

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No condena

DAÑOS OCASIONADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS / DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACION SEXUALES / ORDEN DE CAPTURA / EL HECHO NO EXISTIÓ / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

SÍNTESIS DEL CASO: Ciudadano sindicado de la supuesta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y, como consecuencia de ello, privado físicamente de su libertad entre el 23 de octubre de 2007 y el 12 de abril de 2008, fue absuelto porque el hecho no existió.

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

En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para dictar fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en atención al orden cronológico respecto del cual pasaron los expedientes al Despacho de la Magistrada conductora correspondiente. No obstante, la Ley 1285 de 2009, en su artículo 16, permite decidir de manera anticipada, esto es, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales para su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia”. En el presente caso, se encuentra que el objeto del debate tiene relación con la privación injusta de la libertad del señor Luis Fernando Estrella Muñoz, tema respecto del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones y ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual (...) la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 18 / LEY 1285 DE 2009 - ARTÍCULO 16

COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA PARA CONOCER PROCESOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Naturaleza del asunto

La Sala es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, pues (...) la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad o por defectuoso funcionamiento en la Administración de Justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado segunda instancia sin consideración a la cuantía del proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 73

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

[L]a acción de reparación directa debe 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. En cuanto a las 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 en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva. En el presente caso, la demanda se originó en los perjuicios que habría sufrido el demandante con ocasión de la restricción a su derecho fundamental a la libertad, dentro de un proceso penal adelantado en su contra. Una vez revisado el expediente, encuentra la Sala que la sentencia dictada el 25 de abril de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, por medio de la cual se absolvió de responsabilidad al aquí demandante, cobró ejecutoria el 19 de junio de 2008; en ese sentido, el conteo de la caducidad inició a partir del siguiente día, esto es, desde el 20 de junio de 2008 hasta el 20 de junio de 2010. Ahora bien, como la demanda se interpuso el 21 de abril de 2010, se concluye que la acción se ejerció dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136.8

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Presupuestos. Regulación normativa / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD DE DAÑO ESPECIAL POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Eventos

Acerca de los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada (...). De manera general, la jurisprudencia de la Sala ha acudido a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado correspondiente que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación en su favor, cuando en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso deberá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad. Por manera que, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / DECRETO 2700 DE 1991. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTÍCULO 414 / LEY 270 DE 1996

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS TRASLADADAS DEL PROCESO PENAL / VALORACIÓN DEL TESTIMONIO RENDIDO POR UN MENOR DE EDAD

Las pruebas referidas son susceptibles de valoración, dado que fueron solicitadas de forma conjunta por las partes y se practicaron con audiencia de la entidad demandada, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción; asimismo, los testimonios allegados fueron practicados por la entidad demandada, de allí que se entienda que se han surtido, también, con su audiencia. (...) dado que el testimonio rendido por la menor ofendida cumple con la formalidad del juramento (...) y con los demás requisitos de admisibilidad, la Sala dará valor probatorio a la misma. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la valoración probatoria de la prueba trasladada, consultar sentencias de: 8 de febrero de 2001, exp. 13254 y del 29 de enero de 2009, exp. 16975. Respecto a la valoración del testimonio rendido por un menor de edad, ver sentencias de: 20 de octubre de 2014, exp. 29979 y de 10 de diciembre de 2014, exp. 40060.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 227

EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Eventos / CULPA GRAVE Y DOLO - Regulación normativa / ESTRUCTURACIÓN DE LA CULPA GRAVE O EL DOLO COMO CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD / HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA EFICIENTE DEL PERJUICIO RECLAMADO

[E]n lo atinente con la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 —Estatutaria de la Administración de Justicia—, dispone que la culpa exclusiva de la víctima se configura “cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley”, mientras que el artículo 67 de la misma normativa prevé que el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial. En consonancia con lo anterior, para caracterizar los mencionados conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil, de los cuales se extrae que el primero se 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. (...) a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, resulta necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —se repite, activo u omisivo— de aquella tuvo o no injerencia y en qué medida, en la producción del daño. La Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto consultar sentencias de: 25 de julio de 2002, exp. 13744; 2 de mayo de 2002 exp. 13262 y de 20 de abril de 2005, exp. 15784

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 63 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 67 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 70

LA ABSOLUCIÓN PENAL Y LA CULPA DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE

RESPONSABILIDAD / ACTUACIÓN DEL SINDICADO COMO CAUSA DIRECTA Y DETERMINANTE DEL DAÑO

[S]i bien la exoneración de responsabilidad penal del señor José Elías Florido Soto llevaría a entender que, en principio, se estaría frente a uno de los eventos en que resultaría aplicable el título de imputación de responsabilidad objetiva y que, por ende, el Estado tuviera que indemnizar los perjuicios que le fueron causados por razón de la medida de detención preventiva que lo privó de su libertad, lo cierto es que la Sala encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de la víctima, toda vez que fue la conducta absolutamente reprochable desplegada por el ahora demandante, la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra y por la cual se le privó de su derecho a la libertad. (...) si bien el Juzgado Segundo Penal de Chiquinquirá absolvió al procesado y la Sala Penal del Tribunal del Distrito de Tunja confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia, ello no implica que el procesado no estuviera obligado a soportar las consecuencias de una medida restrictiva de su libertad en razón de su propia conducta. (...) aunque el señor José Elías Florido Soto fue objeto de una medida restrictiva de su libertad dentro del proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, dicha decisión no implicó la configuración de un daño antijurídico, dado que su actuación reprochable fue la causa directa y determinante para que fuera privado de su libertad. (...) el señor Florido Soto actuó sin atender, proteger y preservar la libertad sexual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la niña (...) tuvo consciencia de quebrantar una obligación de protección de la menor, esto es, su conducta es dolosa desde el punto de vista civil, puesto que incurrió en un comportamiento totalmente opuesto al estricto cumplimiento de sus obligaciones como lo hiciera un buen padre de familia.

SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / AGRESIÓN Y ABUSO SEXUAL INFANTIL / ADOPCIÓN DE DECISIONES PENALES / REVICTIMIZACIÓN DE NIÑA EXPUESTA A ACOSO SEXUAL / DERECHO DE LAS NIÑAS A LA INTIMIDAD Y DIGNIDAD / DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO / SALVAGUARDA Y PROTECCIÓN REFORZADA Y EFECTIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / EXHORTO A JUEZ PENAL

[A]lgunas de las actuaciones procesales desplegadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá para resolver la situación del procesado ameritan, por lo menos, una reflexión al respecto. Así, el 11 de abril de 2008 en la audiencia de juicio oral, la menor fue expuesta a un contrainterrogatorio realizado por el defensor del procesado reiterativo y circular, en el cual, no obstante, de que el fiscal del caso y el defensor de familia manifestaran su desacuerdo frente a las preguntas reiterativas formuladas por la defensa (...) la juez de conocimiento interrogó a la niña sin salvaguardar el respeto y la dignidad de la deponente, incurriendo con ello en actos de revictimización mediante la remembranza de escenas evidentemente traumáticas y vergonzantes al formularle preguntas de manera reiterada a la niña (...) esta Sección del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre este tipo de casos — protección reforzada de NNA en procesos judiciales— y ha trazado un criterio que ha sido acogido a través de diversas sentencias (...) el Estado, en aras de brindar protección efectiva a la niñez dentro de los procesos penales donde se investiguen casos de agresión y abuso sexual infantil, debe adoptar medidas adecuadas y eficaces para garantizar sus derechos. En atención a esto, con fundamento en los artículos 13, 43 y 44 de la Constitución Política, la Sala ordenará remitir copia de esta sentencia a la Juez Segunda Penal del Circuito de Chiquinquirá, con el fin de exhortarla para que, en lo sucesivo, al ejercer sus competencias constitucionales y

legales, salvaguarde el respeto y la dignidad de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en los procesos judiciales. **NOTA DE RELATORÍA:** Al Respecto consultar sentencia del 2 de marzo del 2017, exp. 44543

