto autor del delito de acceso carnal violento, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario desde el 16 de enero de 2005, según consta en el informe del Departamento de Policía Seccional – Unidad de Vida de esa misma fecha, así:

Por medio del presente me permito dejar a su disposición desde los calabozos de la SIJIN, al señor Félix María Herrera Escobar, c.c. (...), estado civil unión libre, ocupación conductor de taxi.

El antes mencionado es solicitado mediante orden de captura No. 0001 de 16-01-05, por el delito de acceso carnal violento, emanada por su despacho, es de anotar que dicha captura fue realizada el día de hoy a eso de las 12 M, en la residencia del sindicado, en donde esta persona nos comunicó, que efectivamente había recogido a una mujer en el barrio Limonar a eso de las 3:00 de la madrugada y que habían quedado de tener relaciones sexuales, pero como se encontraba en estado de embriaguez, la había dejado por el sector de la zona boscosa del barrio Ipanema, a salir al barrio las Palmas (fl. 18, c. 1).

En el acta de derechos del capturado y en la boleta de encarcelación, también se señala la fecha de la captura -16 de enero de 2005- (fl. 19, c. 1).

Ahora bien, en la resolución de 16 de mayo de 2005, proferida por la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva declaró que el sindicado Félix María Herrera Escobar no era merecedor de la sustitución de la detención carcelaria por la detención domiciliaria, en razón a que no se cumplían las exigencias del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal (fl. 31, c. 1). No obstante, mediante proveído de 7 de julio de 2005, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior del Huila decidió sustituir la detención preventiva por la detención domiciliaria en su lugar de residencia, así lo dispuso en la parte resolutive:

REVOCAR el ordinal segundo de la resolución objeto de alzada, de fecha y procedencia antes anotadas, para en su lugar SUSTITUIR la detención preventiva en la Cárcel Judicial al procesado FÉLIX MARÍA HERRERA ESCOBAR, por la detención domiciliaria en su lugar de residencia, hasta

donde será trasladado por personal del INPEC, el que deberá adoptar las medidas de control respectivas (fl. 40, c. 1).

La privación de la libertad se extendió hasta el 4 de octubre de 2006, fecha en la cual el señor Herrera Escobar suscribió acta de diligencia de compromiso (fl. 69, c. 1), como consecuencia de la orden emitida por el Tribunal Superior de Huila – Sala Segunda de Decisión Penal, en la sentencia que lo absolvió del delito endilgado:

SEGUNDO: RECONOCER al señor FÉLIX MARÍA HERRERA ESCOBAR la libertad provisional; debiéndole librar la correspondiente orden a la Dirección de la Cárcel de este Distrito Judicial, una vez suscriba diligencia de compromisos en los términos del artículo 368 ibídem, eximiéndosele de la prestación de caución. Ejecutoriada esta decisión, en el evento de no interponerse el recurso extraordinario de casación, la libertad otorgada se tendrá como definitiva (fl. 65, c. 1).

No hay duda de la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que el señor Félix María Herrera Escobar fue privado de su libertad desde el 16 de enero de 2005 hasta el 4 de octubre de 2006.

Al proceso concurren la señora Herminia Escobar Osorio quien acreditó ser madre de la víctima directa, según consta en el registro civil de nacimiento de este (fl. 15, c. 1); los menores Sergio Camilo y Yerly Milena Herrera Lizcano acreditaron ser hijos de aquel, con los registros civiles de nacimiento (fls. 16, 17, c. 1). Por su parte, la señora Ana Yineth Cubillos Murcia, probó la calidad de compañera permanente del señor Félix María con los testimonios rendidos ante el *a quo* por los señores Douglas Orlando Osorio y María Olfa Valderrama (fls. 163, 164, 167, c. 1), quienes aseguran que conocían a la pareja desde hacía diez años.

De la prueba del parentesco y de las relaciones afectivas y de convivencia entre los citados, se infiere que padecieron daños como consecuencia de la privación de la libertad del señor Herrera Escobar.

6.2. La Imputación

Se desprende de las pruebas obrantes en el expediente, que al señor Félix María Herrera Escobar se le inició una investigación penal por parte de la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva, por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir. Los hechos que dieron origen a la investigación se pueden constatar en las referidas providencias, los cuales se sintetizan así:

En el informe policivo del Comandante del CAI No. 8 de Neiva (fl. 18, c.1), señaló que el 16 de enero de 2005, unas personas se acercaron al CAI No. 8 "Ipanema" para informar que en el trayecto que de ese sitio conduce al CAI Las Palmas se encontraba una joven semidesnuda entre la maleza a la orilla de la vía. Conocido ese hecho, miembros de la Policía se dirigieron al lugar para constatar la veracidad de la información, procedieron a despertar a la joven que tenía aliento alcohólico y no podía levantarse ni hablar debido a su estado. Una vez reaccionó, la joven se identificó como J.A.V.Ñ.

En la resolución que definió la situación jurídica del sindicado se afirmó que el día en que fue hallada por los agentes de Policía, la joven J.A.V.Ñ. formuló denuncia por el punible de acceso carnal violento y relató que la noche anterior se encontraba en compañía de José Alirio Cogollo y una pareja de amigos, ingiriendo licor hasta las cuatro de la mañana, cuando salieron del establecimiento donde se encontraban para buscar un celular, toda vez que ella quería llamar a su exnovio. Luego, se dirigieron a la casa de José Alirio se fueron para la casa de este a dormir, pero encontrándose en la vivienda, ella insistió en que la llevara a su casa, motivo por el cual, salieron y pararon un taxi en la calle. J.A.V.Ñ se subió en el puesto de adelante, al lado del conductor y su compañero le dio \$5000 pesos para pagar el servicio de transporte. Al salir del barrio Limonar, camino a su casa, no sabe si se quedó dormida o le suministraron alguna sustancia que la hizo perder el conocimiento, porque solo recordaba hasta el momento en que abordó el taxi (fls. 22 a 24, c. 1).

En el proceso de investigación, agentes del Departamento Seccional de Policía Judicial del Huila contactaron a José Alirio Cogollo, quien precavidamente había anotado la placa del taxi en el que se movilizó su compañera, lo que posibilitó la captura del señor Félix María Herrera Escobar, del que se constató que fue el conductor que transportó a la joven J.A.V.Ñ., la madrugada del 16 de enero de 2005 y, como consecuencia, era el presunto autor de la conducta de acceso carnal con incapaz de resistir (fls. 24 a 25, c. 1).

Así las cosas, en ese proveído de 21 de enero de 2005, la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario al señor Herrera Escobar. En la providencia se resumió lo que el sindicado manifestó en su indagatoria y su respectiva ampliación, de la siguiente manera:

En su injurada el señor Félix María Herrera Escobar reconoce o acepta que evidentemente tuvo a cargo el taxi en mención y que en el barrio Limonar recogió a la aquí agraviada, cerca de las cuatro de la mañana cuando con un señor le hicieron el pare, para que la llevara a ella al Jardín, pero destaca que llegando a la 'Zona Rosa' ella lo hizo parar para buscar un celular y llamar, estuvo buscando el celular para llamar sin conseguirlo y como estaba algo tomadita le dijo que le pagara el servicio por adelante para poder continuar con ella, pero luego de revisar sus bolsillos le dijo que no tenía plata y al insistirle que le pagara lo del servicio, ella le dijo que tranquilo que ella le pagaba con sexo, que cogiera para arriba hasta cuando pasaron por un potrero, ella lo hizo meter ahí, se bajó y comenzó a desvestirse y hacerle caricias, se hicieron besos y caricias y aunque inicialmente menciona que no tuvieron nada de sexo, luego en ampliación de indagatoria acepta que tuvieron sexo oral e inclusive le introdujo su miembro viril en la vagina, allí estuvieron un rato y como tenía que entregar el carro le dijo que se subiera al carro porque se tenía que ir, pero ella no se quería subir al carro, se puso histérica, brava, gritaba que no quería subirse al carro y como se le venció la hora de entregar el carro la dejó ahí pues inclusive ella le dijo que la dejara ahí y parecía que conocía el sector pues ella fue quien lo llevó a ese lugar (fl. 24, c. 1).

El 16 de mayo de 2005, la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva profirió resolución de acusación al considerar al señor Herrera

Escobar como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (fls. 28 a 31, c. 1), con fundamento en las siguientes consideraciones:

Razón tiene la defensa cuando señala que al momento de abordar el taxi J.A.V.Ñ. no se hallaba en estado de inconsciencia, pero no tiene razón al señalar que como está demostrado que al pasar por la Zona Rosa ella hubiere ingerido más licor y por ello el proceso de desintoxicación por la eliminación del alcohol se hubiera iniciado, si algo es ampliamente conocido es que luego del último trago hay algunas circunstancias externas que afectan la sobriedad y hacen que la alteración de la conciencia se agrave, tales como, para usar el lenguaje popular, 'me hizo daño el sereno', 'me cayó mal el baño o la comida', alguna disculpa distinta a la haber ingerido más licor, situación ésta que solo es producto de la asimilación del licor consumido que hace que paulatinamente se vaya incrementando el grado de alcoholemia, más o menos prolongada de acuerdo a las características y cantidad de alimentos consumidos. Eso fue lo ocurrido con J.A.V.Ñ., tal como ella lo señala, circunstancia esta de la que se aprovechó Félix María y que él, ampliamente conocía pues refiere que a ella se le veía tomada.

La explicación dada por Félix María riñe con la lógica, el que una persona sana, que momento antes ha departido con unos amigos, pretenda cancelar el valor del transporte del taxi con su cuerpo es inverosímil máxime si se tiene en cuenta circunstancia tales como el reconocido comportamiento moral de la dama y luego su hallazgo semidesnuda abandonada en paraje solitario.

Frente a lo anterior compartimos lo expuesto por el señor agente el Ministerio Público y que parcialmente señala la defensa. No existe prueba indicativa de que Félix María hubiere suministrado sustancia alguna que pusiera a J.A. en estado de inconsciencia pues ni siquiera se realizaron exámenes oportunos para determinarlo; pero si está demostrado que Félix María aprovechándose del estado de inconsciencia en que J.A.V.Ñ. cayó por el licor consumido cuando departía con sus amigos, la accedió carnalmente tal como él lo señala, razón por la cual encontramos que estos hechos estructuran la conducta definida y sancionada en el Libro II, Título IV, Capítulo II, Art. 210 del C.P., acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, sancionada con prisión de 4 a 8 años. El sindicato observó ese estado de inconsciencia en que cayó J.A.V.Ñ., refiere que estaba tomada, y ese estado era tan notorio que no podía pasar para él desapercibido, las circunstancias en que esta fue encontrada así lo acredita tal como lo señala la sicóloga forense, y él nos pone de presente el conocimiento por parte del sindicato de su actuar ilícito, como que de otra manera, de ser cierto lo por el informado hubiere dado aviso en el CAI por el que obligatoriamente tenía que pasar, razón por la cual

encuentra el Despacho reunidos los requisitos exigidos en el art. 37 del C.P.P. para acusar a Félix María como autor presuntamente responsable del punible averiguado (fls. 28 a 31, c. 1).

El 16 de mayo de 2006, le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva dictar sentencia mediante la cual condenó al señor Félix María Herrera Escobar, al considerar que su conducta se ajustó a los presupuestos establecidos en el artículo 210 del Código Penal para la configuración del tipo penal. Como fundamentos de la condena de la primera instancia, se consideró lo siguiente:

En el asunto materia de análisis judicial se registra confrontación entre la versión suministrada por la denunciante J.A.V.Ñ., quien manifiesta que fue objeto de acceso carnal abusivo en situación de incapacidad para resistir, con relación a la vertida por el enjuiciado Félix María Herrera Escobar, quien afirma que trasladó a la víctima en su taxi hasta el sector de la estación del ferrocarril en Neiva, en donde ésta requería hacer una llamada telefónica vía celular, destacando que al reclamarle por la demora en el pago del servicio, ésta le respondió con propuestas sexuales, aceptando el contacto carnal, siendo conducida posteriormente al sitio donde fue encontrada por los Agentes de la Policía, en inmediaciones del barrio Ipanema, en la ciudad de Neiva.

La declaración rendida por Félix María Herrera Escobar, no solo fue desmentida por la ofendida J.A.V.Ñ., sino también por quienes la acompañaban esa noche, momentos previos al desarrollo de los acontecimientos juzgados, esto es, José Alirio Cogollo Rojas, Luz Adriana Gómez Castañeda y Douglas Orlando Osorio Falla, quienes refieren que la conocían desde tiempo atrás, resaltando su buen comportamiento personal y social, colocando en evidencia que para la noche de los hechos contaba con dinero en efectivo, lo que hace deducir que no es cierto que hubiese tenido dificultades para el pago del desplazamiento en el taxi que abordó, el que era conducido por el sujeto – agente de la acción delictual analizada.

Es este orden, debe destacarse que es el mismo implicado Félix María Herrera Escobar, quien en versión de indagatoria acepta que obtuvo el acceso carnal en J.A.V.Ñ, lo que es ratificado por el correspondiente experticio emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en donde se establece que efectivamente la prenombrada presenta desfloración antigua, a lo que se suma la existencia de himen anular desgarrado.

No es discutible por tanto la existencia de la relación sexual de J.A.V.Ñ. y Félix María Herrera Escobar, lo que se controvierte es la condición de incapacidad para resistir de la víctima al momento de los hechos juzgados.

Al respecto debe precisarse que el informe policivo indica que J.A.V.Ñ., fue encontrada por Agentes de la Policía, abandonada entre la maleza, semidesnuda y con signos de embriaguez. En este sentido, debe mencionarse que en la entrevista sostenida por la víctima con los policiales, se evidencia que perdió lucidez mental por largo período, lapso en el cual fue accedida carnalmente.

Por consiguiente, al efectuarse el análisis respectivo a la prueba allegada al plenario, se concluye que si bien es cierto que la relación sexual fue adelantada sin violencia, no resulta menos evidente que la víctima se encontraba en incapacidad de resistir, observándose condiciones de inferioridad derivada del consumo etílico, circunstancia que fue aprovechada por el sindicado para actuar dolosamente, tal como se establece en el informe policivo y en la versión suministrada por J.A.V.Ñ., lo que hace concluir que el implicado efectivamente es responsable del episodio delictual que es objeto de juzgamiento penal.

Dentro de este contexto, debe resaltarse que razón le asiste a la perito psicóloga, doctora Nancy Gordillo Ramírez, cuando en el respectivo experticio, obrante al folio 195 ft., dictamina 'J.A.V.Ñ. no tuvo libertad de decisión para realizar la cópula por un estrechamiento de su consciencia, dado que la capacidad para dirigir la atención al entorno estaba alterada, como lo estaban el resto de sus funciones cognoscitivas. En este estado la persona puede ser abordable pero pierde rápidamente la capacidad de mantener la atención mental sostenida y por tanto de captar normalmente los eventos que ocurren a su alrededor, restringiendo así la capacidad de dilucidar o evaluar de manera correcta la realidad. Así, la libertad de decisión se eliminó para realizar el acto sexual que se investiga'.

(...) Todo indica que J.A.V.Ñ., en principio se durmió en el vehículo en que se desplazaba, ocasión que aprovechó el encartado para trasladarla al lugar en donde fue accedida carnalmente, para después dejarla abandonada en la forma en que fue encontrada por los agentes policiales que rindieron el correspondiente informe. Esta es la conclusión nítida que se desprende de los acontecimientos consignado en la historia procesal, deduciéndose la incapacidad de resistir de la víctima, quien fue objeto del comportamiento doloso reprochado al procesado. Lo que significa que encontrándose desvirtuada la presunción de inconciencia en el caso particular de Félix María Herrera Escobar y acreditadas como se encuentran las exigencias

normativas que demanda el art. 232 del c.p.p., ello es, demostrada la existencia del delito y la responsabilidad del enjuiciado, lo jurídicamente procedente es imprimirle al proceso fallo de naturaleza condenatoria, en los términos y condiciones que a continuación se puntualizan (fls. 41 a 52, c. 1).

La anterior decisión fue apelada por el defensor del procesado y, el 3 de octubre de 2006, el Tribunal Superior del Huila revocó la sentencia condenatoria; no obstante hizo algunas precisiones respecto del estado de inconsciencia para la configuración del elemento subjetivo del tipo penal y aseveró que el sindicado debía ser absuelto en el entendido que no existía plena prueba de su responsabilidad dolosa. Así lo expresó:

Ante la falta de recuerdo por la denunciante en torno a lo sucedido luego de abordar el taxi conducido por Félix María, debe acudirse al dicho de este procesado, quien en su inicial injurada reconoce que esa madrugada en el barrio el Limonar un señor le hizo el pare, pidiéndole el favor que llevara a la muchacha al barrio el Jardín, labor que empezó a cumplir, cuando su carro se pinchó, procediendo a ponerle la llanta de repuesto. Llegando a la zona rosa la muchacha lo hizo parar a fin de buscar un teléfono celular para llamar, intento que fracasó; como ella se encontraba 'tomadita' le reclamó la cancelación del servicio de transporte para así continuar el viaje; ella se requisó los bolsillos y como no encontró el dinero, le ofreció pagarle con sexo, para lo cual se dirigieron hacia un potrero donde ella se desvistió, procediendo a mutuas caricias sin llegar a tener sexo; ante lo avanzado de la hora, dice que la requirió para que se subiera al taxi pero ella se negó y estalló en ataque de histeria, por lo cual se alejó dejándola sola en dicho lugar. Termina su relato expresando: '(...) yo no pensé que fuera para problemas, yo creía que ella se daba cuenta de lo que hacía (...)'

En ampliación de indagatoria reconoce haber tenido sexo con la muchacha de autos, enfatizando que ello no ocurrió de manera forzada sino voluntaria. Aclara que cuando decide retirarse del lugar de los hechos ante la negativa de la pasajera de regresar al taxi, ella vestida normalmente –fl.28-. Explica que en su injurada originaria omitió ciertos detalles en razón a que en ese momento su esposa estaba a su lado.

(...)

José Alirio Cogollo Rojas confirma haber permanecido hasta la 2:00 de la mañana del día de autos en el establecimiento 'Rokola', en compañía de J.A.V.Ñ. y otros, tomándose unas cervezas y media botella de ron. Expresa que luego se fueron cerca de la 'Tienda Ecológica', donde se tomaron de a cerveza cada uno, bailaron, comieron algo y finalmente tomaron un taxi con rumbo al barrio El Jardín, lugar de residencia de J.A. Comenta que estando próximos a este lugar, su amiga desistió de quedarse en su propia morada, prefiriendo acompañarlo a su casa en el barrio El Limonar; ahí J.A. se acostó pero seguidamente se levantó y llamó a una tía, luego de lo cual tomó la determinación de irse, procediendo él a pararle un taxi que la llevara hasta la Rioja, donde vive la tía de J.A. Aclara que él con antelación le había pasado \$5.000 a J.A. destinados al pago del servicio de taxi. Con relación al estado anímico de su amiga expresa 'Ella se encontraba tomada, pero se acordaba de todo, incluso llamó a la tía esa misma madrugada, ella tomó esa noche cerveza y un poco de ron, pero no estaba borracha'.

En torno a lo sucedido la madrugada de autos, como ya se consignó, solamente se cuenta con la versión rendida por el procesado -confesión que no puede escindirse-, ya que la ofendida nada recuerda al respecto. Este sujeto procesal admite que mantuvo una relación sexual consentida o voluntaria con su denunciante; esto es, libre de presiones o cualquier tipo de coacción física o moral.

Si bien la psicóloga forense dictaminó 'que la joven presentó durante los hechos una conducta desorganizada, que indica un estrechamiento del campo de la consciencia, que le impedía estar en plena capacidad de evaluar la realidad objetiva para ese momento (...)'; al haber el a quo descartado expresamente el estado la inconsciencia con medio a través del cual se puede consumir el hecho punible del acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, pierde importancia probatoria el peritaje forense en cuestión; pues conforme se acaba de anotar, la primera instancia excluyó el referido estado como factor tipificador de la conducta delictiva objeto de acusación, dejando vigente tan solo la situación de incapacidad de resistir de la víctima.

(...)

El sueño alcohólico es un estado de inconsciencia producto de la ebriedad absoluta o completa, circunstancia última que jamás se logró acreditar científicamente en el proceso, ni la prueba testimonial permite

razonablemente inferirla, pues ninguna de las personas que acompañaron la madrugada de los hechos a J.A.V.Ñ., dice haberla observado ingiriendo grandes cantidades de licor y menos haberse percatado que ella diera inequívocas muestras externas demostrativas de un elevado nivel de embriaguez.

Según Antonio Vicente Arenas, cuando la embriaguez no es completa, el discernimiento se mantiene y no se produce la inhibición de los movimientos voluntarios para ofrecer resistencia; por lo tanto, no puede haber violación.

Si no se presentó ese estado de inconsciencia por sueño alcohólico o ebriedad absoluta, (...) si la prueba testimonial en su conjunta indica que la joven J.A.V.Ñ. la madrugada de los hechos había consumido cerca de media docena de cervezas y un trago de ron, es decir, en términos de su contertulio José Alirio Cogollo 'no se encontraba borracha'; y si los actos realizados por la denunciante luego de abordar el taxi, como intentar conseguir un teléfono celular para efectuar una llamada, los cuales no han sido desvirtuados por prueba alguna; forzoso resulta concluir la presencia de serias dudas en relación con la situación que le pudo impedir a la víctima resistirse a los actos libidinosos ejercidos por aquél; haciéndose de esta manera imposible llegar a la certeza que reclama el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal para deducir responsabilidad penal en acusado.

En consecuencia, al no existir plena prueba en lo atinente a la responsabilidad dolosa del procesado en los hechos objeto de juzgamiento, la Sala se ve abocada a revocar la sentencia condenatoria y en su lugar absolver al señor Félix María Herrera Escobar del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, por el cual se le condenó en primera instancia (fl. 55 a 65, c. 1).

En el caso concreto, la Sala observa que el señor Félix María Herrera Escobar fue procesado penalmente y, como consecuencia de ello, privado de su libertad por disposición de la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva, al haber obrado como posible autor del delito de acceso carnal con incapaz de resistir, hasta cuando el Tribunal Superior del Huila lo absolvió porque existían dudas sobre la condición de incapacidad de la víctima para que se configurara la conducta punible.

Así las cosas, los presupuestos fácticos del litigio podrían ser encuadrados, en principio, en el régimen de responsabilidad objetivo derivado de la privación injusta de la libertad, que tiene lugar cuando, a pesar de haberse dictado una medida de detención, se profiere una decisión absolutoria, en la cual se establece, finalmente, que no existe la certeza necesaria para condenar sindicado. No obstante, se procede a analizar si dadas las circunstancias del caso concreto, se dan los presupuestos para concluir que se trata de un evento constitutivo del hecho exclusivo de la víctima, que pueda dar lugar a exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado.

El sustento de esta afirmación descansa en el contenido de la providencia de la Fiscalía Cuarta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Neiva que decidió imponerle una medida de aseguramiento al señor Herrera Escobar por la conducta endilgada, así como de las sentencias penales de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Neiva y el Tribunal Superior del Huila, respectivamente, dado que su lectura permite advertir la existencia de algunas situaciones que incidieron en la privación de su libertad, al margen de que la decisión final en este caso fuera de carácter absolutorio.

En materia de privación injusta de la libertad, se ha sostenido que no toda absolución en un proceso penal deviene en responsabilidad patrimonial del órgano judicial, puesto que cuando la investigación tuvo sustento probatorio y de ella se pudo desprender que la actuación del procesado fue de tal magnitud que justificó la actuación judicial, es la conducta de la víctima la causante del daño, sin perjuicio de que, en sede de la justicia ordinaria, se hubiere proferido sentencia absolutoria o equivalente.

La jurisprudencia de esta Corporación³ ha definido los parámetros que se hacen necesarios para considerar la presencia en un determinado evento del hecho de la víctima como eximente de responsabilidad del Estado.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 10) de noviembre del 2017). C.P: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

En materia de responsabilidad del Estado por el daño de los agentes judiciales, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- establece que el daño se entenderá causado por la culpa exclusiva de la víctima cuando se encuentre acreditado que esta actuó con culpa grave o dolo o no haya interpuesto los recursos de ley.

Para identificar los conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia⁴ ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil⁵, de los cuales se extrae que el primero corresponde con un comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, mientras que el segundo se equipara con la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

La Corporación ha establecido que la declaratoria de culpa exclusiva de la víctima obliga a que se examine si el proceder –activo u omisivo– de quien predica la responsabilidad del Estado tuvo injerencia en la generación del daño. De ser así, corresponde examinar en qué medida la acción u omisión de la víctima contribuyó en el daño. Puntualmente, esta Sección sostuvo⁶:

‘Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.

(...)

⁴ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp. 17.933, M.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27.414, M.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 2 de mayo de 2016, exp. 32.126, M.P. Danilo Rojas Betancourth, reiteradas por la sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 41.601, M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁵ Artículo 63. *Clases de culpa y dolo. 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 aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil 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.

⁶ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente No. 38438. C.P: Hernán Andrade Rincón.

‘Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

‘De igual forma, se ha dicho:

... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal (...)⁷.

En asuntos como el analizado, se entiende configurada la culpa de la víctima cuando se establece que el afectado con la medida de aseguramiento actuó con temeridad dentro del proceso penal o incurrió en las conductas ilícitas que dieron lugar a la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de la privación de la libertad, sin importar que con posterioridad sea exonerado de responsabilidad.

En este orden de ideas, en asuntos como el que aquí se debate, la culpa exclusiva de la víctima se configura cuando se acredita que el afectado actuó con temeridad dentro del proceso penal o que incurrió en comportamientos irregulares que ameritaban el adelantamiento de la respectiva actuación y, de manera consecuente, justificaban la imposición de una medida que le privara de su libertad.

En ese entendido, a pesar de que se ordenó la libertad del señor Félix María Herrera Escobar por sentencia absolutoria por el delito de acceso carnal en

⁷ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005; expediente No. 15784.

persona incapaz de resistir, no cabe duda de que su conducta dio lugar a que, además de ser investigado, fuera objeto de una medida restrictiva de su libertad, lo cual, desde luego, no implica una calificación de las decisiones adoptadas por la justicia ordinaria, en orden a determinar si fueron acertadas o no.

De las circunstancias que rodean el presente caso, en la resolución de la medida de aseguramiento se observa que el ente instructor calificó cada una de las pruebas practicadas en el proceso y expuso la manera cómo las condiciones de tiempo, modo y lugar, condujeron a que se profiriera una medida restrictiva. En ese sentido, consideró el hecho de que el señor Félix María Herrera Escobar fue quien afirmó haber accedido carnalmente a la joven J.A.V.Ñ., con el fin de obtener a cambio el valor del servicio de transporte del taxi que él conducía y que, posterior al acto sexual, la dejó en el terreno baldío donde ocurrieron los hechos; así se citó en la providencia: *'se puso brava y entonces gritaba que no quería subir al carro, entonces a mí se me venció la hora de entrar el carro y entonces pues yo la dejé ahí, ella me dijo que la dejara ahí que no se subía al carro y entonces no hubo otro remedio que dejarla'* (fl. 63, c. 1).

Aunado a lo anterior, la Fiscalía también valoró el informe policivo en que se adujo que la agraviada fue hallada semidesnuda en la orilla de un terreno despoblado, que la joven tenía aliento a licor y se encontraba desorientada.

De la misma manera, en la sentencia penal de primera instancia se consideraron los fundamentos que la Fiscalía expuso para acusar al sindicado y, a su vez, valoró el dictamen médico legal allegado al expediente en el que se indicó, según cuenta la providencia, lo siguiente:

La sicóloga forense de Medicina Legal luego del examen practicado a la ofendida J.A.V.Ñ. y de los antecedentes y circunstancias en el que el hecho averiguado ocurrió concluye que esta presentó 'Una conducta desorganizada, que indica un estrechamiento del campo de la conciencia, hay una alteración cualitativa de la conciencia que le impedía estar en plena capacidad de evaluar la realidad objetiva', condición de alteración de la conciencia que se ratifica con el estado en que esta fue encontrada (semidesnuda y dormida en un matorral) lo que no hubiera ocurrido de ésta

tener plena lucidez para dar su consentimiento acerca de la conducta sexual investigada (fl. 29, c. 1).

(...) de aceptarse lo afirmado por el aquí encartado, que tan solo aceptó el sexo que ella le ofreciera como pago por el servicio de transporte en su taxi, enorme extrañeza genera el hecho de que, esa dama luego de cumplir cabalmente con lo acordado, esto es, haber pagado con sexo su transporte de taxi, no se quiera subir nuevamente al taxi, y prefiera quedarse en ese lugar despoblado, solitario, entre la maleza y lo que es más, semidesnuda, si su necesidad era precisamente tener en qué movilizarse para conseguir un teléfono celular con el cual comunicarse con un exnovio (fl 25, c. 1).

Ahora, se advierte que si bien el Tribunal Superior del Huila, señaló que el sindicado no tuvo conocimiento del estado de inconsciencia para así aprovecharse de ella, lo cierto es que también obran indicios que dan cuenta de que este sí tenía conocimiento de que la joven estaba alicorada, dado que en el proveído de 21 de enero de 2005, la Fiscalía Cuarta Delegada señaló que el sindicado en su indagatoria expresó que transportó a la joven J.A.V.Ñ. y que *“ella lo hizo parar para buscar un celular y llamar, estuvo buscando el celular para llamar sin conseguirlo y como estaba algo tomadita le dijo que le pagara el servicio por adelante para poder continuar con ella”* (fl. 24, c. 1). Asimismo, el informe de captura, arriba citado, se mencionó que el señor Herrera Escobar *“había recogido a una mujer en el barrio Limonar a eso de las 3:00 de la madrugada y que habían quedado de tener relaciones sexuales, pero como se encontraba en estado de embriaguez, la había dejado por el sector de la zona boscosa del barrio Ipanema”* (fl. 18, c. 1).

Lo anterior, resulta relevante para considerar que la conducta del demandante tuvo injerencia en la producción del daño, nótese cómo dentro del fallo absolutorio se aceptó de manera clara y expresa la participación del ahora actor en los hechos materia del proceso, solo que su absolución la fundamentó la Sala Penal, en la omisión de establecer el estado de inconsciencia de la joven para el momento de ocurrencia de los hechos, pero quedó claramente demostrado que el señor Herrera Escobar sí accedió a la joven, quien se hallaba es estado embriaguez.

De las pruebas que se acaban de reseñar, es posible inferir que el detenido desplegó actuaciones que le hacen atribuible el daño sufrido, en la medida que se comprobó que la joven J.A.V.Ñ. fue accedida carnalmente por el señor Herrera Escobar, que aquel tenía conocimiento de que ella se hallaba en estado de embriaguez, y que la dejó en un terreno baldío después de haberla accedido.

Considera la Sala que las circunstancias en las que fue hallada la joven, en un terreno baldío, semidesnuda e inconsciente permiten inferir que carecía de capacidad para manifestar su consentimiento en la relación sexual, estado en el que se hallaba como consecuencia del licor ingerido, lo cual no guarda necesaria relación entre la cantidad y sus efectos. Así, lo determinó el dictamen médico legal al señalar que, la joven presentó durante los hechos una conducta desorganizada, que indica un estrechamiento del campo de la consciencia, que le impedía estar en plena capacidad de evaluar la realidad objetiva para ese momento.

Por tanto, no hay lugar a reparar el daño sufrido por el señor Félix María Herrera Escobar, si se tienen en cuenta el brocardo de que nadie puede sacar provecho de su propia culpa, dado que el señor Félix María Herrera Escobar asumió una acción a propio riesgo:

Dentro de este genérico concepto se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto de discusión está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido.

Bajo el genérico título de ‘acción a propio riesgo’ podemos agrupar las siguientes constelaciones: A. La participación en una autopuesta en peligro. B. El consentimiento en una autopuesta en peligro realizada por otro. C. Las acciones peligrosas de salvamento. D. La creación de una nueva realización de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección⁸.

Por su parte, el tratadista Günther Jakobs ha indicado:

⁸ LÓPEZ, Claudia “Introducción a la imputación objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Págs. 141 y 143.

Aquellos otros supuestos de hecho, en los que la víctima da con su propio comportamiento la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada a ella misma. Casos en los que, por lo tanto, no se trata de la modalidad de explicación 'desgracia', sino de la modalidad 'lesión de un deber de autoprotección' o incluso 'voluntad propia'; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo 'acción a propio peligro'⁹.

Y el doctrinante Yesid Reyes Alvarado, al respecto señala:

De esta manera, quien dentro de su ámbito de competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas asume íntegramente la responsabilidad por dichos efectos. Esa asunción de responsabilidad no desaparece por el sólo hecho de que un tercero que participa en los hechos conozca mejor que el autor los peligros a los cuales se expone...el problema no se resuelve en favor o en contra de quien posea los mejores conocimientos, sino de quien tenga competencia; por eso quien no es competente para evitar un daño no tiene obligación de impedirlo aún cuando disponga de mejores conocimientos o capacidades para hacerlo (...)

En las acciones de propio peligro lo determinante no es tampoco una genérica aplicación del principio de autorresponsabilidad o la simple consideración de la capacidad que cada individuo tiene para autodeterminarse, sino la determinación de la competencia, pues en cuando dicha competencia recaiga sobre el titular del bien, solo él será responsable de los daños que como consecuencia de su conducta se produzcan¹⁰.

El instrumento de la acción a propio riesgo permite establecer, a partir de la teoría de la imputación objetiva, cuándo un daño resulta imputable única y exclusivamente a la propia víctima, en tanto que con su actuación desconoció su deber de autoprotección y permitió la concreción del resultado.

Así las cosas, si el daño se produce por el actuar determinante de la víctima, esta lo asume de manera exclusiva y directa y, por tanto, no es posible imputar responsabilidad a la administración pública.

En este orden, para que la actuación a propio riesgo de la víctima releve el estudio de imputación, es necesario que se presenten tres presupuestos a saber: (i) la acción u omisión que produce el daño debe encontrarse dentro del ámbito de

⁹ JAKOBS, Günther "La imputación objetiva en derecho penal", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Pág. 39.

¹⁰ REYES ALVARADO, Yesid "Imputación objetiva", Ed. Temis, Bogotá, 1996, Págs. 167 y 168.

dominio de la víctima. Es decir, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el desarrollo de la situación; (ii) la víctima del daño debe ser legalmente capaz, autorresponsable y tener la capacidad suficiente para calcular y dimensionar los riesgos de la situación asumida y (iii) un tercero no debe tener una posición de garante respecto de la víctima¹¹.

En el presente caso, se cumplen todos los requisitos enunciados porque el daño se produjo mientras que el señor Félix María Herrera Escobar (víctima en el proceso de reparación) tenía el ámbito de control y de dominio de la situación, tanto así que pudo abstenerse de tener relaciones con la joven J.A.V.Ñ. En segundo término, el señor Herrera Escobar, mayor de edad, era legalmente capaz y afirmó haber accedido a la joven, la cual se encontraba alicorada, motivo por el cual era consciente de su estado. Por último, ninguna persona tenía posición de garante frente al comportamiento de hoy demandante; *a contrario sensu*, él en su condición de conductor del taxi, asumió posición de garante frente a la joven y, por consiguiente, estaba compelido a protegerla en su vida, bienes y honra, incluso a no transgredir su libertad sexual.

Así las cosas, se tiene probado que el señor Herrera Escobar incurrió en acción a propio riesgo, en atención a que sostuvo una relación sexual con la joven J.A.V.Ñ. en condiciones que para la Fiscalía a cargo lo hacían presuntamente responsable del delito de acceso carnal en incapaz de resistir, lo cual le indujo a proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de aquel; así como al Juez Penal de primera instancia, a dictar sentencia condenatoria. De esta forma, sin perjuicio de las decisiones que corresponden a la jurisdicción penal y que la Sala no controvierte, no se acogerá la solicitud de reparación, porque el hoy demandante actuó con culpa grave, es decir, sin respeto por la libertad sexual de su agraviada.

Por consiguiente, a la Fiscalía y a la Rama Judicial no les era exigible una conducta diferente a la de solicitar la medida restrictiva de la libertad y la de decretarla efectivamente, máxime cuando los indicios sugerían la presunta autoría del señor Félix María Herrera Escobar en el delito por el cual fue procesado. En ese orden de ideas, la privación de la libertad era una carga que el demandante

¹¹ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia, "Acciones a propio riesgo", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, Págs. 397 y siguientes.

estaba llamado a soportar y, por tanto, se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

7. Perspectiva de género

Sin perjuicio de la decisión que viene de adoptarse en el capítulo anterior, esta Subsección considera que aunque no puede calificarse de equivocada la decisión de absolver al señor Félix María Herrera Escobar del delito por el cual se le investigaba, pues -como se dijo- es una decisión que escapa por completo de esta competencia, lo cierto es que, algunos de los argumentos que tuvo la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Huila para resolver la situación del procesado ameritan una reflexión al respecto.

Ab initio, esta Subsección reprocha el hecho que en los casos de violencia sexual, las mujeres continúen siendo víctimas, no sólo de su propio agresor, sino de los mitos, prejuicios y/o la insensibilidad de los operadores jurídicos que consideran que su comportamiento predetermina la posibilidad de que estas puedan o no ser sujetos pasivos de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, previstos en el Título IV de la *Ley 599 de 2000*.

En un estudio que hizo el Centro Regional de Derechos Humanos acerca de la jurisprudencia colombiana, en justicia ordinaria, sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas con un enfoque cualitativo y de derechos humanos de las mujeres, cuyo objetivo fue determinar en qué medida la judicatura garantiza y protege sus derechos como víctimas de violencia sexual, se expuso lo siguiente respecto de los delitos sexuales cuando la mujer se encuentra en estado de embriaguez¹².

En los delitos sexuales violentos, con persona puesta en incapacidad de resistir, abusivos, o con incapaz de resistir, la ilicitud de las

¹² BUENAHORA Natalia; BEJUMEA Adriana; POVEDA Nathalia; CAICEDO Luz Piedad; BARRAZA Cecilia. Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/45369/1/9789589947104.pdf>.

conductas está determinada por la prueba de la configuración de los elementos objetivos y subjetivos de cada uno de esos tipos penales. Entre los objetivos, además de establecerse la conducta del acceso carnal o de los actos sexuales, para el caso de los violentos, se debe probar la violencia –física o moral– o la amenaza de esta; en el caso del delito con persona puesta en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, el dolo del autor de provocar en la víctima alguno de estos estados para cometer la conducta sexual (como elemento subjetivo); y para el caso de los delitos abusivos, probar la edad menor de 14 años de la víctima o el estado de incapacidad de resistir de la misma.

Sin embargo, algunos de los casos estudiados revelan que cuando la mujer, víctima de un delito sexual, se encontraba embriagada en el momento de suceder los hechos, el análisis de la ilicitud de la conducta se ve inminentemente precedido por un debate sobre su consentimiento.

Sobre la embriaguez, la jurisprudencia ha reconocido su carácter como factor que vicia el consentimiento o impide otorgarlo. Se ha establecido que la embriaguez hace parte de los estados de inconsciencia que generan una incapacidad de resistirse frente a relaciones sexuales¹³. Que esta conlleva a que la persona entre ‘en un espacio más o menos corto en estadios de inconsciencia absoluta de los cuales se puede ir recuperando de manera progresiva a medida que la sustancia se asimila en el proceso metabólico, y la pérdida del conocimiento no es absoluta y puede recordar sucesos con alguna aproximación a la realidad’¹⁴.

Así mismo la Corte en varias oportunidades¹⁵, ha rechazado posturas argumentativas en los delitos sexuales que tan solo reflejan los prejuicios, la discriminación por género o las opiniones eminentemente morales de quienes las predicán, como cuestionar el comportamiento sexual de la víctima, [...] o sostener [...] que el haber tomado licor durante varias horas

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 24955, sentencia del 27 de junio de 2006; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008. Así también lo manifestaron algunos de los y las juezas entrevistadas: Juez B de Bogotá, Jueza C de Bogotá, Jueza E de Bogotá, Magistrado D de Bogotá, Jueza A de Medellín.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23290, sentencia del 20 de febrero de 2008

¹⁵Cfr., entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23706, sentencia del 26 de enero de 2006; proceso 20413, sentencia del 28 de enero de 2008; proceso 29053, sentencia del 5 de noviembre de 2008.

[...] permite [...] con la simple solicitud, acceder carnalmente a [...] un acompañante con el consentimiento de ella¹⁶.

Entonces, es claro que jurisprudencialmente la embriaguez de la víctima no es un estado que la responsabilice de los hechos, ni es una causal que exculpa al procesado por su actuación. No obstante, se encontraron algunos casos entre los analizados, que ponen en evidencia que no toda la judicatura comparte esta opinión.

(...) El despacho absolvió al procesado acusado por la Fiscalía por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir, al considerar que cualquier mujer en estado de embriaguez es capaz de dar su consentimiento o rechazar relaciones sexuales no queridas.

(...) Siguiendo a Kahan¹⁷, las afirmaciones realizadas en el caso antes referido y en las entrevistas indican que hay una “cognición cultural” basada en una concepción jerárquica de la sociedad en contraposición de una igualitaria. Los hechos son leídos desde una perspectiva masculina, a partir de la cual se exculpa socialmente a los hombres denunciados por violación, trasladada hasta el plano de lo judicial, al considerar que la víctima consentía los hechos.

La ausencia de resistencia en casos de acceso carnal en los cuales la víctima se encontraba en estado de embriaguez, es un factor que condiciona la ilicitud de la conducta emprendida por el agresor, pues se percibe la resistencia por parte de la judicatura de considerar este estado, como uno en el cual, la víctima puede estar en incapacidad de resistir. Si se reconociera que la embriaguez es el estado que generó la incapacidad de resistir de la víctima no se podría interpretar que ella no opuso resistencia –física o verbal– por cuanto probado ese estado, considerar el consentimiento resulta irrelevante.

Así las cosas, es preciso señalar que el análisis de la Sala Penal del Tribunal Superior del Huila para declarar la absolución de señor Herrera Escobar, tuvo una percepción que partió de la base de darle toda credibilidad al dicho del procesado,

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 26013, sentencia del 6 de mayo de 2009. Ratificada posteriormente por: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23508, sentencia del 23 de septiembre de 2009.

¹⁷ Kahan, Dan M. (2009) En este estudio “cognición cultural” hace referencia a la influencia de los valores de grupo en la percepción de los hechos que tienen los individuos (p. 3). (Traducción de las autoras).

comoquiera que la joven J.A.V.Ñ. no recordaba nada de lo sucedido y, que además, el licor que ingirió la joven no le provocó un estado de incapacidad absoluto, por lo que, a su juicio, “*forzoso resulta concluir la presencia de serias dudas en relación con la situación que le pudo impedir a la víctima resistirse a los actos libidinosos ejercidos por aquél*”.

Sobre el particular, cabe señalar que esta Sección del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre este tipo de casos -violencia contra la mujer- y ha trazado un criterio orientado con una perspectiva de género de protección a la mujer, criterio que ha sido acogido en diversas sentencias¹⁸, de las cuales resulta pertinente citar la proferida el 14 de mayo de 2012, en la cual se resaltó el papel del juez contencioso administrativo en el estudio de este tipo de casos, así:

(...) resulta de suma importancia defender y/o promover la igualdad efectiva de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; rechazar la discriminación que por razón del género se pueda presentar en contra de la mujer, en la adopción de cualquier tipo de decisión judicial por parte de quienes están llamados a administrar justicia y combatir toda clase de prejuicios o predisposiciones que impidan o excluyan que la mujer desempeñe determinadas actividades u oficios¹⁹.

En un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, la Sección Tercera de esta Corporación censuró este tipo de apreciaciones discriminatorias por parte de autoridades judiciales en los siguientes términos:

Resulta inadmisibile, desde todo punto de vista, que un agente del Estado, pero sobre todo, un juez de la República, deduzca la existencia del consentimiento en un caso de violencia sexual a partir de consideraciones o apreciaciones subjetivas sobre la vida íntima de la presunta víctima. Es, sin duda, reprochable que sea precisamente una de las primeras autoridades llamadas a combatir la discriminación y la

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo del 2006, Exp. 14.400, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 17 de marzo de 2010, Exp. 18.101, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de agosto 17 de 2000, Exp. 12.123, C.P. Alier Hernández; sentencia de noviembre 22 de 2001, Exp. 13121, C.P. Ricardo Hoyos Duque y sentencia del 24 de abril del 2008, Exp. 16.011, MP. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de mayo de 2012, Exp. 23.170, M.P. Mauricio Fajardo Gómez; Consultar a su vez, Sentencia de 14 de diciembre de 2014, Exp. 39.393. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo; Corte Constitucional, Sentencia T-271 de 2016.

violencia contra las mujeres la que reproduzca, a través de sus fallos, las ideas y creencias culturales que legitiman este tipo de comportamientos y que propician la impunidad²⁰.

Asimismo, respecto de prácticas discriminatorias y de violencia contra la mujer en el ámbito público y privado, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento, al estudiar la exequibilidad de la Ley 1257 de 2008²¹, concluyó que,

La discriminación y la violencia contra la mujer están a su vez fundados sociológicamente en prejuicios y estereotipos de género que han motivado la idea de la independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer, situación que ha causado una desafortunada discriminación de las mujeres en roles intelectuales y de liderazgo que históricamente ha sido reforzada mediante la violencia, a través de la agresividad masculina aprendida en la infancia como estereotipo y luego desarrollada como forma de dominación.

8. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

²⁰ Consejo de Estado, sección tercera, subsección B, sentencia de 5 de abril de 2013, Exp. 21781, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-335 del 13 de junio de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. “Mediante la cual se dictan normas de sensibilización y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”.

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 6 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA