

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No condena

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DELITO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO EN CONCURSO CON LESIONES PERSONALES / DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES / DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL / ORDEN DE CAPTURA / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO / LEY 600 DE 2000 / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO / APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

SÍNTESIS DEL CASO: V, docente de parvularios en un jardín infantil, tras ser denunciado por la madre de un menor de tres (3) años, fue investigado penalmente por el delito de acceso carnal violento agravado en concurso con lesiones personales. Dentro de la investigación fue cobijado con medida de aseguramiento y se profirió en su contra resolución de acusación. En sede de juicio, en primera instancia fue objeto de sentencia condenatoria y, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán lo absolvió en aplicación del principio de indubio pro reo. Por considerar que su privación fue injusta, él y sus familiares acudieron en demanda de reparación de perjuicios en contra del Estado.

PROBLEMA JURÍDICO: Corresponde a la Sala dilucidar si en el presente caso se debe o no imponer condena administrativa y patrimonial a las demandadas Nación Rama Judicial Fiscalía General de la Nación por la detención preventiva del señor V, que tuvo ocurrencia desde el 20 de febrero de 2006 hasta el 14 de diciembre de 2007, dentro de la investigación penal por acceso carnal violento agravado en concurso con el de lesiones personales, que culminó con sentencia absolutoria de segundo grado en su favor por aplicación del principio indubio pro reo. (...) la Sala deberá confrontar los elementos fácticos y probatorios del caso con el alcance normativo del referido art. 90 de la Constitución en su complexión convencional y de bloque de constitucionalidad. Finalmente, encarar el juicio autónomo de culpa grave o dolo de la víctima, con el cual se cierra el análisis aplicable al régimen de privación injusta.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Entidad de carácter público / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En razón a la naturaleza del asunto

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en sede de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 del C.C.A., en concordancia con lo previsto por el art. 129 del C.C.A. y lo que prescribe la Ley 270 de 1996 (arts. 65,68 y 73), sin que deba atender limitación alguna por razones de cuantía. Así mismo, por la naturaleza de lo que se debate, el horizonte procesal se rige por el art. 86 del C.C.A., bajo el trámite de reparación directa.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 82 / DECRETO 01 DE 1986 - ARTÍCULO 86 / DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 129 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 65 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 68 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 73

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Acreditación / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA - Acreditación

Se encuentra acreditado, por activa, el interés que le asiste al señor V, en su condición de víctima directa de la privación de la libertad. Los demás demandantes derivan su interés de la calidad de familiares del directamente afectado, vínculo que se encuentra debidamente probado, con lo cual se satisface el carácter dual de la legitimación procesal (legitimación de hecho y legitimación material (...)) se encuentran legitimadas, por pasiva, las entidades demandadas, habida cuenta de que sus actuaciones guardan relación directa con los hechos de la demanda.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No operó. La demanda se presentó de forma oportuna

Para efectos de comprobar que el presente caso no ha sido alcanzado por la caducidad prevista para la acción de reparación directa en el art.136 n 8 del C.C.A., y determinada en dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho es necesario tener en cuenta que por tratarse de la responsabilidad derivada de una privación injusta de libertad, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que la certeza del daño aparece cuando la providencia que absuelve o precluye adquiere ejecutoria, por lo cual, los dos (2) años empezarán a correr a partir del día siguiente de aquél suceso procesal. En el caso de autos, conoce la Sala que el 13 de diciembre de 2007 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán revocó la sentencia condenatoria de primer grado y, en consecuencia, absolvió de la responsabilidad penal a V Esta sentencia, según consta a, quedó ejecutoriada el 29 de febrero de 2008. Asimismo, se conoce que la demanda de reparación fue presentada el 3 de junio de 2008, antes de que hubieran transcurrido los dos años; de ahí que se tenga por demostrado el ejercicio oportuno de la acción.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTÍCULO 136.8

VALOR PROBATORIO DE LAS PRUEBAS TRASLADADAS / RATIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS TRASLADADAS / EVENTOS EN LOS QUE NO SE REQUIERE LA RATIFICACIÓN - Reiteración jurisprudencial

Al proceso se allegó copia auténtica de la investigación penal adelantada contra V, dentro de la cual, además de las decisiones allí adoptadas, se encuentran las pruebas practicadas en dicho proceso declaraciones y pruebas periciales. Tales pruebas serán valoradas. (...) La regla general para su valoración cuando provienen de otro proceso es que se convaliden por medio de la ratificación; no obstante, esta exigencia se torna innecesaria en tres eventos, tal como jurisprudencialmente se ha señalado: (i) cuando en el libelo introductorio se solicita que se allegue al trámite contencioso copia de los procesos en los que reposan declaraciones juramentadas y la contraparte solicita la misma prueba en la contestación de la demanda, o (ii) de manera expresa manifiesta que está de acuerdo con la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora, dicha situación implica que ya no es necesaria la ratificación de los testimonios. (...) (iii) cuando un testimonio practicado en otro proceso sin audiencia de alguna de las partes o de ambas, ha sido trasladado al trámite contencioso administrativo por solicitud de una de las partes, y la otra utiliza en su defensa lo consignado en la aludida declaración juramentada, ello suple el trámite de ratificación de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil. Las restantes pruebas,

igualmente, serán valoradas teniendo en cuenta que reúnen los requisitos previstos en el art. 185 del C.P.C. aplicable en virtud de la remisión de que trata el art. 267 del C.C.A., teniendo en cuenta que en el proceso primitivo se practicaron a petición o con audiencia de la parte contra la que aquí se aduce. (...) será objeto de apreciación y valoración habida cuenta que aquella encuentra sustento en otros medios de prueba trasladados, como es el caso de la prueba pericial y el testimonio del menor; es decir, la denuncia de la madre del menor guarda conexidad con los medios de prueba provenientes del proceso penal y, en esa medida, es pasible de valoración no porque se le irroque autonomía probatoria, sino porque, vista desde la integralidad del acervo, está respaldada por otros medios de prueba. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto, consultar, Sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 185 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 229 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 267

CRITERIOS FLEXIBLES DE VALORACIÓN PROBATORIA / VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES EXTRAJUICIO

Tratándose de graves violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes NNA, por ser sujetos de especial protección, el juez administrativo, siguiendo el derrotero constitucional, debe acudir a criterios flexibles de valoración probatoria, que en este caso suponen la valoración de la denuncia en conjunto con las demás pruebas obrantes. (...) La parte actora allegó con fines probatorios una declaración extra juicio rendida conjuntamente por A y GE Si bien se ha considerado que dichas pruebas no pueden ser valoradas como testimonios, sí lo pueden ser como documentos declarativos de terceros, en cuyo caso, se precisa un examen más riguroso a la luz de las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta que existe una menor intermediación entre el juez y el medio de convicción, si se le compara con el testimonio.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Posición jurisprudencial / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen aplicable. Presupuestos / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Supuestos previstos en el artículo 414 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Criterios de interpretación y aplicación / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARTICULO 414 - Preceptos

Tratándose de la responsabilidad del Estado-juez, normativamente se descende a la aplicación de lo preceptuado en la Ley 270 de 1996, sin perder de vista la interpretación sistemática de sus disposiciones con aquellas que ostenten rango constitucional, principalmente, el referido art. 90 ejusdem. Desde esta perspectiva, el art. 68 de la mentada ley, contempla la reparación por la privación injusta de la libertad ; no obstante, por injusto no solamente ha de entenderse lo abiertamente arbitrario , sino toda restricción frente a la cual no exista un deber jurídico de soportar, por cuanto, como lo ha advertido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación, el postulado constitucional resguarda al administrado frente a la producción de daños antijurídicos, sin que necesariamente estos provengan de una actuación irregular. Por esa misma razón, la responsabilidad en materia de privación injusta no se restringe aunque las comprende- a las hipótesis que antes traía previstas el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, ya derogado. Sobre los eventos a los que se refiere el art. 414 hay que decir dos cosas; la primera, es que normativamente siguen siendo relevantes, por cuanto el espíritu de la norma se ha

mantenido incluso más allá de su derogatoria y, la segunda, que fácticamente también siguen perviviendo, si se tiene en cuenta que lo que dicha disposición preveía era la descripción de aquellas posibilidades procesales de terminación de la investigación penal, bajo las cuales, antes y ahora, resulta abiertamente irrazonable “sostener que los asociados están obligados a soportar la carga de ser privados de su libertad”, en consideración, precisamente, a la vinculatoriedad de dicha disposición al pluricitado art. 90 constitucional. De manera que quien haya estado privado de la libertad y pretenda por ello la reparación del Estado, deberá probar prima facie que la absolución de la investigación y/o proceso penal se produjo por cualquiera de estas circunstancias: (i) porque el hecho no existió; (ii) porque aun existiendo, el sindicado no lo cometió; (iii) porque la conducta investigada no era constitutiva de un hecho punible, es decir no estaba tipificada como delito y (iv) porque probatoriamente no se logró desvirtuar la presunción de inocencia (indubio pro reo). (...) la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad además de la aplicación del art. 68 de la Ley 270 de 1996, debe también atender lo dispuesto en el art. 70 ejusdem, que refiere a los eventos en los cuales el daño obedece a una culpa exclusiva de la víctima, capaz de abatir la responsabilidad que ab initio le puede caber al Estado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 68 / DECRETO 2700 DE 1991 - ARTÍCULO 414

CULPA - Noción. Definición. Concepto

En la jurisprudencia se aprecian dos acepciones de culpa distintas entre sí y una tercera resultante de la mezcla de las dos anteriores. La primera noción, concibe la culpa como la violación de una obligación o un deber. Ello implica, como mínimo, para quien asume esa definición, la necesidad de identificar la obligación o el deber incumplido. La segunda noción, entiende la culpa como la falta de diligencia y cuidado. La diferencia no es menor si se tiene en cuenta que, en estricto sentido, adscribir esta noción implica ir directamente a la valoración de la culpa en términos de diligencia o negligencia, sin necesidad de identificar previamente un deber defraudado. La tercera vertiente, adopta una noción combinada o compuesta de culpa, en tanto la concibe como la violación a un deber y, a su vez, como la falta de diligencia y cuidado. Tomar esta noción conlleva a realizar un ejercicio de comprobación tanto del deber inobservado como el nivel de negligencia con que se incumple; sin embargo, en la mayoría de los fallos donde se presenta esta definición, al momento de llevar a la práctica ese concepto dual, no siempre se efectúa la verificación completa, por lo que, en realidad, el concepto se queda a medio aplicar, sin que ello, en sí, afecte la existencia y determinación de la causal. Esto es así, si se tiene en cuenta que en todos los casos en los que se ha decidido exonerar al Estado por la culpa de la víctima, la causal se presenta y se sustenta en los hechos; el asunto, por tanto, se reduce a una cuestión meramente metodológica que no incide en el sentido de lo fallado. (...) de la forma como se conciba la culpa va a depender la aplicación práctica. Así, si la culpa se asume como la violación de un deber, es apenas razonable que en el ejercicio de verificación se deba identificar el deber incumplido, mientras que si la culpa se asimila con la falta de diligencia y cuidado, basta que se identifique una actuación torpe y negligente; es decir, en el reproche no hace falta especificar el deber inobservado sino la falta de diligencia en la conducta, cualesquiera que aquella sea. De ello se siguen dos consecuencias: (i) que se haga una mezcla inapropiada entre deberes de conducta y cargas de diligencia; y (ii) que se le adscriba a la culpa una naturaleza eminentemente objetiva o, por el contrario, subjetiva, hecho que guarda relación también con la equivalencia o distinción que se haga entre culpa grave y dolo civil. (...) esto es, la

confusión entre deberes y cargas, se hace notoria cuando, sin especificación alguna, se asimila la carga de la diligencia con el incumplimiento de un deber propiamente dicho, o viceversa. De esta forma, en algunos casos basta que se observe incumplido un deber de cuidado para que se constituya la culpa, mientras que en otros, se propende por la identificación específica de deberes.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 63

DIFERENCIA ENTRE CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA Y HECHO DE LA VÍCTIMA / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA COMO CAUSAL EXIMENTE O EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD

Se observa que mientras en unos casos se habla de culpa de la víctima la mayoría en otros, por el contrario, se habla de hecho de la víctima. Esto, aunque pareciera irrelevante, no lo es tanto, pues al hablar de hecho de la víctima, a lo sumo, se estaría haciendo referencia a la conducta activa u omisiva cometida por el agente, más no al grado de negligencia, como sí ocurre con la acepción de culpa; de ahí que se estime apropiado hablar de culpa de la víctima con lo cual, además, se le sale al paso a la inacabada y “clásica discusión en torno a la naturaleza jurídica de la “culpa de la víctima”, esto es, si se trata efectivamente de “culpa” o, más bien, de un “hecho” de la víctima que tiene exclusivamente relevancia causal, pues escapa de manera amplia a sus objetivos. (...) la culpa de la víctima, como causal excluyente de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, permite concluir que: (i) en todos los casos, el análisis se realiza a través de un juicio autónomo, que procede de oficio o a solicitud de parte; (ii) en la mayoría de los casos se hace una distinción conceptual entre dolo y culpa; no obstante, al llevar a cabo el análisis del caso concreto, los conceptos o se confunden o se asimilan; excepcionalmente se mantiene la distinción tanto conceptual como práctica; (iii) en algunos casos se concibe la culpa como de naturaleza objetiva, aunque puede suceder que al momento de realizar el juicio se exploren elementos volitivos de carácter subjetivo; (iv) se evidencia una confusión o mezcla entre deberes y cargas; (v) la frontera valorativa de la conducta penal y la civil no siempre se mantiene rígida. (...) la culpa de la víctima se debe pasar por dos visores al tiempo: el deber incumplido y el grado de descuido o negligencia de sujeto.

LAS ACTUACIONES EN CONTRA DE LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONFIGURAN UN DESCONOCIMIENTO A LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LA NORMA CONSTITUCIONAL

las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente gravosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal,

DERECHOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS - Marco normativo

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, le impuso al Estado, entre otras, la obligación de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas” . Esto, por cuanto la falta de

madurez física y psicológica de los menores los hace vulnerables y, por ende, su protección se debe fortalecer y privilegiar. (...) El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección. En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, los deberes de protección que surgen para el conglomerado social y estatal. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños y las niñas atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía.

FUENTE FORMAL. LEY 12 DE 1991 / CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - ARTICULO 19 / ARTÍCULO 44

PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL MARCO DE LA VIOLENCIA SEXUAL - Regulación normativa

El abuso y la explotación sexual de niños y niñas constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave y se representa en la realización de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades”. Basta referir el estado de fragilidad de los menores y las circunstancias en que generalmente se comete este tipo de afrentas a su pudor y dignidad (familiaridad, confianza y cercanía del sujeto agresor), para configurar una culpa en extremo grave por parte de quien cause una ofensa al fuero íntimo de un menor. Así se ha entendido unánimemente por distintos instrumentos de protección tanto del orden interno como externo.
NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41208

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRO INFANS O PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR / MENOR DE EDAD SE CONFIGURA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES Y OBLIGACIONES DE RESPETO, PROTECCIÓN Y CUIDADO CON EL MENOR OFENDIDO/ CONFIGURACIÓN DE CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

Las valoraciones que le corresponde hacer a la Sala vienen signadas por la aplicación del principio pro infans, de suerte que es desde la perspectiva del menor víctima que se califica la existencia o no de una culpa grave o dolo en las actuaciones de quien fuera su profesor. En tal sentido, las declaraciones del menor son la piedra de toque para analizar el proceder del señor V, quien como docente tenía a su cargo la protección del menor, y de quien se esperaban los más acendrados cuidados y los más altos estándares éticos en el trato y las

relaciones con sus pupilos. De esta forma, siguiendo el derrotero constitucional, la Sala le da toda la relevancia a los dichos del menor, máxime cuando se trata de un niño de escasos tres años de edad. Lo anterior no significa afirmar que el demandante agredió sexualmente al niño, toda vez que en el proceso penal fue absuelto de las cargas imputadas. Sin embargo, lo que sí permite es reprocharle desde el campo de la responsabilidad civil el quebrantamiento de sus deberes de respeto, protección y cuidado con el infante, que dio lugar a que lo acusara en dos oportunidades de manipulación en su zona anal. (...) Está comprobada la defraudación por parte del sujeto observado a los deberes constitutivos del estándar obligacional a que estaba supeditado, que equivale a tener por demostrada la configuración de la culpa, en tanto no gestionó diligentemente los deberes de respeto, protección y cuidado que tenía para con el menor ofendido.(...) Visto como está que V faltó a los deberes que tenía con su alumno, con lo cual incumplió el estándar obligacional y las cargas de diligencia, en términos de gradación de la culpa, a la sazón de lo expuesto frente al peso del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, implica que el docente debía extremar los deberes de cuidado y respeto; por lo cual, al no actuar con tal diligencia, su comportamiento fue contrapuesto. (...) la labor docente se ubica en la cúspide de las exigencias jurídicas y de ética pública, si se tiene en cuenta que su oficio es formar y adosar con su ejemplo, un cúmulo de valores y enseñanzas en los educandos, que perdurarán para el resto de la vida. De allí que sea altamente reprochable que un profesor aproveche la cercanía y la confianza que la sociedad, la familia y el propio niño han depositado en él, para infligir cualquier tipo de afectación, ya sea en la integridad física, psicológica o sexual de un estudiante.(...) a partir de los anteriores postulados y de los deberes de protección especial que deben desplegarse sobre los niños/as, sobre los cuales se recabó previamente, la conducta del profesor V puesta sobre la escala cartesiana refleja un descuido mayúsculo, que por antitético se pone del lado opuesto del esmero y cuidado que caracteriza al sujeto relacional. (...) el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta Sala con ocasión del caso que se viene analizando, termina por sostener que, si bien, se constató que V padeció un daño con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, aquel daño es imputable a su propio actuar gravemente culposo, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece, al configurarse la causal exonerativa de responsabilidad por culpa

NO PROCEDE CONDENA EN COSTAS - Privación de la libertad

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00193-01(41820)

Actor: V

Demandado: LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Sin que se observen nulidades que afecten lo actuado, entra la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 14 de diciembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda (fls. 616-632, c. ppal.).

SÍNTESIS

V, docente de parvularios en un jardín infantil, tras ser denunciado por la madre de un menor de tres (3) años¹, fue investigado penalmente por el delito de acceso carnal violento agravado en concurso con lesiones personales. Dentro de la investigación fue cobijado con medida de aseguramiento y se profirió en su contra resolución de acusación. En sede de juicio, en primera instancia fue objeto de sentencia condenatoria y, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán lo absolvió en aplicación del principio de indubio pro reo. Por considerar que su privación fue injusta, él y sus familiares acudieron en demanda de reparación de perjuicios en contra del Estado.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Mediante demanda presentada el 3 de junio de 2008² (fls. 427-446, c. 3), ante el Tribunal Administrativo del Cauca³, los señores V (privado de la libertad); A

¹ Por tratarse de un menor de edad, a lo largo de la sentencia no se mencionará su identidad, para evitar una posible revictimización y proteger debidamente el derecho a la intimidad.

² En razón a que no aparece el sello de radicado se toma la fecha prevista en el acta individual de reparto fl. 497, c. 3.

³ La demanda se interpuso ante los juzgados administrativos de Popayán y correspondió por reparto al Juzgado 4 del Circuito de Popayán, donde se tramitó el proceso hasta el 20 de octubre de 2008, cuando el juzgado dispuso su falta de competencia funcional, declaró la nulidad de lo actuado y remitió el proceso al Tribunal Administrativo del Cauca; el 9 de marzo de 2009 empezó a conocer del caso y admitió la demanda (fls. 508-509, c. 3), se surtieron las notificaciones personales de la siguiente manera: Rama Judicial-Dirección

(compañera)⁴, sus hijos H1, H2, este último menor de edad y representado legalmente por sus padres; LG (madre), LM, D, P, LR (hermanos), acudieron en acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, en la cual invocaron las siguientes pretensiones:

PRIMERA - LA NACIÓN, FISCALÍA GENERAL Y LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO, son responsables administrativa y civilmente de todos los daños y perjuicios materiales e inmateriales o morales y de pérdida a la vida de relación ocasionados con la detención antijurídica e injusta de la cual fue objeto el señor V (sic) J, los cuales además sufrieron su esposa A, sus hijos H1 , H2 (menor de edad, representado legalmente por sus padres), su madre LG y, sus hermanos LM, D, P, LR, mayores de edad y vecinos de esta ciudad.

SEGUNDA - CONDÉNESE a: LA NACIÓN-FISCALIA GENERAL y a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO a pagar a los actores las siguientes sumas de dinero así:

1º) A V

A.- POR LUCRO CESANTE: El Valor de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), O LA SUMA QUE APAREZCA DEMOSTRADA Y LIQUIDADADA EN EL PROCESO, que se liquidarán directamente a favor del propio ofendido correspondientes a las sumas que el detenido ha dejado y dejará de producir en razón y con ocasión de su privación injusta de su libertad. En consecuencia, la condena se liquidará hasta el día que quede en firme el fallo que declare la responsabilidad patrimonial del Estado por la detención arbitraria e injusta.

B. POR DAÑO EMERGENTE: El Valor de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), O LA SUMA QUE APAREZCA DEMOSTRADA Y LIQUIDADADA EN EL PROCESO, por concepto de gastos defensa, estudios alimentos, arriendo, transporte, salud, vestuario entre otros.

C- POR PERJUICIOS MORALES: El valor de Cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por concepto de perjuicios morales o "pretium doloris", consistente en el profundo trauma psíquico y emocional y pérdida de la vida de relación que les produjo el arbitrario e injusto de la detención efectiva de la libertad con violación del deber objetivo de parte de La Nación, Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial de Poder Público, dado que las demandadas tenían el deber y legal específico, de velar por el cumplimiento del debido proceso, de la

Ejecutiva de la Administración Judicial (fl. 514, c.3), Fiscalía General de la Nación (fl. 513, c.3) y Ministerio Público (fl. 511, c. 3).

⁴ Aunque en la demanda se invoca como la esposa de V, lo cierto es que no se aportó el registro civil de matrimonio que acredite tal calidad.

libertad personal, de adoptar decisiones fundadas en pruebas legal, oportuna y regularmente allegadas al proceso, valorar los elementos de convicción con racionalidad, razonabilidad y ponderación. Pero como en este evento no se observaron obligatorios, con esas decisiones se le ha causado graves perjuicios morales y materiales al demandante.

D- POR PÉRDIDA A LA VIDA DE RELACION: El Valor de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), O LA SUMA QUE APAREZCA DEMOSTRADA Y LIQUIDADADA EN EL PROCESO, en razón de la privación injusta de su libertad y por los errores judiciales expuestos en la demanda, por los perjuicios a la vida de relación Irreparables que lo afectaron y afectan gravemente, daños que no le permitirán continuar con una existencia en condiciones dignas dada la estigmatización social de la que es víctima, impidiéndole ejercer sin trabas o limitaciones todas las capacidades y talentos para realizar una vida normal de relación como la tenían antes de su injusta detención.

2º) PARA TODOS Y CADA UNO DE LOS DEMÁS ACTORES:

El valor de Cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o “pretium doloris” y pérdida a la vida de relación, consistente en el profundo trauma psíquico y emocional que les produjo el acto arbitrario e injusto de la detención efectiva de la libertad personal de su consanguíneo, (...).

Los hechos. La demanda refiere seis hechos básicos (fls. 427-446, c. 3): En el primero se hizo un recuento de los acontecimientos procesales desde la denuncia hasta la sentencia condenatoria de segunda instancia. En el segundo refirió que la sentencia absolutoria acogió plenamente los argumentos de la sentencia y se constató la inexistencia de los cargos. En el tercero y el cuarto adujo que lo sucedido en el caso del señor V fue la inexistencia de actos constitutivos de delitos, ya que, al final, ninguna de las pruebas —en los términos expuestos por el tribunal que lo absolvió— gozaba de credibilidad, de ahí la razón para revocar la condena. En el quinto, se refirió a los perjuicios morales y económicos que enfrentó la familia, derivados de la pérdida de trabajo del señor V; resaltó los perjuicios sufridos por H1- quien tenía una condición especial de déficit de atención marcado, atención dispersa, epilepsia, entre otras circunstancias médicas; se adujo la penosa situación económica que padeció la señora A, las deudas que tuvo que adquirir, el abandono del colegio de los hijos y todos los daños de índole moral. Finalmente, en el sexto refirió que todos los hechos son constitutivos de falla del servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 La Nación – Rama Judicial contestó la demanda (fls. 519-533, c.1) y se opuso a las pretensiones. Adujo que dentro del proceso existían pruebas suficientes para adelantar la investigación y proferir medida de aseguramiento. Sostuvo que por haber sido absuelto el acusado con fundamento en el principio de indubio pro reo no había lugar a considerar una responsabilidad objetiva, pues ésta solamente operaba para las causales previstas en el art. 414 del C.P.C. que, aunque derogado, seguían siendo la base para reclamar perjuicios por privación injusta; los demás casos se debían analizar bajo un régimen común de falla del servicio.

Dijo que no existió ninguna actuación ilegal o arbitraria que permitiera deducir la responsabilidad, pues se actuó conforme a los preceptos legales y en los términos de lo dicho por las sentencias C-106 de 1994 y C-036 de 1996. Recordó la progresividad de la investigación penal y la exigencia de certeza para condenar, de tal forma que absolver a alguien no necesariamente implica que las medidas preventivas fueron injustas o que existiera una falla del servicio.

Propuso como excepciones: i) culpa de un tercero, amén de la denuncia formulada por la madre del menor que le irrogó un grave compromiso criminoso; ii) inexistencia de perjuicios, dado que no existió privación injusta y, iii) la innominada.

2.2 La Nación – Fiscalía General contestó la demanda (fls. 537-559, c.3.) y se opuso a lo pretendido bajo el argumento que dicha entidad cumplió con todas las ritualidades del proceso, respetó las garantías del investigado y obró en consideración a las pruebas existentes para ese momento procesal. Indicó que la Fiscalía, luego de la resolución acusatoria, perdió la competencia.

Señaló que el caso necesariamente debía ser resuelto con los criterios jurisprudenciales de la época, pues en vigencia de la Ley 600 de 2000 la privación de la libertad se estimaba necesaria mientras se tramitaba el proceso, eso sí, con el cumplimiento de los requisitos legales como ocurrió en el sublite; por ende, la Fiscalía no actuó a su arbitrio o capricho, sino siguiendo el derrotero legal y la existencia de graves indicios como la denuncia de la madre, las valoraciones de SaludCoop y el dicho del menor. En tales términos, la medida impuesta se justificó mediante razones jurídicamente avenibles, que indicaban en grado de probabilidad la responsabilidad penal del encartado y, por ende, se hacía forzoso adelantar la investigación penal.⁶

Señaló que la demanda presentaba ineptitud sustantiva por ausencia de nexo causal, ya que la investigación surgió por la directa y reiterada declaración de la

⁵ En respaldo, citó apartes de las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera del 17 de noviembre de 1995, exp. 10056, M.P. Carlos Betancourt Jaramillo y del mismo ponente, la sentencia del 25 de junio de 1994.

⁶ En sustento, trajo a comentario la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del 2 de octubre de 1996, exp. 10923, M.P. Daniel Suárez Hernández.

madre del menor, frente a la cual el señor V pudo haberla denunciado por falso testimonio y no lo hizo. Asimismo, la investigación se adelantó por la actuación exclusiva de terceros y también por culpa exclusiva del procesado que está buscando beneficiarse de su propio dolo; además, por su comportamiento procesal, ya que no atacó dentro de los términos la legalidad de las decisiones en su contra.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del 14 de diciembre de 20107, acogió parcialmente las pretensiones de la demanda (fls. 616-632, c. ppal.). Luego de hacer una exposición de los argumentos del Tribunal Superior de Popayán – Sala Penal y, tras considerar que la presunción de inocencia no fue refutada, argumentó:

En consecuencia, juzga la Sala que se deriva la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que hizo padecer a V desde el 20 de FEBRERO de 2006 hasta el 14 de DICIEMBRE de 2007, en tanto que la investigación penal culminó a su favor en aplicación del principio del in dubio pro reo, por cuanto las pruebas recaudadas durante la instrucción y el juicio, no lo señalaron, más allá de toda duda razonable, como autor de los delitos de acceso carnal violento agravado y lesiones

En este caso, la responsabilidad del Estado de reparar surge bajo un régimen objetivo de acuerdo con los planteamientos de las sentencias proferidas en los procesos 13.168 (2006) y 15 463 (2007). Como bien se sabe, el decreto ley 2700 de 1991 recogía las hipótesis objetivas que daban lugar a la privación injusta de la libertad, esto es: que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que la conducta era atípica; y si bien los hechos de la demanda no se adecuan en ninguna de estas, lo cierto es que jurisprudencialmente se ha establecido, principalmente en las mencionadas providencias, que la responsabilidad por la privación injusta de la libertad derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la "duda se resuelve a favor del procesado", se analiza y aplica, también, a través de un régimen objetivo.

La responsabilidad recae directamente en la Nación — Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, por cuanto la Fiscalía 01-005 de Popayán, y el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán profirieron decisiones que privaron de la libertad a V, que posteriormente fueron revocadas, al no haberse desvirtuado la presunción de inocencia que lo amparaba.

⁷ De esta sentencia la Rama Judicial solicitó aclaración (fls. 637-639, c. ppal.), pero le fue negada (fls. 673-674, c. ppal.).

En consecuencia, condenó al pago de perjuicios morales en razón de 90 s.m.l.m.v.⁸ para V; 45 s.m.l.m.v. para la compañera, los hijos y la madre (para cada uno) y, 23 s.m.l.m.v. para cada uno de los hermanos. Asimismo, concedió un lucro cesante por \$16.918.832,47, tasado sobre la base del salario mínimo, el tiempo de privación y la presunción de nueva empleabilidad (8.75).

SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, tanto la Rama Judicial (fls. 646-651, c. ppal.) como la Fiscalía General de la Nación (fls. 652-671, c. ppal.) recurrieron la sentencia. La Rama Judicial, replicó los argumentos expuestos en antecedencia. La Fiscalía, por su parte, dentro de lo que denominó “motivos de inconformidad” acudió a las razones esgrimidas previamente, pero enfatizó en la ausencia de falla del servicio o error judicial y en la inexistencia del daño antijurídico, con argumentos similares a los ya manifiestos.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

En la oportunidad para alegar de conclusión, la parte demandante (fls. 209-220, c. ppal.) invocó tratados de derechos humanos y sostuvo que la responsabilidad del Estado, bajo un régimen objetivo, se hacía inexorable en la medida que la sentencia absolutoria había hecho tránsito a cosa juzgada. No obstante, también consideró que existían razones para atribuir la responsabilidad desde un régimen subjetivo, ya que arbitrariamente prolongaron en el tiempo la ilícita privación cuando lo procedente era dejar en libertad al procesado y disponer una etapa de investigación preliminar, a cambio de imponerle cargos inexistentes, infundados, abstractos y sin prueba.

Argumentó que en el caso de marras no existió conducta punible ni delito que ameritara la acción penal, habida cuenta de que el dictamen forense descartó el acceso carnal; pese a ello, en abierta conducta prevaricadora se decidió continuar con la investigación penal, sin tener en cuenta, además, los cargos absurdos e ilógicos que hizo el niño al afirmar que había sido violentado frente a sus compañeros y docentes, sin quitarle el pantalón. Adicionalmente, el médico de SaludCoop concluyó que el menor estaba ante un cuadro de amibiasis, por tanto, carecía de explicación y fundamentación la hipótesis del acceso carnal violento.

Sostuvo que fue la propia Fiscalía quien reconoció que había disparidad en las pruebas, no obstante se empeñó en acusar, cuando lo procedente era dar aplicación al art. 29 constitucional, en aras a la denuncia sin fundamento y, a su

⁸ Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

vez, al art. 322 de la Ley 600 de 2000, referente a la investigación previa para solventar las dudas y/o proferir decisión inhibitoria.

Calificó de absurdo que tres años después de la denuncia, se procedió a abrir investigación penal sin prueba alguna y se extendió a lesiones personales en ausencia de prueba para tal delito. Igualmente, calificó de absurdo que 27 meses después de la denuncia se profirieran determinaciones restrictivas de la libertad sin fundamento fáctico alguno y con una tardanza rayana en violación del debido proceso, pues lo único que había era el testimonio de oídas de la progenitora del menor, las ininteligibles y contradictorias manifestaciones del menor –su inexistente valor suasorio– y las especulaciones del perito psiquiatra quien erró al darle carácter de prueba a la denuncia y valorarla como testimonio, en contravía de lo dispuesto en la sentencia C-1177/05 de la Corte Constitucional.

Argumentó que fueron tales las inconsistencias que el Tribunal Superior del Cauca las hizo notar, como por ejemplo, la fecha de retiro del niño del jardín, la afirmación del menor que James Gallego Pachéné no le hizo nada y la posibilidad que se hubiera manipulado el testimonio del menor. Manifestó que el abuso del derecho se patentó cuando se le acusó sin estar demostrada la ocurrencia del hecho y, más aún, cuando se le condenó en primera instancia.

Señaló que si la decisión se produjo por orfandad probatoria, no es responsabilidad del investigado sino de quien investiga y juzga.

Recalcó en los perjuicios sufridos por el investigado y su familia, en especial su hijo Aritzon quien padecía de déficit atencional marcado, drama familiar que se agudizó por la privación del padre.

Para finalizar, expuso la importancia de la libertad en el Estado social de derecho, trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de privación injusta, para significar que la responsabilidad objetiva va más allá de los supuestos del art. 411 del C.P.P. derogado y, complementó su exposición con algunas disposiciones del derecho internacional.

Las entidades demandadas y el Ministerio Público no hicieron ningún pronunciamiento en esta oportunidad (fl. 781, c. ppal.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente. Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en sede de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 del C.C.A., en concordancia con lo previsto por el art. 129 del C.C.A. y lo que prescribe la Ley 270 de 1996 (arts. 65,68 y 73), sin que deba atender limitación alguna por razones de cuantía⁹. Así mismo, por la naturaleza de lo que se debate, el horizonte procesal se rige por el art. 86 del C.C.A., bajo el trámite de reparación directa.

1.2. La legitimación en la causa. Se encuentra acreditado, por activa, el interés que le asiste al señor V, en su condición de víctima directa de la privación de la libertad. Los demás demandantes derivan su interés de la calidad de familiares del directamente afectado, vínculo que se encuentra debidamente probado, con lo cual se satisface el carácter dual de la legitimación procesal (legitimación de hecho y legitimación material)¹⁰.

Por otro lado, se encuentran legitimadas, por pasiva, las entidades demandadas, habida cuenta de que sus actuaciones guardan relación directa con los hechos de la demanda.

1.3. La caducidad. Para efectos de comprobar que el presente caso no ha sido alcanzado por la caducidad prevista para la acción de reparación directa en el art.136 n° 8 del C.C.A., y determinada en dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho es necesario tener en cuenta que por tratarse de la responsabilidad derivada de una privación injusta de libertad, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que la certeza del daño aparece cuando la providencia que absuelve o precluye adquiere ejecutoria¹¹, por lo cual, los dos (2) años empezarán a correr a partir del día siguiente de aquél suceso procesal.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 9 de septiembre de 2008, exp. 34.985, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Obra a fl. 450, c. 3 registro civil de nacimiento de V, en el que además consta que es hijo de LG; registro civil de nacimiento de H2 (fl. 451, c. 3); registro civil de nacimiento de LM (fl. 341, c. 2); registro civil de nacimiento de D (fl. 342, c. 2), registro civil de nacimiento de P (fl. 10, c. 1); registro civil de nacimiento de LR (fl. 344, c. 2); y la calidad en que concurre A está acreditada con testimonios que obran en el expediente que refieren de manera clara y unívoca cómo estaba compuesto el hogar del señor V, el nombre de su compañera, hijos y demás familiares. (fls. 21-41, c. de pruebas). Aun cuando del menor H1 no obra el registro civil de nacimiento, sino su tarjeta de identidad (fl. 411, c. 3), está suficientemente documentado que es hijo del señor V y que se trata de una persona en condición de discapacidad, razones por las cuales, en ausencia del registro civil, se tendrá por legitimado como hijo de crianza.

¹¹ *“Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad -y por ende, declaró la ilegalidad de la medida- no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en*

En el caso de autos, conoce la Sala que el 13 de diciembre de 2007 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán revocó la sentencia condenatoria de primer grado y, en consecuencia, absolvió de la responsabilidad penal a V (fls. 300-314, c.2). Esta sentencia, según consta a fl. 324, c. 2, quedó ejecutoriada el 29 de febrero de 2008. Asimismo, se conoce que la demanda de reparación fue presentada el 3 de junio de 2008 (fl. 497, c. 3), antes de que hubieran transcurrido los dos años; de ahí que se tenga por demostrado el ejercicio oportuno de la acción.

2. PRESUPUESTOS DE VALORACIÓN PROBATORIA

Al proceso se allegó copia auténtica de la investigación penal adelantada contra V, dentro de la cual, además de las decisiones allí adoptadas, se encuentran las pruebas practicadas en dicho proceso —declaraciones y pruebas periciales—. Tales pruebas serán valoradas, conforme a las siguientes consideraciones:

i) Validez de las declaraciones trasladadas. La regla general para su valoración cuando provienen de otro proceso es que se convaliden por medio de la ratificación; no obstante, esta exigencia se torna innecesaria en tres eventos, tal como jurisprudencialmente se ha señalado:

(i) [C]uando en el libelo introductorio se solicita que se allegue al trámite contencioso copia de los procesos en los que reposan declaraciones juramentadas y la contraparte solicita la misma prueba en la contestación de la demanda, o (ii) de manera expresa manifiesta que está de acuerdo con la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora, dicha situación implica que ya no es necesaria la ratificación de los testimonios. (...) (iii) cuando un testimonio practicado en otro proceso sin audiencia de alguna de las partes —o de ambas-, ha sido trasladado al trámite contencioso administrativo por solicitud de una de las partes, y la otra utiliza en su defensa lo consignado en la aludida declaración juramentada, ello suple el trámite de ratificación de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil”¹².

Para el caso concreto, ambas partes recurrieron y se ampararon en las pruebas provenientes del proceso penal allegadas¹³, sumado a que dichas pruebas fueron

consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias”. Consejo de Estado, Auto de 19 de julio de 2007, exp. 33.918, M. P. Enrique Gil Botero.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹³ Estas pruebas fueron allegadas junto con la demanda e incorporadas mediante el auto de pruebas del 21 de septiembre de 2008, visible a fls. 566-567, c. 3.

practicadas a instancias de las mismas partes, habida cuenta de que la relación procesal, tanto en la investigación de marras como en el presente, se trabó con los mismos sujetos.

(i) Validez de la prueba pericial trasladada. Proveniente del proceso penal se allegaron las valoraciones técnicas efectuadas por el Instituto de Medicina Legal a través de los profesionales adscritos a dicha entidad. Atendiendo el carácter técnico y científico de aquellas, así como también que en razón de su origen reúnen los requisitos de firmeza, claridad, completitud y fundamentación¹⁴ que se exige de dicha prueba, la misma será valorada.

Las restantes pruebas, igualmente, serán valoradas teniendo en cuenta que reúnen los requisitos previstos en el art. 185 del C.P.C. aplicable en virtud de la remisión de que trata el art. 267 del C.C.A., teniendo en cuenta que en el proceso primitivo se practicaron a petición o con audiencia de la parte contra la que aquí se aduce.

Con relación a la denuncia penal, será objeto de apreciación y valoración habida cuenta que aquella encuentra sustento en otros medios de prueba trasladados, como es el caso de la prueba pericial y el testimonio del menor; es decir, la denuncia de la madre del menor guarda conexidad con los medios de prueba provenientes del proceso penal y, en esa medida, es pasible de valoración no porque se le irroque autonomía probatoria, sino porque, vista desde la integralidad del acervo, está respaldada por otros medios de prueba.

Adicionalmente, la Sala se permite recordar, como ya lo ha hecho en otros casos, que tratándose de graves violaciones a los derechos de los niños, niñas y adolescentes —NNA—, por ser sujetos de especial protección, el juez administrativo, siguiendo el derrotero constitucional, debe acudir a criterios flexibles de valoración probatoria,¹⁵ que en este caso suponen la valoración de la denuncia en conjunto con las demás pruebas obrantes.

(ii) Valor probatorio de las declaraciones extra juicio. La parte actora allegó con fines probatorios una declaración extra juicio rendida conjuntamente por A y GE (fls. 372-373, c. 2). Si bien se ha considerado que dichas pruebas no pueden ser valoradas como testimonios, sí lo pueden ser como documentos declarativos de terceros, en cuyo caso, se precisa un examen más riguroso a la luz de las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta que existe una menor inmediación entre el juez y el medio de convicción, si se le compara con el testimonio¹⁶.

¹⁴ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008, exp. 15911, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera –Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42376, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

¹⁶ Ver al respecto: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de septiembre de 2015, exp. 37.939, M.P. Danilo Rojas Betancourth, y de la misma

3. HECHOS PROBADOS

De conformidad con las pruebas legalmente aportadas, se tienen por ciertos los siguientes hechos relevantes:

3.1 El 24 de noviembre de 2003, FL acudió ante la Fiscalía a denunciar al profesor V por presuntos actos sexuales cometidos en contra de su hijo menor de tres años -de quien se prescindirá mencionar el nombre en razón a la protección y el interés superior que le asiste-, quien para ese año estudiaba en el Hogar Infantil Los Hoyos del I.C.B.F. en el grado de párvulos. La denunciante relató que, tres meses antes, se había cambiado a la profesora de curso y había llegado en reemplazo el profesor V, a quien acusó de tener comportamientos sexuales con el menor, como se desprende de la denuncia:

Mi hijo ha sido un niño muy activo y despierto y desde hace más o menos un mes comenzó a presentar cambios en el comportamiento, lo observé retraído y triste, es decir que ya no era el mismo, cuando lo recogíamos en el jardín, mi esposo o yo, se veía muy desanimado y decía que no quería volver al colegio, al llegar a la casa me decía que le dolía la cola, que le rascaba, en principio yo lo revisé y pensé que sería amibiasis ó que no estaba bien limpio y, no le puse mayor cuidado; pero resulta que esto se hizo muy repetitivo y desafortunadamente para mí y para mi hijo yo cometí el error de auto medicarlo pensando en que era amibiasis. El pasado 20 de noviembre cuando mi esposo recogió al niño en el jardín me llegó muy callado, retraído sin deseos de jugar y me dijo nuevamente que le dolía la cola, entonces decidí llevarlo al médico a Saludcoop, lo revisó una doctora y ella dijo que la cola estaba muy irritada que podía llegar a ser amibiasis, lo formuló y nos fuimos para la casa, ya en horas de la noche cuando el niño me decía que le dolía mucho la cola y se quejaba, entonces yo estaba lavándole la colita y lo abracé diciéndole que lo quería mucho, que era lo más importante para mí y fue cuando el niño me dijo que el profesor V le metía los dedos en la cola y que a él le dolía mucho, que el profesor le decía que si me llegaba a decir a mí, él le pegaba un juetazo (sic) yo me asusté mucho pero traté de controlarme, le pregunté que si eso lo hacía a otros niños y me dijo que no sabía, entonces le conté a mi esposo lo que el niño me acababa de contar, entre los dos nos pusimos a conversar con el niño y él nos decía con las mismas palabras lo que le hacía el profesor, con las manitos explicaba cómo era que el profesor le metía los dedos en la cola, nosotros tratamos de controlarnos ante el niño toda la rabia y el dolor que sentimos y lo único que hicimos fue llevarlo nuevamente al médico a Saludcoop y ya lo atendió un médico de turno de apellido GIL, entramos mi esposo y yo y le contamos lo ocurrido, luego atendió al niño y nos dijo que presentaba una rasgadura en la parte de abajo, no recuerdo el nombre que él dijo, que estaba muy enrojecido, pero que no me podía decir si había habido penetración porque él no manejaba ese tipo de información y que sólo lo podía determinar MEDICINA LEGAL y me formuló una crema para que le cicatrizara y no

Subsección, sentencia del 14 de diciembre de 2016, exp. 37772, con ponencia del quien proyecta este fallo.

se le fuera a infectar. En la mañana de hoy nos dirigimos al I.C.B.F. a colocar la queja pero como las fichas estaban muy demoradas decidimos venir a denunciar. (...), PREGUNTADO: Sírvase informar a este despacho, si durante los 3 meses que usted dice su denunciado es profesor del menor, usted ha tenido algún tipo de trato con él como docente de su hijo. CONTESTADO: Sí, cada vez que voy a recoger al niño, le he preguntado sobre el estado y él muy amablemente me respondía, ahora es que caigo en cuenta, que en una ocasión me preguntó si mi hijo me contaba todo lo que pasaba en el colegio, yo le respondí automáticamente que no, y él me comentó que era que había tenido una pelea con otro niño, que no le fuera a pegar, que hablara con él que eso era muy normal entre niños, yo le dije que yo nunca le pegaba a mi hijo, que yo hablaba con él y esto a mí me pareció normal y no le di ninguna importancia. Cuando por cualquier razón no llevábamos al niño al jardín, al día siguiente con gran empeño me preguntaba porqué no lo había llevado el día anterior, pero tampoco a mí me parecía algo raro, por el contrario lo veía bien y me parecía un buen profesor por lo cual yo le agradecía (...)17.

3.2 Al conocerse la denuncia, la Fiscalía 01-005 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Popayán, el 25 de noviembre de 2003¹⁸ decretó la apertura de investigación previa (fl. 13, c. 1). Ese mismo día se le practicó al niño el examen médico legal (fls. 15-17, c. 1), en cuyo dictamen –reconocimiento legal sexológico- se lee:

EXAMEN GENITAL

Genitales externos: Normales

Desarrollo: Infantil

Pubis: Normal.

Región Inguinal: Normal.

EXAMEN ANAL Y PERIANAL

Ano: De forma, tono y características normales, sin fisuras, sin secreciones ni úlceras.

ELEMENTOS RECOLECTADOS: Ninguno

ELEMENTOS PARA ESTUDIO: Ninguno.

¹⁷ Fls. 9-11, c. 1.

¹⁸ Aunque en el auto aparece 2004, tiene una nota de encabezado de fecha noviembre 24 de 2003 y por los actos que siguieron se sabe con claridad que el año era 2003.

INTERCONSULTA A: Psicología para tratamiento y control para descartar trauma psicológico.

ANALISIS INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

- 1) Por las características de erupción dentaria y antropométrica tiene una edad clínica aparente de 3 años.
- 2) Al examen general no se encuentra huellas de trauma externo que permitan fundamentar una incapacidad médico legal.
- 3) Los hallazgos en el área anal son negativos, no se evidencian fisuras, el tono del ano y la forma son normales. Estos hallazgos negativos no descartan lo relatado por el menor.
- 4) No se evidencian signos de contaminación venérea al momento del examen.
- 5.) El examen neurológico se encuentra dentro de límites normales —se subraya—.

3.3 Al expediente penal se allegó la historia clínica del menor procedente de SaludCoop EPS (fls. 19-21, c. 1) que refiere a atenciones médicas el 31 de julio de 2003 y el 20, 22 y 23 de noviembre de 2003. En la hoja de atención del 20 de noviembre/03 se consignó: “gripa, congestión, comezón en la colita, fiebre”; en la hoja del 22 del mismo mes (anverso fl.21, c. 1), se lee: “el niño se ha quejado (ilegible) anal, con eritema en el área. Se sospecha manipulación por comentarios del menor (...) área anorectal: con eritema del esfínter, una pequeña lesión hacia las 6, forma una fisura, más eritematosa. DX: Dermatitis anorectal, sospecha de manipulación” y, en la hoja del 23 del mismo mes las anotaciones son ilegibles pero, en lo que se puede leer, refiere a un dolor de oído.

3.4 Se conoce que el 15 de diciembre de 2003 (fls. 26, c. 1) la Fiscalía recibió el testimonio del menor ofendido, quien dijo: “cuando yo llegué a mi casa en Popayán V me pegó con una correa cuando me metió los dedos en la cola, eso fue en el día, eso fue en el colegio, él me sentó en la silla en el salón, yo estaba con V, él me pasó al salón del profesor M, él me pasó cargado, ahí habían más niños, él no me quitó la ropa”. Asimismo, la Fiscalía dejó constancia que no se puede continuar la diligencia, porque “al niño no se le entiende de manera precisa o clara lo que quiere manifestar.”

3.5 El 11 de febrero de 2004 (fls. 27-36, c. 1) el Instituto de Medicina Legal presentó a la Fiscalía la evaluación psiquiátrica -DSO-DSC-CL-M-PSQ-2004-020- practicada al menor, en la cual consta:

Que te hizo?: En el baño no me pasó, no sé, él no dijo nada, no me dijo nada, nada de eso.

Que te hizo?: nada, que V no hizo nada, nada de nada, y ya no quiero contar...ah....que V (sic) no te hizo nada.

Quieres volver a estudiar con él?: Porque no, no...no me decía nada. Me (sic) olvidé.

Has vuelto a ver a V?: No, no lo quiero ver.

Porqué? No porque no, no quiero estudiar con él.

Allá en el nuevo colegio no hay profesores, hay niñas, en el nuevo colegio.

Quien quieres que de clase?: Mujeres.

V no me hizo nada.

Porqué toda la gente me hace preguntas dos veces. No me gusta.

Quieres seguir contando?:se calla, se agacha...no.

Haber, la última vez?: Mañana no voy a bailar, porque no me gusta bailar, no quiero bailar con nada.

Te gustaba estar con V No, no me gustaba.

Yo no sé, dibujos no, me olvidé....no sé que estaba haciendo allá., no no no ...y no (grita).

Tienes hermanitos?: no sé,

Si si si ..y si.

Sí siya (grita) (...).

De V, me olvidé.. ...me olvidé..... .me olvidé. ...(grita).

V te llevaba al baño?: No, yo me limpiaba solo, en el baño no pasó nada. (...)

De V, me olvidé.. ...me olvidé..... .me olvidé. ...(grita).

V te llevaba al baño?: No, yo me limpiaba solo, en el baño no pasó nada.

(...).

En la técnica de dibujo libre, dada la edad del paciente, plasmó múltiples trazos (...), y dice estos son los niños y este soy yo, aquí estaba el baño, habían unos niñitos que se paraban por ahí,....me olvidé que yo salí vestido de superman, porque ese día era de vestirse, yo no traje mi disfraz.....el baño la colita de los niños, a mi me hacía algo,....aquí estaba yo (se ubica fuera del baño como también a V) y aquí estaban otros niños y otros niños y aquí estaba V, me pegaba en la colita, porque si y los niños me pegaban a mí y casi me matan, pero no me mataron porque yo era superman.

Me vas a contar que pasó?: Que V me metió en la cola los dedos, el dedo..., él metió los dedos en la cola. Cuantas veces? Una vez y se fue...no quiero hablar mas". Se evidencia la experiencia traumática finalmente, donde el menor confirma lo relatado en el expediente (...).

11. CONCLUSIÓN

El menor (...), presenta un cuadro de Depresión reactiva, secundaria a los hechos de la presente investigación.

Con la evaluación actual, y lo relatado en las indagatorias que se plasmó en la técnica de dibujo libre, se puede concluir, que muy probablemente vivenció los hechos descritos.

Dada la edad a la cual estuvo sometido a abuso este menor (tres años), se ha ocasionado en alteraciones en las bases que permite el desarrollo de la autonomía personal, la capacidad de independencia, la iniciativa personal, sin sentimientos de culpa, la capacidad de controlar el propio comportamiento sin vergüenza ni dudas, rasgos de carácter y del desarrollo sicosexual, generando una secuela psíquica cuyo carácter es permanente.

Se recomienda continuidad del tratamiento sicoterapéutico a nivel individual y familiar, para lo cual debe ser enviada (sic) por consultorio externo de una Institución de Salud que cuente con el servicio de Psiquiatría y Psicología —se subraya—.

3.6 El 21 de noviembre de 2005, la Fiscalía del caso ordenó la apertura de la instrucción y la captura con fines de indagatoria a V (fl. 45, c. 1). Asimismo, el 26 de enero de 2006 se le vinculó como persona ausente (fl. 57, c. 1).

3.7 El 20 de febrero de 2006 el sindicado compareció voluntariamente a la Fiscalía¹⁹ y, de inmediato, se libró la orden de captura 892 y se le hicieron saber los derechos de capturado (fl.61, c. 1). Ese mismo día se le tomó indagatoria (fls. 63-65, c. 1).

3.8 El 24 de febrero de 2006 la madre del menor solicitó a la Fiscalía, en aras de la protección especial, que no se hiciera comparecer más al menor, ya que por instrucciones médico-psicológicas no era recomendable recordarle ese lamentable episodio a fin de evitarle traumas (fl. 76, c. 1).

3.9 El 27 de febrero de 2006, dentro del radicado nº 90164, la Fiscalía del caso, al resolver la situación jurídica de V, le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad (fls.91-100, c. 1). En

¹⁹ Asistido por abogado.

consecuencia, libró la orden de detención nº 010 con destino al Director de la Penitenciaría Nacional San Isidro de Popayán (fl. 102, c. 1).

3.10 El 2 de marzo de 2006, el Despacho a cargo sustituyó la medida preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria (fls. 105-106, c. 1), a cuyo efecto libró el oficio 249-90164 S con destino al C.T.I. para el traslado al domicilio (fl. 107, c. 1) y, ese mismo día, el procesado suscribió la diligencia de compromiso pertinente (fl. 109, c. 1).

3.11 El 30 de marzo de 2006, el Instituto de Medicina Legal profirió informe técnico mediante el cual replicó el peritaje antes dado y agregó:

Las lesiones anorectales tipo fisuras bien pueden ser secundarias o alteraciones de hábito tipo estreñimiento, trauma por rascado secundario a parasitismo o también secundarias a (ilegible). (...) la rasquiña o comezón no son clara manifestación de manipulación. (...) La presencia de una fisura por si sola no explica manipulación en esa área, debe analizarse el caso en contexto, es decir, con la entrevista del menor, si el menor aduce que está siendo manipulado es importante la valoración psicológica y descartarse además problemas como el hábito intestinal, parasitismo u otro tipo de dermatitis y que sea valorado por un pediatra. (...) La presencia de una fisura 2 días después del primer ingreso es posible, más si el menor tiene comezón o rasquiña, pues el trauma a nivel anal por rascado puede dar lugar a este tipo de lesiones, como también si ese día en la mañana pudiera haber sido manipulado analmente, o si presenta una deposición con dificultad por estreñimiento”.

3.12 El 7 de junio de 2006, dentro del radicado nº 90164, la Fiscalía del caso dictó resolución de acusación en contra de V por los delitos de acceso carnal violento agravado y lesiones personales (fls. 159-168, c. 1), en virtud de la cual dijo:

Es cierto que el menor en su declaración, no precisa fecha, o lugares precisos, como tampoco hace una secuencia lógica de ellos, pero mínimamente establece que V le mete los dedos en la cola y se ubica temporo espacialmente cuando manifiesta que eso sucede en el colegio, y hasta dice haber sido llevado al salón del Profesor M, luego está ratificando al menos la acción ejercida en su cuerpo. Lenguaje limitado más que entendible (...) por su corta edad, incluso por la experiencia traumática que acababa de vivir según lo informado por éste. Luego no se puede exigir mayor claridad a este menor cuando en sus propias expresiones ha manifestado lo que sucedió.

Pero lo que mayor fuerza cobra en esta investigación más allá de la pericia médica, pues como lo aclara el médico legista para llegar a concluir que el hallazgo encontrado pudiera o no ser producto de una posible manipulación es los

restantes elementos como la entrevista con el menor, la prueba psicológica, las otras pruebas médicas y coincidentes con este concepto diremos que por sí sola dicha prueba no puede llegar a sostener la existencia del hecho denunciado, pero es la prueba mirada integralmente con el restante acervo probatorio lo que nos permite colegir y llegar a la conclusión que existió un acceso carnal y que este fue de orden violento debido al rechazo que muestran las expresiones del menor cuando relata la ocurrencia de tal hecho. (...).

Luego y sea este el momento para decir que no estamos frente a la comisión de un delito CONTRA LA LIBERTAD, FORMACIÓN E INTEGRIDAD SEXUAL, sino que se vulneró otro bien jurídico como es la integridad física y mental del menor, como quiera que esta pericia determina una PERTURBACIÓN PSÍQUICA DE CARÁCTER PERMANENTE (...).

Ahora bien, establecido a este momento que no solo estamos frente a una presunta manipulación de una zona genital, sino que la prueba directa e indirecta nos confirma como lo aseguró el menor, una verdadera acción de penetración o acceso carnal, pues basta la introducción de un dedo, por mínima o fugaz que esta haya sucedido, para que se configure como tal el delito en mención. (...).

En caso contrario tendríamos que decir que hasta tanto no existieran testigos presenciales diferentes a la víctima que pudieran dar fe de dichas circunstancias no habría lugar probatoria (sic) a encontrarlas, afirmación totalmente errada, cuando es sabido que en la mayoría de estos casos, por la naturaleza misma del hecho difícilmente se encuentra un testigo diferente a la propia víctima.

3.13 El 19 de abril de 2007, dentro del radicado nº 2006-00146 (966), el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán profirió en contra de V sentencia condenatoria²⁰ por los delitos de acceso carnal violento agravado en concurso con el de lesiones personales, a efectos de lo cual concluyó:

Lo cierto es que este infante víctima de estas prácticas libidinosas y desacertadas reprochables desde todo punto de vista, encuentran eco probatorio en este investigativo, en las declaraciones del menor, de su progenitora, de las pruebas técnicas, psiquiátricas etc., quienes lo señalan directamente. No sucede lo mismo con el acusado quién simplemente se ha limitado a negar su participación delictiva, amparándose en que el cambio de profesora afectó al niño viéndolo a él como un coco, cuando en realidad de verdad esa animadversión nunca tuvo ni manifestación exterior que llevara a pensar que lo dicho por el acusado es cierto.

Así las cosas considera el despacho que al no haberse desvirtuado los cargos que fueron formulados a V en la resolución acusatoria, esto siguen incólumes (sic), y que pese a tacharse de falsa y mentirosa las (sic) versión de menor ofendido dada

²⁰ La pena impuesta fue de 140 meses de prisión (fls. 259-274, c. 2).

la vivencia que (...) tuvo, hace muy fácil su evocación y recuerdo, narrativa de aspectos mínimos, ajena a toda contaminación, dada la proximidad el tiempo y en el espacio en que fue escuchado, el reconocimiento preciso de su agresor etc., llevan al despacho a creer en ellos y a darle el valor que se merecen de acuerdo a los principios de la sana crítica, lógica y verdad de los hechos.

(...).

A criterio de este despacho el testimonio del menor ofendido es muy importante y de un valor incalculable, pues pese a su edad tan corta es muy puntual en señalar a V, y aunque hay otros profesores en el plantel no se refiere a ninguno de ellos. Versión que repite el niño a su mamá, al juzgado y la psiquiatra, y en ninguna de ellas cambia su sindicación o plantea duda con relación a su ofensor. Antes por el contrario lo ratifica y señala, aunque manifieste claramente que no quiere hablar más de eso, lo cual es entendible porque quién lo interroga son personas ajenas a él totalmente a excepción de su progenitora.

En síntesis podemos agregar que hay suficientes elementos o medios probatorios que demuestran la ocurrencia del hecho y su adecuación al tipo penal precitado, así como la responsabilidad del implicado, y lejos de ser meras suposiciones, la prueba de responsabilidad surge clara, específica y permite edificar sobre ella un juicio de valor, por lo que el dictar sentencia condenatoria en su contra no es más que el producto del razonamiento deductivo lógico y consecuente de la aplicación de las reglas de la sana crítica. De ahí que el despacho se aparte del criterio de la defensa el cual no comparte, más respeta, sin poder resolver favorablemente sus pretensiones.

Adicionalmente, revocó la prisión domiciliaria y ordenó el traslado al complejo penitenciario San Isidro de esa ciudad (fls. 259-274, c. 2), para lo cual libró la boleta de encarcelación nº 017 (fl. 277, c. 2).

3.13. El 13 de diciembre de 2007, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán–Sala Segunda de Decisión Penal, revocó la sentencia condenatoria en contra de V y, en su lugar, decidió absolverlo de la responsabilidad penal con fundamento en el principio de indubio pro reo (fls. 307-322, c. 2). La sentencia se ocupó de analizar y reparar en las pruebas de cargo.

A la denuncia de la madre le restó credibilidad, en razón a que por las planillas del colegio allegadas el niño solo había asistido al colegio hasta el 14 de noviembre de 2003 y la madre relató que los hechos se dieron luego del 20 de noviembre de ese mes, cuando el padre había ido a recogerlo del jardín²¹. Asimismo que, en

²¹ Al respecto, afirma el Tribunal: “Lo anterior, porque de entrada refiriéndose a la queja [denuncia] no es circunstanciada y tiene una inconsistencia ostensible, cuando se afirma que el jueves 20 de Noviembre de 2003, el infante fue recogido por su padre en el colegio, cuando con certificaciones de las directivas del mismo, se demuestra claramente que el niño no regresó por voluntad de sus padres, desde el 14 de Noviembre de ese año. De allí

sana crítica, no se comprendía cómo si los hechos habían ocurrido no se pusieron en conocimiento de la rectora del jardín, omisión que debilitaba el pliego acusatorio. Agregó que causaba incertidumbre el hecho que nadie en el plantel se hubiera percatado por los llantos y gritos del infante.

Frente a la versión del niño, sostuvo que “[d]e acuerdo con las reglas de la sana crítica, no se entiende cómo, el inculpado le introduce los dedos en el ano al niño sin quitarle la ropa, cuando se encontraba en el colegio en compañía comunidad estudiantil”. Y, más adelante, refiriéndose nuevamente a la versión del menor dijo: “si el menor afirma diáfano que “V no le hizo nada”, y a su madre le indica que le introdujo los dedos en el ano, allí simplemente se presenta un testimonio contradictorio, ya que se afirman cosas que pugnan entre sí, y por ello esa versión no es creíble, no lleva al convencimiento del juzgador más allá de toda duda razonable”. En definitiva, estimó que tal testimonio era variable y carente de firmeza porque afirma una cosa y luego otra no coherente, era vacilante y contradictorio.

Con relación a la valoración psicológica, recalcó que la médico psiquiatra LC afirmó que tal prueba solamente podía ser vista en términos de probabilidad, ya que los dichos del menor pudieron estar contaminados por un interrogatorio dirigido donde se produce el relleno de la memoria; de ahí que lo ideal hubiera sido interrogar al menor máximo dos a tres veces, para descartar la inducción de un adulto.

Por otro lado, al analizar la versión del sindicado y los testimonios ofrecidos por aquél, concluyó que la explicación del profesor cuestionado demostraba sinceridad y coherencia, sumado a que de los testimonios de sus compañeros de trabajo y de la rectora del plantel aparecía un contra indicio de buen comportamiento y era considerado como un buen profesor, un hombre correcto y sin comportamientos libidinosos; además, de acuerdo con el sentido común, era imposible que los hechos se hubieran dado en un plantel atestado de estudiantes y docentes en un contexto de salones abiertos y muchos ventanales.

3.14 Con fundamento en la anterior decisión, se libró la boleta de libertad nº 2007-13-12-0026 con destino al director del establecimiento penitenciario y carcelario San Isidro (fl. 327, c. 2).

3.15 Obra certificación –oficio 2792- expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán, en la cual se hace constar que el señor V “permaneció privado de la libertad desde el día 20 de febrero de 2006, hasta el 14 de diciembre de 2007” (fls. 17-18, c. pruebas).

que le corresponda a la Sala, detenerse únicamente a analizar el dicho del menor y el concepto pericial dado en medicina legal, (...)”.

3.16 Obran en el expediente los testimonios de GA, CM, AY y FR; (fls. 21-41, c. de pruebas), las cuales tienen como finalidad demostrar los perjuicios sufridos por los demandantes, pruebas que serán valoradas en su debida oportunidad, si a ello hubiere lugar.

3.17 Al proceso se allegó con fines probatorios el contrato de trabajo del señor V como maestro de preescolar en el Jardín Infantil Los Hoyos y otros documentos referentes a su vinculación laboral (fls. 347-369, c. pruebas). Asimismo, declaración extra juicio rendida por A y GE (fls. 372-373, c. 2), acompañada de copias de letras de cambio, y documentos relacionados con la situación académica de H1 y con la condición de enfermedad neurológica de A (fls. 376-399, c. 2 y fls. 401-423, c. 3), documentos que serán valorados más adelante, siempre y cuando hubiere lugar a ello, con las salvedades hechas previamente en relación con las declaraciones extra juicio.

4. PROBLEMA JURÍDICO

En el marco de la responsabilidad por privación injusta de la libertad y el derrotero normativo que impone el art. 90 constitucional, corresponde a la Sala dilucidar si en el presente caso se debe o no imponer condena administrativa y patrimonial a las demandadas Nación Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación por la detención preventiva del señor V, que tuvo ocurrencia desde el 20 de febrero de 2006 hasta el 14 de diciembre de 2007, dentro de la investigación penal por acceso carnal violento agravado en concurso con el de lesiones personales, que culminó con sentencia absolutoria de segundo grado en su favor por aplicación del principio indubio pro reo.

Para procurar su respuesta, la Sala deberá confrontar los elementos fácticos y probatorios del caso con el alcance normativo del referido art. 90 de la Constitución en su complejidad convencional y de bloque de constitucionalidad. Finalmente, encarar el juicio autónomo de culpa grave o dolo de la víctima, con el cual se cierra el análisis aplicable al régimen de privación injusta.

5. ANÁLISIS DE LA SALA

5.1 La responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad. El estatuto jurídico de la responsabilidad del Estado se vertebra a partir del postulado general previsto en el artículo 90 de la Constitución, que establece como presupuestos básicos la causación de un daño antijurídico y su imputación a una autoridad pública, merced del título que el juez halle consonante con la realidad probatoria de cada caso²².

²² Al respecto, se ha dicho que: *“En lo que se refiere al derecho de daños, (...) se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad en particular, sino que dejó en manos del*

Tratándose de la responsabilidad del Estado-juez, normativamente se descende a la aplicación de lo preceptuado en la Ley 270 de 1996, sin perder de vista la interpretación sistemática de sus disposiciones con aquellas que ostenten rango constitucional, principalmente, el referido art. 90 ejusdem. Desde esta perspectiva, el art. 68 de la mentada ley, contempla la reparación por la privación injusta de la libertad²³; no obstante, por injusto no solamente ha de entenderse lo abiertamente arbitrario²⁴, sino toda restricción frente a la cual no exista un deber jurídico de soportar, por cuanto, como lo ha advertido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación, el postulado constitucional resguarda al administrado frente a la producción de daños antijurídicos, sin que necesariamente estos provengan de una actuación irregular. Por esa misma razón, la responsabilidad en materia de privación injusta no se restringe – aunque las comprende – a las hipótesis que antes traía previstas el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, ya derogado²⁵.

Sobre los eventos a los que se refiere el art. 414 hay que decir dos cosas; la primera, es que normativamente siguen siendo relevantes, por cuanto “el espíritu de la norma se ha mantenido incluso más allá de su derogatoria²⁶ y, la segunda, que fácticamente también siguen perviviendo, si se tiene en cuenta que lo que dicha disposición preveía era la descripción de aquellas posibilidades procesales de terminación de la investigación penal, bajo las cuales, antes y ahora, resulta abiertamente irrazonable “sostener que los asociados están obligados a soportar la carga de ser privados de su libertad”,²⁷ en consideración, precisamente, a la vinculatoriedad de dicha disposición al pluricitado art. 90 constitucional.

De manera que quien haya estado privado de la libertad y pretenda por ello la reparación del Estado, deberá probar prima facie que la absolución de la

juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515, M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁴ En la sentencia de la Corte Constitucional C-037-96 de 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, se precisó: “*conviene aclarar que el término 'injustamente' se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria*”.

²⁵ “*ARTICULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.*”

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 27536, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²⁷ *Íbid*, exp. 27536.

investigación y/o proceso penal se produjo por cualquiera de estas circunstancias: (i) porque el hecho no existió; (ii) porque aun existiendo, el sindicado no lo cometió; (iii) porque la conducta investigada no era constitutiva de un hecho punible, es decir no estaba tipificada como delito²⁸ y (iv) porque probatoriamente no se logró desvirtuar la presunción de inocencia (indubio pro reo). Con relación al principio de indubio pro reo, el Consejo de Estado ha considerado:

[D]e conformidad con la postura reiterada, asumida y unificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal in dubio pro reo, 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 éste 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 preventiva²⁹.

Con anterioridad, ya la jurisprudencia había considerado que cuando se absuelve con fundamento en el principio de indubio pro reo se provoca un daño especial, así sea por favorecer los fines del ius puniendi, previstos en el ordenamiento. Esto es así, si se tiene en cuenta que lo relevante es la ausencia de un deber jurídico que indique que el afectado tenga que soportar la mengua de su derecho a la libertad. En tal sentido se dijo:

[S]i se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la presunción constitucional de inocencia como al principio-valor-derecho fundamental a la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la

²⁸ Estos tres primeros casos se corresponden con los que prescribía el art. 414.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo ³⁰ (resaltos del texto).

En consecuencia, en los eventos aquí descritos, el Estado tiene el deber objetivo de responder, merced del daño antijurídico provocado en la esfera de la libertad individual y los perjuicios que una intervención así representa tanto en el plano inmaterial como material, a menos que se configure una causal excluyente de la responsabilidad.

En efecto, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad además de la aplicación del art. 68 de la Ley 270 de 1996, debe también atender lo dispuesto en el art. 70 ejusdem³¹, que refiere a los eventos en los cuales el daño obedece a una culpa exclusiva de la víctima, capaz de abatir la responsabilidad que ab initio le puede caber al Estado.

5.1.1 El juicio autónomo sobre la culpa grave de la víctima. En el marco de la responsabilidad civil extracontractual, las causales de exoneración se encuentran a cargo de quien esté convocado a resarcir el daño o pueden ser declaradas de oficio, ya que el análisis del juez abarca todos los tópicos de la responsabilidad. Esto implica que, con independencia del régimen que se aplique —ya sea objetivo o subjetivo—, debe acometerse el estudio de la conducta del demandante, si lo que se pretende es concretar la imputación jurídica del daño cuya reparación se demanda del Estado.

De esta manera, es necesario verificar que el pretensor no esté incurso en culpa; es decir, que haya respetado los deberes que se imponen por igual a todas las personas conforme a principios, disposiciones y presupuestos ineludibles para la convivencia democrática dentro del orden constitucionalmente establecido. Por consiguiente, se establece una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia torpeza y se haga indemnizar a expensas de sus actos, tal como lo prevé el referido artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

Desde luego, así como no se discute que la absolución en un juicio penal en respaldo de la presunción de inocencia es indicativa de un deber jurídico de reparar, tampoco hay resistencia en declarar que la comprobación de un actuar

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 17 de octubre de 2013, exp. 23354, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³¹ “ARTICULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

civilmente culposo, en los términos del art. 63 del Código Civil³², exime a la entidad demandada que ordenó la medida privativa de la libertad, lo que supone un juicio de atribución diferente bajo el entendido que la culpa, desde sus orígenes, fue instituida como criterio de imputación de la responsabilidad³³.

Ahora bien, el estudio de la culpa civil en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, salvo por los elementos fácticos, prescinde por completo de los tópicos sustanciales de análisis que provienen o son de la esencia del proceso penal, si se tiene en cuenta que cada jurisdicción opera desde su propio estatuto, objeto y autonomía.

En ese orden de ideas, la configuración de la culpa civil del demandante que ha de servir de base para el análisis de la causal excluyente de responsabilidad estatal, implica un ejercicio ex novo para el juez administrativo³⁴.

Como método para identificar la noción de culpa civil que debe aplicar el juez de la responsabilidad estatal, se requiere, primeramente, el aislamiento conceptual y práctico de cualquier influencia de la culpa penal y de la culpa disciplinaria, con las cuales no puede ni debe confundirse, pese a que, por ejemplo, tratándose de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, se comparte el sustrato fáctico que dio origen al proceso penal.

Como se trata de identificar y dimensionar la noción, el alcance y la aplicación práctica de la culpa civil en el ámbito de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es menester, por un lado, establecer el balance jurisprudencial del tema y, por otro, apuntalar las características de la culpa

³² “ARTICULO 63. 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 aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”

³³ Cfr. SAN MARTÍN DE NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño –estudio histórico comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p.78.

³⁴ Al respecto, la jurisprudencia ha dicho: “la responsabilidad patrimonial por la privación de la libertad se estructura a la luz de un juicio autónomo, complejo, sobre una misma unidad fáctica, en cuanto, a partir de la investigación penal considerada en su conjunto y al margen de la configuración del delito que no es objeto del proceso de reparación, al juez de la responsabilidad patrimonial le corresponde determinar si i) la investigación en la que se impuso la medida de aseguramiento invocada como fundamento de la reparación demandada concluyó con decisión favorable a la víctima porque el Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, no logró desvirtuar la presunción de inocencia y ii) si los hechos o actuaciones que comprometieron en esa investigación a quien demanda en reparación se enmarcan en culpa grave o dolo civil, con entidad suficiente para negar la reparación”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2017, exp. 41449, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

prevista por el legislador colombiano en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996; al cabo de lo cual será posible ofrecer un test que sirva de guía para la verificación de la culpa civil de la víctima y su incidencia en el plano resarcitorio.

Lo anterior, tendrá el siguiente desarrollo temático: A) balance jurisprudencial; B) caracterización de la culpa conforme al artículo 70 de la Ley 270 de 1996; C) determinación de los elementos del test; y D) el test en sentido estricto.

A. Balance jurisprudencial de la culpa exclusiva de la víctima en casos de privación injusta de la libertad. El registro jurisprudencial da cuenta de la forma, a veces diversa, a veces análoga, en que las Subsecciones que integran la Sección Tercera llevan a cabo el análisis de la conducta de la víctima, en los casos de privación injusta de la libertad, para verificar o descartar la existencia de una culpa grave o dolo civil.

Las concordancias se presentan, fundamentalmente, en dos sentidos: (i) la autonomía del juicio de responsabilidad sobre la culpa de la víctima y; (ii) el fundamento normativo para acometer el análisis de la causal eximente de responsabilidad.

Con relación a lo primero, la Sección Tercera, en sus diferentes fallos, integra de manera uniforme el estudio de la culpa exclusiva de la víctima al análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado a través de un juicio autónomo e independiente que procede de oficio o a petición de parte³⁵; por consiguiente, el

³⁵ Jurisprudencialmente se ha sostenido que “*le está vedado al juez de lo contencioso administrativo declarar esa responsabilidad al margen de lo dispuesto por el artículo 70 de la ley estatutaria*”, refiriéndose específicamente al dolo o la culpa grave de la víctima. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 14 de diciembre de 2014, exp.39393, M.P. Stella Conto.

En similar sentido, se ha manifestado que una absolución penal no implica *per se* que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que aun cuando la actuación de aquél no haya tenido la magnitud para configurar el delito imputado, no se puede pasar por alto la culpa de la víctima, que de estar comprobada exonera patrimonialmente a la entidad demandada. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de octubre de 2017, exp. 48056 A, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

En la misma línea se ha expuesto que: “*el juez de la responsabilidad del