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 44

NO PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS - Privación de la libertad

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00998-02(48070)

Actor: JOSÉ ELÍAS FLORIDO SOTO

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - el hecho exclusivo de la víctima como causal eximente de responsabilidad patrimonial del Estado/ Proceso penal tramitado en vigencia de la Ley 906 de 2004/ PROTECCIÓN REFORZADA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES -NNA- EN PROCESOS JUDICIALES - admonición al juez penal para que se abstenga de incurrir en actos de revictimización con el menor deponente.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia fechada el 5 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (se transcribe literalmente, incluso con posibles errores):

“PRIMERO. Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por lo expresado en la parte motiva de la presente providencia.

“SEGUNDO. Declárase NO probadas las excepciones de ‘falta de causa para demandar y falta de legitimación en la causa por pasiva’, propuestas por la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, por lo expresado en la parte motiva de la presente providencia.

“TERCERO. Declárase administrativamente responsable a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, por los perjuicios causados al señor JOSE ELIAS FLORIDO SOTO, con ocasión de la privación injusta de su libertad de que fue objeto.

“CUARTO. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, a indemnizar al demandante, por los perjuicios causados, así:

“a) Por concepto de *daño material a título de lucro cesante*, a favor de JOSE ELIAS FLORIDO SOTO, asciende a la suma de DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS (\$2.957.258,00) M/Cte.

“b) Por concepto de *daños morales*, a favor del señor JOSE ELIAS FLORIDO SOTO, en su calidad de directo afectado, se le reconocerá el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“QUINTO. Se niegan las demás pretensiones solicitadas, conforme lo expuesto en la parte motiva.

“(…)”¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 21 de abril de 2010², el señor José Elías Florido Soto, por conducto de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se les declarara patrimonialmente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales derivados de la privación de la libertad que

¹ Folios 223 y 224 del cuaderno de segunda instancia.

² Folios 3 a 10 del cuaderno de primera instancia.

soportó dentro de un proceso penal adelantado en su contra, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condenara a la parte demandada a pagarle, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igualmente, por concepto de perjuicios materiales, (i) en la modalidad de daño emergente, pidió que se condenara a la parte demandada a pagarle la suma de \$3'000.000 y (ii) en la modalidad de lucro cesante, solicitó la suma de \$2'750.000, por los ingresos que dejó de percibir durante el período que estuvo privado de su libertad.

2. Hechos

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró, en síntesis, que el 24 de octubre de 2007, el señor José Elías Florido Soto fue puesto a disposición del Juez Municipal de Muzo con Función de Control de Garantías, quien luego de imputarle el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Se agregó que, el 25 de abril de 2008, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá profirió sentencia absolutoria a favor del aquí demandante, decisión que fue apelada por la Fiscalía General de la Nación y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, mediante sentencia del 19 de junio de 2008.

Se indicó, finalmente, que el señor Florido Soto fue privado de su libertad desde el 24 de octubre de 2007 hasta el 12 de abril de 2008, lo cual le ocasionó perjuicios morales y materiales.

3. Trámite de primera instancia

3.1. La demanda así presentada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante auto del 22 de septiembre de 2010³, providencia debidamente notificada a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

³ Folios 58 y 59 del cuaderno de primera instancia.

3.2. La Nación - Fiscalía General de la Nación contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones. Como fundamento de su defensa, propuso las siguientes excepciones: *i)* falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la medida de detención preventiva no fue decretada por la Fiscalía General de la Nación, sino por el juez de control de garantías; *ii)* “*culpa excluyente de un tercero*”, puesto que el señor José Elías Florido Soto fue sindicado del delito por el cual se le investigó penalmente, como consecuencia de la incriminación hecha en su contra por las menores “*Daniela*” y “*Natalia*”⁴ y *iii)* la culpa exclusiva de la víctima, dado que el aquí demandante “*fue capturado en flagrancia por miembros de la Policía Nacional*” y, según versión de “*Daniela*”, hermana de la menor ofendida, aquel le ofreció plata para que no dijera nada.

3.3. La Nación - Rama Judicial contestó la demanda y también se opuso a la totalidad de las pretensiones. En síntesis, manifestó que sus actuaciones se desplegaron con sujeción a las normas constitucionales y legales vigentes para la época de ocurrencia de los hechos, razón por la cual no son de recibo los argumentos de la parte actora, dirigidos a que se declare la responsabilidad de la Administración de Justicia.

En ese sentido, propuso las siguientes excepciones: *i)* falta de causa para demandar, pues el daño ocasionado al señor Florido Soto no resultaba antijurídico y, por ende, estaba en el deber jurídico de soportar la carga que se le impuso; *ii)* falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al aquí demandante tuvo origen en la petición que la Fiscalía General de la Nación le formuló al juez con función de control de garantías, por lo cual dicha entidad debe ser la llamada a responder por los perjuicios que, eventualmente, se hubieren ocasionado⁵.

3.4. Concluido el período probatorio, mediante providencia del 23 de enero de 2013⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio

⁴ La Sala ha preferido reemplazar los nombres reales de la menor y sus familiares por nombres ficticios; cuando se trate de un nombre ficticio, este se escribirá en cursiva y no se usarán apellidos. Lo anterior, para salvaguardar la intimidad de la niña involucrada en los hechos de que trata este proceso. La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada, entre otras, en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de marzo de 2015, exp. 44.543, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵ Folios 86 y 91 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 162 del cuaderno de primera instancia.

Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal en la cual este último guardó silencio y las partes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda y en las contestaciones⁷.

En sus alegatos, la Nación - Rama Judicial agregó que entre las decisiones adoptadas por los jueces penales que intervinieron en el proceso penal y el daño antijurídico reclamado por el señor Jorge Elías Florido Soto, no existe nexo de causalidad alguno, por tanto, solicitó que esa entidad fuera exonerada de responsabilidad⁸.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia proferida el 5 de marzo de 2013⁹, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Fiscalía General de la Nación, al tiempo que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la forma transcrita al inicio de esta sentencia.

Para adoptar dicha decisión, el Tribunal *a quo* señaló que, como el señor José Elías Florido Soto resultó absuelto del delito que se le imputó, la privación de su libertad se tornó injusta. De ahí que la Nación - Rama Judicial tuviera la obligación de reparar ese daño antijurídico que le fue ocasionado.

5. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Nación - Rama Judicial interpuso recurso de apelación. Para el efecto, insistió en que la medida restrictiva de la libertad impuesta al aquí demandante se ajustó a los parámetros legales fijados en este tipo de casos y, por ende, estaba en la obligación de soportarla.

Finalmente, señaló que el estudio del presente asunto debía abordarse bajo el régimen subjetivo de la falla en el servicio, dado que se trata de un caso de "*in dubio pro reo*" derivado de deficiencias probatorias, según lo ha indicado la

⁷ Folios 163 a 168 y 170 a 177 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folios 178 a 180 del cuaderno de primera instancia.

⁹ Folios 189 a 224 del cuaderno de segunda instancia.

jurisprudencia del Consejo de Estado. Por tanto, solicitó que se revocara el fallo apelado y, en su lugar, se denegaran las pretensiones de la demanda¹⁰.

6. El trámite en segunda instancia

El recurso así presentado fue admitido a través de auto del 30 de agosto de 2013¹¹; posteriormente, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera el concepto correspondiente, oportunidad procesal en la que intervino la Nación - Fiscalía General de la Nación reiterando lo expuesto a lo largo del proceso¹².

El Ministerio Público, la parte actora y la Nación - Rama Judicial guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, la Sala abordará los siguientes temas: 1) prelación del fallo en casos de privación injusta de la libertad; 2) competencia de la Sala; 3) el ejercicio oportuno de la acción; 4) la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad; 5) valoración de las pruebas trasladadas del proceso penal; 6) lo probado en el proceso; 7) análisis de la Sala; 8) protección reforzada de niños, niñas y adolescentes -NNA- en procesos judiciales; 9) acerca de la condena en costas.

1. Prelación de fallo

En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para dictar fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en atención al orden cronológico respecto del cual pasaron los expedientes al Despacho de la magistrada conductora del proceso.

No obstante, la Ley 1285 de 2009, en su artículo 16, permite decidir de manera anticipada, esto es, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en

¹⁰ Folios 227 a 229 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 241 del cuaderno de segunda instancia.

¹² Folios 244 a 246 del cuaderno de segunda instancia.

relación con los cuales para su decisión definitiva “entrañe solo la reiteración de jurisprudencia”.

En el presente caso, se observa que el debate gira en torno a la privación injusta de la libertad del señor José Elías Florido Soto, tema respecto del cual existe una línea jurisprudencial consolidada y reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Por tanto, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada¹³.

2. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de este proceso en segunda instancia, pues, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, por **privación injusta de la libertad** o por defectuoso funcionamiento en la Administración de Justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado segunda instancia sin consideración a la cuantía del proceso¹⁴.

3. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, la acción de reparación directa debe 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.

En cuanto a las 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

¹³ De acuerdo con lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera, en sesión del 25 de abril de 2013, según acta No. 10.

¹⁴ Sobre este tema consultar el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, actor: Luz Elena Muñoz y otros.

-lo último que ocurra-, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva¹⁵.

En el presente caso, la demanda se originó en los perjuicios que habría sufrido el demandante con ocasión de la restricción a su derecho fundamental a la libertad, dentro de un proceso penal adelantado en su contra.

Una vez revisado el expediente, encuentra la Sala que la sentencia dictada el 25 de abril de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá, por medio de la cual se absolvió de responsabilidad al aquí demandante, cobró ejecutoria el 19 de junio de 2008¹⁶; en ese sentido, el conteo de la caducidad inició a partir del siguiente día, esto es, desde el 20 de junio de 2008 hasta el 20 de junio de 2010.

Ahora bien, como la demanda se interpuso el 21 de abril de 2010, se concluye que la acción se ejerció dentro de la oportunidad legal prevista para ello.

4. Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. Reiteración de jurisprudencia

Acerca de los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de los ciudadanos, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y el alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 —Código de Procedimiento Penal— y de la Ley 270 de 1996.

De manera general, la jurisprudencia de la Sala ha acudido a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los

¹⁵ Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por esta Subsección: -Providencia del 26 de agosto de 2015, radicado No. 200301473 01 (38.649), actor: Ómar Fernando Ortiz y otros, consejero ponente (E) Hernán Andrade Rincón.

-Providencia del 25 de junio de 2014, radicado No. 199900700 01 (32.283), actor: Wladimiro Garcés Machado y otros, consejero ponente (E) Hernán Andrade Rincón.

¹⁶ Mediante sentencia fechada el 19 de junio de 2008, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Tunja confirmó la providencia del 25 de abril de 2008, por medio de la cual se absolvió de responsabilidad al aquí demandante. En tal sentido, conviene señalar que, de conformidad con el artículo 169 de la Ley 906 de 2004, la referida providencia cobró ejecutoria ese mismo día, por cuanto fue notificada en estrados.

eventos en los cuales el implicado correspondiente que ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió y/o *iii)* la conducta no constituía hecho punible, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función judicial, en cuyo caso se deberá aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad.

Por manera que, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva¹⁷.

Bajo esta óptica, la Sala procederá al análisis del caso concreto.

En relación con algunos medios de prueba que se relacionan en el presente acápite, la Sala los valorará conforme a las siguientes consideraciones.

5. Valoración de las pruebas trasladadas del proceso penal

Las pruebas referidas son susceptibles de valoración, dado que fueron solicitadas de forma conjunta por las partes y se practicaron con audiencia de la entidad demandada, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción; asimismo, los testimonios allegados fueron practicados por la entidad demandada, de allí que se entienda que se han surtido, también, con su audiencia¹⁸.

¹⁷ Sentencias proferidas por la Sección Tercera el 4 de diciembre de 2006, exp. 13.168 y el 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, siendo en ambos casos el magistrado ponente Mauricio Fajardo Gómez. El contenido de esas providencias fue reiterado por esta Subsección en sentencia fechada el 27 de marzo de 2014, exp. 31.535, magistrado ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸ Al respecto, resulta pertinente hacer referencia a las consideraciones expuestas por esta Sala, en sentencias del 8 de febrero de 2001 (expediente 13.254) y del 29 de enero de 2009 (expediente 16.975): *“Debe anotarse, adicionalmente, que en los eventos en que el traslado de los testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, la Sala ha*

De otra parte, en relación con el testimonio de la menor “Natalia”, se tiene que respecto de las declaraciones rendidas por menores de edad, esta Corporación ha precisado que:

*“(…) de conformidad con los estatutos y reglas procedimentales, la violación y otras formas de agresión sexual cometidas contra niños y mujeres se constituyen en actos de tortura... y, por ende, **sus testimonios han sido valorados... incluso sin la necesidad de ratificación alguna, toda vez que –resaltan los fallos-, lo fundamental es que el testimonio cumpla con los requisitos de admisibilidad.***

“(…)”

*“La conclusión a que se arriba ha de ser la misma a la que han llegado los tribunales penales internacionales, es decir, **que en defensa de los derechos y garantías de las víctimas, y con el ánimo de evitar la impunidad de parte de los perpetradores de hechos tan atroces, se valorarán los testimonios de quienes sufrieron en primera persona la violación de sus derechos humanos** (...)”¹⁹ (se destaca).*

Por lo anterior, dado que el testimonio rendido por la menor ofendida cumple con la formalidad del juramento contemplada en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil y con los demás requisitos de admisibilidad, la Sala dará valor probatorio a la misma.

6. Lo probado en el proceso

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tienen debidamente demostrados en este proceso los siguientes hechos:

- El 23 de octubre de 2007, miembros de la Policía Nacional de La Victoria, Boyacá, capturaron al señor José Elías Florido Soto, por la supuesta realización de actos sexuales abusivos con una niña de 12 años de edad. En el

considerado que dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de octubre de 2014, expediente 29.979 y sentencia de 10 de diciembre de 2014, expediente 40060, ambas con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero.

reporte de los hechos se consignó la siguiente información (se transcribe literalmente, incluso con posibles errores):

*“El día 23 del mes de octubre siendo las 19:25 horas cuando me encontraba realizando una llamada, y la señorita [Daniela] manifestó que el señor José Elías Florido estaba intentando abusar sexualmente y físicamente de su hermana menor, la menor [Natalia]. **Inmediatamente le comuniqué a un compañero y nos dirigimos a la casa cuando el señor se tiró por el solar inmediatamente la persecución empezó del señor José Elías Florido Soto y se capturó**”²⁰ (negritas adicionales).*

- El 24 de octubre de 2007 se legalizó la captura del señor Florido Soto. La Fiscalía le imputó el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y el Juzgado Municipal de Muzo, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva²¹. En la audiencia preliminar, el juez declaró legal la captura del señor Florido Soto, con fundamento en lo siguiente:

“(…) Para entrar a resolver sobre la solicitud de legalización de captura, este Despacho encuentra en un primer momento que la Constitución Política a partir del artículo 230 habla sobre la Administración de Justicia y allí la Constitución establece que tiene que darse prelación a lo material o sustancial sobre lo formal. De cualquier manera, recogidos y analizados con sano juicio las declaraciones del patrullero Luis Riquelme Ospina y del indiciado José Elías Florido, se tiene que efectivamente hubo respeto de sus derechos como capturado, igualmente, en el mismo sentido, expresamente, el indiciado manifestó que recibió buen trato y respeto una vez que fue privado de su libertad, y si bien es cierto que no hubo una orden de captura previa, precisamente con el acta, el informe que nos hace allegar la Fiscalía Tercera Local de Muzo sobre la captura en flagrancia, este Despacho considera que, efectivamente, se presenta el numeral segundo del artículo 301 toda vez que la persona es sorprendida e individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho, en este caso sería la hermana de la menor [Natalia], de 16 años de edad, quien solicitó, a voces, el auxilio en este caso de la Policía encarnada en el patrullero Riquelme Ospina (…)”²² (se destaca).

- El 14 de marzo de 2008, se llevó a cabo una audiencia ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Chiquinquirá, en la cual se resolvió no decretar la

²⁰ Lo anterior, según la audiencia de juicio oral, la cual tuvo lugar el 10 de abril de 2008. Registro de la audiencia, contenido en disco compacto, obrante a folio 40 del cuaderno de pruebas.

²¹ Lo anterior, según la audiencia preliminar que tuvo lugar el 24 de octubre de 2007. Registro de la audiencia, contenido en disco compacto, obrante a folio 60 del cuaderno de pruebas.

²² Lo anterior, según la audiencia preliminar, la cual tuvo lugar el 24 de octubre de 2007. Registro de la audiencia, contenido en disco compacto, obrante a folio 60 del cuaderno de pruebas.

libertad provisional del acusado,²³ decisión que fue confirmada por el superior el 4 de abril de 2008.²⁴

- En el proceso penal se recibió el testimonio del agente de la Policía Nacional, Luis Alberto Riquelme Ospina²⁵, quien participó en la captura del señor Florido Soto, del cual resulta pertinente citar los siguientes apartes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Siendo las 19:25 horas la señorita [Daniela] se me acercó comentándome que el señor José Elías Florido Soto estaba intentando abusar físicamente y sexualmente de su hermana menor. Inmediatamente me dirigí con un compañero a la residencia. El señor José Elías y se tiró por el solar y en persecución lo capturamos en el matorral. Inmediatamente lo dirigimos, le leímos los derechos del capturado y fue trasladado a las instalaciones policiales de La Victoria por el señor patrullero (sic) que se encontraba conmigo en la persecución, igualmente la víctima menor de edad en estado nervioso fue dirigida a las instalaciones policiales”²⁶.

“La diligencia fue atendida por la señorita [Daniela] quien nos comentó que su mamá no estaba, que se encontraba de viaje. En la diligencia no se encontraron elementos materiales de prueba, la señorita [Daniela] nos contó que cuando salió de su pieza a mirar que no se escuchaba que su hermana que siempre se encontraba lavando ropa, encontró que el señor José Elías Florido Soto con sus pantalones a las rodillas y tratando de abusar de su hermana física y sexualmente. En el momento en que ocurrió este caso yo me dirigí hacia la residencia en busca del señor José Elías Florido Soto, ya que la hermana manifestó que el señor trataba de violar a su hermana. En el procedimiento cuando se capturó el señor mediante persecución se leyeron los derechos del capturado y nos dirigimos a la estación de policía del municipio de La Victoria”²⁷ (negritas y subrayas adicionales).

- En el proceso penal se recibió también el testimonio del subintendente de la Policía Nacional, Jesús María Pabón Sandoval²⁸, quien elaboró el respectivo

²³ Registro de la audiencia para solicitud de libertad, contenido en disco compacto, obrante a folio 49 del cuaderno de pruebas.

²⁴ Registro de la audiencia de argumentación oral para sustentar el recurso de apelación contra la decisión que negó la libertad por términos, contenido en disco compacto, obrante a folio 43 del cuaderno de pruebas.

²⁵ Dicho testimonios merece ser valorado dado que fue practicado por la entidad demandada, de allí que se entienda que se ha surtido, también, con su audiencia. Consultar por ejemplo sentencias del 29 de enero de 2009 Exp. 16.975, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y la proferida el 5 de junio de 2017, Exp. 54.046, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

²⁶ Registro de la audiencia de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 40 del cuaderno de pruebas.

²⁷ Registro de la audiencia de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 40 del cuaderno de pruebas.

²⁸ Dicho testimonios merece ser valorado dado que fue practicado por la entidad demandada, de allí que se entienda que se ha surtido, también, con su audiencia. Consultar por ejemplo sentencias

informe ejecutivo, diligencia respecto de la cual resulta pertinente citar los siguientes apartes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

***“Siendo las 19:25 horas del 23 de octubre de 2007, el señor patrullero Riquelme Ospina Luis Alberto, identificado con la cédula (...), quien labora en la estación de policía La Victoria, se encontraba realizando una llamada, él se encontraba frente a la residencia de la señorita [Natalia] y, la señorita [Daniela], salió de su casa gritando y manifestando que el señor José Elías Florido estaba intentando abusar sexualmente y físicamente de su hermana menor Natalia. Inmediatamente, tuvo conocimiento de los hechos que estaban sucediendo procedió a ingresar a la casa y por ruidos en el patio, se dio cuenta que el señor José Elías Florido Soto estaba escondido en el solar de la casa, ya que el señor José Elías al ver que lo estaban siguiendo salió del solar, de una platanera, que hay detrás de la residencia. En persecución le dieron captura en un matorral, inmediatamente se procedió a leer los derechos del capturado se trasladó a las instalaciones de policía de la Victoria donde fue notificado de sus derechos en forma escrita, es de anotar que al capturado se le dio buen trato y se le hicieron cumplir sus derechos como capturado.*”**

“Una vez en la estación de policía llegó la menor [Natalia], quien es la víctima, en compañía de su tía (...) quienes radicaron (sic) la constancia de los hechos sucedidos. También se presentaron las menores Daniela quien narró todo lo sucedido con su hermana [Natalia], ya que ella es testigo de los hechos, ella se encontraba sola con su hermana porque sus padres se encontraban fuera del departamento”²⁹ (negrillas y subrayas adicionales).

- Así mismo, en el proceso penal se recibió el testimonio del funcionario de la SIJIN, Seccional Chiquinquirá, Wilmar Atara Rodríguez, quien entrevistó a “Daniela” en compañía de su madre y del defensor de familia, declaración de la cual resulta pertinente citar lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Estaba en mi pieza acostada con mi bebé, eran las 7:15 de la noche, mi hermana estaba lavando y mi hermana estaba haciendo bulla cantando y me di cuenta que algo estaba pasando, todo se quedó en silencio porque dejó de hacer bulla, entonces vine a la puerta que da a la cocina y la empujé, escuche a mi hermana que decía venga [Daniela] que Adán me está molestando, entonces cuando entre a la pieza del ropero encontré al señor Adán en un rincón y a mi hermana cerca al ropero, cuando vi al señor se estaba subiendo el pantalón y le pegué un puño y él se dio la vuelta y le seguí pegando con mi

del 29 de enero de 2009 exp. 16.975, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y la proferida el 5 de junio de 2017, exp. 54.046, M.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.

²⁹ Registro de la audiencia de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 40 del cuaderno de pruebas.

mano y le grité para que se fuera entonces salimos de la pieza hacia la calle, él salió por la puerta del patio y me dirigí hasta la estación de policía, subiendo por la escalera salió una amiga de nombre Gina Paola Vega y le pregunté si en la casa de ella estaba el patrullero Riquelme y en ese momento salió él y me preguntó qué había pasado y yo le dije que el señor Adán había entrado a la casa y que había intentado abusar de mi hermana [Natalia], entonces el patrullero Riquelme llegó a la casa y me preguntó que por donde había cogido y yo le dije que el salió por la puerta del patio y que estaba escondido por el monte. Preguntada: Diga si usted observó al señor Adán intentando intimidando a su hermana con algún objeto Contestó: solamente lo vi cuando se subía los pantalones el señor adán y me ofreció plata para que no dijera nada”³⁰. (Negrillas y subrayas adicionales)

- En la audiencia de juicio oral el fiscal de conocimiento aportó un concepto suscrito por Johanna Andrea Reyes Ruiz, sicóloga del centro de salud del municipio La Victoria, del cual se extraen los siguientes apartes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

“Situación encontrada:

“Datos de identificación:

Nombre. [Natalia]. Edad. 12 años. Escolaridad. Grado octavo.

“[Natalia] es una niña con una adecuada adaptación familiar, escolar y social, reporta episodio de abuso sexual por parte del señor apodado Adán, de nombre José Elías Florido Soto, la niña manifiesta que se encontraba lavando ropa en el patio de la casa y que la llevó a la fuerza tapándole la boca hacia un cuarto de la casa y amenazándola diciéndole: no vaya a gritar porque le va mal, allí se bajó la cremallera y en ese momento la niña gritó llamando a su hermana quien se encontraba comprando víveres y ella le dio aviso a la policía, dicho evento contemplo la exposición de los órganos genitales del agresor frente a la niña, pero según ella no hubo contacto genital, de igual forma, se constituye el abuso contra la niña, al indagar antecedentes de abuso la menor reporta que el mencionado agresor en varias oportunidades le ha hecho comentarios de tipo obsceno y de contenido erótico, de igual forma, le ha ofrecido dadas representadas en dinero para que se lo acompañe, así mismo le ofreció dinero a la hermana de la niña para que no diera aviso a la policía de lo sucedido.

“Conclusiones y recomendaciones: al indagar acerca del evento, la niña se muestra tranquila al hablar. Reporta, como es natural, haber sentido miedo en el momento de la agresión. De igual forma, es pertinente el seguimiento debido a que la niña se encuentra en la pubertad y puede desarrollar secuelas de tipo funcional, social y personal a futuro”³¹. (negrillas y subrayas adicionales).

³⁰ Registro de la audiencia de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 40 del cuaderno de pruebas.

³¹ Registro de la audiencia de continuación de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 37 del cuaderno de pruebas.

- En la referida audiencia de juicio oral también estuvo presente la menor ofendida, a quien el señor fiscal del caso interrogó así (se transcribe de forma literal, incluso los posibles errores):

“Preguntada: ¿Usted sabe quién es [Daniela]? Contestó: ella es mi hermana. Preguntada: Diga al despacho si [Daniela] se encontraba el día 23 de octubre cuando usted se encontraba lavando ropa? Contestó: sí, señor. Preguntada: [Natalia], una vez se encontraba usted lavando ropa en su casa diga qué ocurrió. Contestó: pues yo estaba lavando la ropa si y en la casa hay dos puertas pues yo tenía la puerta de atrás, donde uno extiende la ropa, abierta. Estaba ahí entretenida lavando cuando yo siento que hay alguien atrás, y él se me fue acercando y me tapó la boca y con una mano me cogió la cintura. En la casa hay tres cuartos, me llevó para uno donde yo tengo mi ropa, un cuarto más oscuro y cuando él me arrinconó en una esquinita y yo iba a prender la luz y él volvía y me la apagaba, volvía y me la apagaba, ahí me tenía aprisionada la boca muy duro, entonces en ese momento me cogió muy duro y me dijo que si yo hablaba me iba mal y luego me dijo que si yo tenía ganas de orinar que me le orinara en la boca y luego yo golpee la puerta y pues mi hermana no escuchó y eso paso entre 5 y diez minutos más o menos y yo golpeé la puerta y mi hermana no escuchó y cuando ella sintió que no había ruido ni nada entonces ella salió, entonces yo lo mordí y él me soltó y pues ahí salí corriendo y yo le dije a mi hermana: [Daniela] venga que Adán me está molestando. Y ahí [Daniela] llegó, prendió la luz y él ya se estaba abotonando los pantalones y Adán me tenía enredadas las piernas y yo no me podía mover (sic) las piernas de él y las mías estaban como (sic) él estaba rozando las piernas de él entre las mías y mi hermana prendió la luz y él ya se estaba subiendo los pantalones y abotonándose, y cuando mi hermana, mi hermana le pegó un puño y el señor nos dijo que no dijéramos nada que él nos daba plata (...)”³².

- Por su parte, en la audiencia de juicio oral, el defensor del señor Florido Soto realizó conainterrogatorio a la madre de “Natalia” y “Daniela”, del cual resulta pertinente citar los siguientes apartes (se transcribe de forma literal, incluso con posibles errores):

*“Usted ha manifestado que le dio confianza al señor Florido Soto, con base en esa confianza él ingresaba a su casa, si es cierto? Contestó: Sí, señor. ¿Con que frecuencia lo hacía? Contestó: pues él generalmente bajaba todos los días, después de que yo llegaba de trabajar, **siempre le dije a Adán, que mientras yo no estuviera en mi casa él no, no bajara, sí, no fuera a la casa, que para nada, para nada, así yo estuviera en el pueblo, pero mientras yo no estuviera en mi casa él no tenía a que bajar, que mientras yo estuviera en mi casa y si había un agua con sal, un agua con sal se la podía ofrecer pero que estuviera yo en mi casa. ¿y en algunas ocasiones ingresó sin***

³² Registro de la audiencia continuación de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 37 del cuaderno de pruebas.

*estar usted? Contestó: no, nunca lo había hecho. Siempre estaba yo, cuando él iba yo estaba ahí*³³. (negritas y subrayas adicionales).

- El 11 de abril de 2008, durante la audiencia de juicio oral, la Juez Segunda Penal del Circuito de Chiquinquirá ordenó la libertad del aquí demandante, por cuanto el sentido de su fallo sería absolutorio³⁴.

- El 25 de abril de 2008 se llevó a cabo la lectura del fallo absolutorio a favor del señor José Elías Florido Soto. Los argumentos que tuvo en cuenta la juez en comento para adoptar dicha decisión fueron, entre otros, los que a continuación se mencionan (se transcribe literalmente, incluso con posibles errores):

“Como se dijo al anunciar el sentido del fallo, la única prueba directa de los hechos ocurridos el 23 de octubre de 2007, en la zona urbana del municipio de la Victoria, Boyacá, es el testimonio de la menor [NATALIA], presunta víctima del punible por el cual se le acusó al procesado. De la manifestación que hizo de los hechos, se colige que el señor FLORIDO SOTO, no realizó con ella ningún acto sexual diverso del acceso carnal, pues es clara al manifestar tanto en la entrevista como en la audiencia del juicio oral, que él no le tocó nada, ninguna parte de su cuerpo, así que ella no fue coprotagonista de ningún acto sexual, tampoco le vio a él sus partes genitales, ni mucho menos fue persuadida para efectuar actos eróticos.

“Es posible que el procesado haya querido cometer el ilícito por el cual se le acusó, pero no inició la ejecución de esa conducta, es obvio y natural que con la superioridad muscular de un hombre como él, había podido tocar y realizar actos libidinosos con una niña de sólo doce años, de dar inicio a ese proceder. Así que ni siquiera se puede concretar una tentativa. Aquí no se puede hablar de que el hecho no se produjo por causas ajenas a la voluntad del encartado, pues se repite que con su superioridad de fuerza, pudo doblegar a la menor y no lo hizo.

“Por lo tanto, la presunción de inocencia del procesado, no se desvirtuó, el material probatorio recopilado no produjo el convencimiento más allá de toda duda, de que JOSE ELIAS FLORIDO desarrolló la conducta endilgada”³⁵.

- El 19 de junio de 2008, la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja confirmó la anterior sentencia absolutoria, con fundamento en las siguientes consideraciones (se transcribe literalmente, incluso con posibles errores):

³³ *Ibíd.*

³⁴ El 10 de abril de 2008 se dio inicio a la etapa de juicio oral y el 11 de abril del mismo año el juez de conocimiento ordenó la libertad del aquí demandante.

³⁵ Folios 16 a 26 del cuaderno de primera instancia.

“La menor nos ha dicho que José Elías Florido Soto tan solo intentó besarla, pero al mismo tiempo señala que le tenía tapada la boca, lo que indica una contradicción esencial, a no ser que haya intentado besarla en otras partes de su anatomía. Sin embargo también precisa que prácticamente no tenía visibilidad sobre el desarrollo de los hechos, porque el procesado apagaba la luz y ella la prendía, lo que significa que es probable que no haya visto los intentos que supuestamente realizó el procesado para besarla, aclarando también que en todo caso no le tocó ninguna otra parte del cuerpo.

“Esto evidencia que la menor no fue coprotagonista de los hechos ni espectadora de los mismos, pues finalmente el procesado no realizó actos erótico sexuales sobre el cuerpo de la víctima ni tampoco en su presencia. Este último aspecto es tan evidente que la niña señala que no le vio exhibir al hoy absuelto sus partes pudendas, lo que indica que tampoco le mostró los órganos sexuales.

“Refiere la menor también que lo único que le dijo fue que si quería orinar lo hiciera en su boca, aspecto que no entraña la realización de un acto ni mucho menos uno de carácter sexual. Pero si fuera insuficiente este argumento señalemos que nada hizo para que la menor realizara tal comportamiento.

“Así mismo como con acierto lo dijo la señora juez de primera instancia, tampoco se está en presencia de una tentativa, porque en el peor de los casos el procesado lo único que realizó fue actos preparatorio, como llevar a la víctima a un cuarto oscuro, aspecto que es equívoco y no indicativo de su verdadera intención, pues no inició la ejecución del acto punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación. Ni siquiera tocó a la víctima con propósitos distintos y tan solo le dijo que si quería se orinara en su boca, expresión verbal que no constituye, en opinión de la Sala, acto sexual, y que además no tuvo ninguna trascendencia en el desarrollo del suceso, pues la menor jamás intentó poner en práctica lo sugerido por el procesado (...)”³⁶ (negritas adicionales).

- Se tiene finalmente que, el 12 de abril de 2008, esto es, al día siguiente de que la juez penal de conocimiento anunciara el sentido del fallo, el aquí demandante recobró su libertad³⁷.

7. Análisis de la Sala

Valorado en conjunto el material probatorio que antecede, concluye la Sala que se encuentra acreditado en el presente caso que el señor José Elías Florido Soto fue

³⁶ Folios 27 a 46 del cuaderno de primera instancia.

³⁷ Folio 38 del cuaderno de pruebas.

investigado por la supuesta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y, como consecuencia de ello, privado físicamente de su libertad por disposición de la Rama Judicial, entre el 23 de octubre de 2007³⁸ y el 12 de abril de 2008, fecha en que se dio cumplimiento a la orden de libertad dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá.

7.1. Acerca del hecho exclusivo de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual al Estado³⁹

Toda vez que el hecho dañoso causado -privación de la libertad- al ahora demandante fue ocasionado por la captura y por la posterior medida de aseguramiento dictada en su contra por la Rama Judicial antes referida, se procede ahora a analizar si dadas las circunstancias del caso concreto se dan los presupuestos para concluir que se trata de un evento constitutivo de hecho exclusivo de la víctima que pueda dar lugar a exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido los parámetros con base en los cuales resulta forzoso reconocer que la responsabilidad del Estado no puede quedar comprometida como consecuencia de la actuación de la autoridad pública en el caso concreto, en consideración a que el carácter de hecho causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de aquella, sino del proceder —*activo u omisivo*— de quien sufre el perjuicio. Así pues, en punto de los requisitos para considerar que concurre, en un supuesto específico, el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad administrativa, la Sala ha expresado:

*“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.** Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:*

*“... 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.** Por tanto puede*

³⁸ Fecha de la captura del citado demandante.

³⁹ En similares términos, ver sentencias del 11 de abril de 2012, exp. 23.513, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 1° de agosto de 2016, exp. 34.770 M.P. Hernán Andrade Rincón.

sucedier en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño....”⁴⁰

“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. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

-El hecho de la víctima no debe ser imputable al ofensor, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por el ofensor, de manera tal que no le sea ajeno a éste, no podrá exonerarse de responsabilidad a la administración...”⁴¹⁻⁴² (se destaca).

Ahora bien, en lo atinente con la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 — *Estatutaria de la Administración de Justicia*—, dispone que la culpa exclusiva de la víctima se configura “*cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley*”, mientras que el artículo 67 de la misma normativa prevé que el afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

⁴⁰ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B.

⁴¹ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2002 exp. 13262, Actor: Héctor A. Correa Cardona y otros.

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veinte (20) de abril de dos mil cinco (2005); Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación: 05001-23-24-000-1994-00103-01(15784); Actor: Francisco Luis Vanegas Ospina y otros; Demandado: Municipio de Tarso.

En consonancia con lo anterior, para caracterizar los mencionados conceptos de culpa grave y dolo, la jurisprudencia⁴³ ha acudido a los criterios contemplados en el artículo 63 del Código Civil⁴⁴, de los cuales se extrae que el primero se 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.

Así mismo, sobre el primer concepto, el tratadista español Guillermo Cabanellas de Torres, al referirse a la culpa grave⁴⁵ precisa que *“no puede ser medida por las consecuencias, sino que ha de apreciarse según la conducta del agente. Consiste esencialmente en un error, en una imprudencia o negligencia tal, que no podría explicarse sino por la necedad, la temeridad o la incuria del agente”*⁴⁶.

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, resulta necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —*se repite, activo u omisivo*— de aquella tuvo o no injerencia y en qué medida, en la producción del daño. La Sala ha señalado que el hecho de la víctima, como causal de exoneración de responsabilidad o de reducción del monto de la condena respectiva, debe constituir, exclusiva o parcialmente, causa eficiente del perjuicio reclamado, pues de no ser así se estaría determinando el nexo de causalidad con base en una teoría que ya fue desechada por la doctrina y la jurisprudencia: la

⁴³ En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 17933; Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 27414; Subsección C, sentencia de 2 de mayo de 2016, expediente 32126B; Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2016, expediente 35033; Subsección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 39311.

⁴⁴ 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.*

⁴⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II C. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2003. Pág. 506: *“descuido o desprecio de las precauciones más elementales para evitar un daño o impedir un mal. En el Derecho Romano se caracterizaba por la negligencia en que no incurriría el administrador más torpe, como no interrumpir una prescripción estando presente, dejar dinero al alcance de extraños, romper un documento sin haberlo leído, no hacer ninguna reparación en los edificios necesitados de ellas, ni las labores que las cosechas precisen (...)”*.

⁴⁶ *Ibidem*.

equivalencia de las condiciones. Al respecto, el profesor Javier Tamayo Jaramillo explicó:

“Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño (...).

“A no dudar, la aceptación de la causa extraña como causal liberatoria de la presunción de responsabilidad es, en el fondo, la consagración de la teoría de la causalidad adecuada... aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño (...)”⁴⁷

Así las cosas, en el *sub examine* se tiene que si bien la exoneración de responsabilidad penal del señor José Elías Florido Soto llevaría a entender que, en principio, se estaría frente a uno de los eventos en que resultaría aplicable el título de imputación de responsabilidad objetiva y que, por ende, el Estado tuviera que indemnizar los perjuicios que le fueron causados por razón de la medida de detención preventiva que lo privó de su libertad, lo cierto es que la Sala encuentra configurada la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de la víctima, toda vez que fue la conducta absolutamente reprochable desplegada por el ahora demandante, la que dio lugar a la investigación penal que se adelantó en su contra y por la cual se le privó de su derecho a la libertad.

En el presente caso está acreditado que el día de la captura de José Elías Florido Soto, la Policía recibió una llamada de auxilio de la hermana de “Natalia”, quien informó que “dentro de su lugar de residencia encontró al señor Florido Soto con

⁴⁷TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

los pantalones por debajo de las rodillas, luego de haber intentado abusar sexualmente de su hermana menor”, razón por la cual el agente Luis Alberto Riquelme se dirigió al lugar y encontró que el señor Florido Soto estaba escondido en el solar y al constatar la presencia policial intentó escapar sin éxito, debido a que el referido uniformado y otro compañero emprendieron la persecución y lo capturaron.

Adicionalmente, en la declaración rendida bajo la gravedad de juramento por la madre de “*Natalia*” se desprende que el señor Florido Soto no tenía autorización para entrar a la vivienda donde residía la menor cuando aquella no se encontrara. Sin embargo, como quedó probado en el proceso penal, el 23 de octubre de 2007 —día de los hechos— el aquí demandante ingresó a la residencia de “*Natalia*” cuando su madre estaba fuera del municipio. Al respecto, en declaración rendida en la audiencia de juicio oral, esta última manifestó (se transcribe literalmente incluso los posibles errores):

*“(…) Preguntada. ¿Usted por que medio se enteró de lo ocurrido de su hija menor [Natalia] con José Elías Florido Soto el día 23 de octubre del año pasado? Contestó. **yo me encontraba acá en la ciudad de Chiquinquirá en unas diligencias médicas y mis hijas me llamaron al celular.** Preguntada. ¿Qué le comentaron? Contestó. me llamó, mi hija mayor [Daniela], ella me llamó y estaba alterada llorando, yo me preocupe, le dije que qué pasaba entonces ella me dijo: mami, lo que pasa es que Adán bajó e intentó abusar de [Natalia] (...)”⁴⁸ (negritas y subrayas adicionales).*

Ahora, si bien el Juzgado Segundo Penal de Chiquinquirá absolvió al procesado y la Sala Penal del Tribunal del Distrito de Tunja confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia, ello no implica que el procesado no estuviera obligado a soportar las consecuencias de una medida restrictiva de su libertad en razón de su propia conducta.

A juicio de la Sala, aunque el señor José Elías Florido Soto fue objeto de una medida restrictiva de su libertad dentro del proceso penal que se adelantó en su contra por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, dicha decisión no implicó la configuración de un daño antijurídico, dado que su actuación reprochable fue la causa directa y determinante para que fuera privado de su libertad.

⁴⁸ Registro de la audiencia de continuación de juicio oral, contenido en disco compacto, obrante a folio 37 del cuaderno de pruebas.

Es menester señalar que si bien a esta jurisdicción no le corresponde cuestionar las decisiones de la justicia penal, lo cierto es que, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el juez administrativo tiene la posibilidad de apartarse de la motivación que sustenta la sentencia penal o su equivalente, en razón a las diferencias sustanciales que existen entre ambas acciones, aunque sin dejar de destacar la importancia que tienen dichos fallos en las decisiones que se adopten en esta jurisdicción⁴⁹. Al respecto, esta misma Sala, con ponencia del señor Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera, precisó que:

“(...) si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado y, en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio, pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado⁵⁰, pues a pesar de que se declare la responsabilidad personal del funcionario, la entidad a la cual éste se encuentre vinculado puede no ser responsable del daño, por no haber actuado aquél en desarrollo de un acto propio de sus funciones o no haber tenido su actuación ningún nexo con el servicio público⁵¹, o por el contrario, el funcionario puede ser absuelto por no haberse demostrado la antijuridicidad de su conducta, de tal manera que no resulte comprometida su responsabilidad penal y, en cambio, el juez administrativo puede encontrar comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, con la demostración de la antijuridicidad del daño, elemento fundante de la responsabilidad estatal consagrada en el artículo 90 de la Carta Política”⁵².

En suma, al margen de las decisiones absolutorias proferidas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá y por la Sala Penal del Tribunal Superior de Tunja, que la Sala no controvierte ni son objeto de discusión, no se ordenará la reparación solicitada por el actor porque está probado en el expediente que el señor Florido Soto actuó sin atender, proteger y preservar la

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2016, exp. 39.816, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁵⁰ En sentencia del 1 de noviembre de 1985 exp. 4571 dijo la Sala: “Una es la responsabilidad que le puede tocar (sic) al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa”. En el mismo sentido, sentencias de 24 de junio de 1992 exp. 7.114, de 17 de marzo de 1994 exp. 8585, de 5 de mayo de 1994 exp. 8958, de 18 de febrero de 1999 exp. 10.517, de 26 de octubre de 2000 exp. 13.166 y de 25 de julio de 2002 exp. 13.744 y 14.183, entre otras.

⁵¹ Ver, por ejemplo, sentencias de 20 de febrero de 1992, expediente 6514 y de 21 de septiembre de 2000, exp. 11.766.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida por esta Sala el 9 de marzo de 2016, exp. 39.816, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

libertad sexual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la niña, pues, como se demostró, aquel entró a la casa donde residía la menor, a sabiendas de que la madre de esta no se encontraba, tomó por la fuerza a la niña y la llevó a una habitación oscura, en la que, además de sujetarla con fuerza, privándola de la libertad de movimiento, le pidió que *“se le orinara en la boca”*. Luego, el señor Florido Soto tuvo consciencia de quebrantar una obligación de protección de la menor, esto es, su conducta es dolosa desde el punto de vista civil, puesto que incurrió en un comportamiento totalmente opuesto al estricto cumplimiento de sus obligaciones como lo hiciera un buen padre de familia.

Con fundamento en todo lo anterior, ha de concluirse por la Sala que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, se halla demostrada suficientemente en el expediente la configuración del hecho exclusivo del señor José Elías Florido Soto, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión del Juez Municipal de Muzo al proferir una medida de aseguramiento en su contra.

Por fuerza de las razones que quedaron expuestas, la Sala revocará la sentencia apelada y, por ende, negará las pretensiones de la demanda.

8. Protección reforzada de niños, niñas y adolescentes -NNA- en procesos 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 José Elías Florido Soto del delito por el cual se le investigaba, pues, como se dijo, es una decisión que escapa por completo de su competencia, lo cierto es que, **algunas de las actuaciones procesales desplegadas por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Chiquinquirá para resolver la situación del procesado ameritan, por lo menos, una reflexión al respecto.**

Así, el 11 de abril de 2008 en la audiencia de juicio oral, la menor fue expuesta a un contrainterrogatorio realizado por el defensor del procesado reiterativo y circular, en el cual, no obstante, de que el fiscal del caso y el defensor de familia manifestaran su desacuerdo frente a las preguntas reiterativas formuladas por la defensa, la juez de conocimiento se pronunció de la siguiente forma:

“(...) Juez. En este momento, en el conainterrogatorio es más amplio señor fiscal, más amplio y menos riguroso que el interrogatorio, así que puede continuar señor defensor, respetando esa regla del conainterrogatorio.

“(...).

“Defensor. ¿Usted dijo anteriormente que había durado entre 5 y 10 minutos agarrada por el señor Florido Soto, durante ese tiempo que partes íntimas o que le tocó? Contestó: pues el en si no me toco nada, si, pero...

“Fiscal. Su señoría esa pregunta ya la había realizado el señor defensor.

“Juez. bueno, esa es una pregunta más que todo aclarativa que al Despacho le interesa que la responda la testigo, así que diga.

“Niña. no me tocó nada, si, pero intentó besarme, pues yo no me dejaba besar porque no, y pues me tenía enredadas las piernas pero no me tocó así nada.

“Defensa. para intentar besarla, ¿le quito la mano de la boca? Contestó: pues es que él me tenía bien al cuerpo de él, si, y pues yo no podía y pues me tenía agarrada pues no me podía correr, pues yo movía simplemente la cara si, y pues él se podía mover más que yo, pues él se me trataba de ir a mi (sic)”. (destaca la Sala).

A su vez, la juez de conocimiento interrogó a la niña sin salvaguardar el respeto y la dignidad de la deponente, incurriendo con ello en actos de revictimización mediante la remembranza de escenas evidentemente traumáticas y vergonzantes al formularle preguntas de manera reiterada a la niña, al respecto se transcribe:

“Juez. Por la facultad excepcional que tiene en este caso la juez para interrogar le preguntó. Usted dice que el señor José Elías intentó besarla, ¿en qué parte de su cuerpo quiso besarla él? Contestó. En la boca, si, pues yo le corría la boca, la cara si, y pues él me la buscaba, me la buscaba pero yo nunca me deje.

“Juez. Aunque ya lo manifestó ante pregunta de la defensoría, pero concretamente ¿la tocó, le hizo algo el señor José Elías Florido a usted? Contestó. No, señora. Pues él si se me pegó bien al cuerpo y me tenía enredadas las piernas pero no me alcanzó a tocar nada, si, lo que si me trataba era de besarme.”⁵³ (destaca la Sala).

Sobre el particular, cabe señalar que esta Sección del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre este tipo de casos —protección reforzada de NNA en procesos judiciales— y ha trazado un criterio

⁵³ Folio 415 del cuaderno de primera instancia.

que ha sido acogido a través de diversas sentencias⁵⁴, de las cuales resulta pertinente reiterar el pronunciamiento efectuado en la sentencia proferida el 1 de agosto de 2016, en la cual se resaltó el papel del juez contencioso administrativo en el estudio de este tipo de casos, así:

“Los niños tienen el derecho a una vida libre de violencia, es decir, el derecho a no sufrir acciones o conductas que afecten su integridad física, sexual o psicológica; así, frente a un derecho tan esencial como lo es la libertad sexual, el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: por una parte, abstenerse de vulnerarlo por la acción directa de sus agentes (obligación negativa o interdicción de lesión) y, por otra, garantizar el pleno ejercicio de los derechos a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales para protegerlo y preservarlo (obligación positiva o de prestación), lo que supone un avance en serio en la conquista de la protección efectiva de los derechos de niñas y niños.

“Estas obligaciones de respeto y garantía demandan del Estado una actividad de prevención y protección de los niños y niñas, sobre todo, en casos de violencia sexual. En ese orden, se debe salvaguardar los derechos de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales dentro del sistema penal, particularmente el principio de dignidad humana. Estos deberes por parte de autoridades judiciales se tornan en una obligación reforzada cuando se trata de prevenir y proteger a los niños y niñas contra cualquier forma de violencia o discriminación en su contra, en atención a los artículos 2, 3 y 10 del Código del Menor –Ley 12 de 1991-

“(…)

“Es cierto que los principios de concentración y de inmediación de la prueba resultan bastiones fundamentales de la investigación penal, en la medida que permiten que los testimonios sean valoradas directamente por el juez a fin de formarse un grado de convicción respecto de la verdadera situación fáctica; sin embargo, lo cierto es que para recibir la declaración de la niña se debió tener en cuenta su índole y preservar el interés superior de esta, así como las garantías procesales del sindicado para un correcto desarrollo del juicio penal”⁵⁵
(destaca la Sala).

De acuerdo con lo anterior, el Estado, en aras de brindar protección efectiva a la niñez dentro de los procesos penales donde se investiguen casos de agresión y abuso sexual infantil, debe adoptar medidas adecuadas y eficaces para garantizar sus derechos. En atención a esto, con fundamento en los artículos 13, 43 y 44 de la Constitución Política, la Sala ordenará remitir copia de esta sentencia a la Juez

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de marzo del 2017, exp. 44.543, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; sentencia del 2 de marzo de 2015, exp. 44.543, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, entre otras.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Segunda Penal del Circuito de Chiquinquirá, con el fin de exhortarla para que, en lo sucesivo, al ejercer sus competencias constitucionales y legales, salvaguarde el respeto y la dignidad de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en los procesos judiciales.

9. Condena en costas

En vista de que no hay 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 5 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá y, en su lugar, se dispone, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Con fundamento en los artículos 13, 43 y 44 de la Constitución Política, **REMITIR** copia de esta sentencia a la Juez Segunda Penal del Circuito de Chiquinquirá, con el fin de exhortarla para que, en lo sucesivo, al ejercer sus competencias constitucionales y legales, salvaguarde el respeto y la dignidad de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en los procesos judiciales.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA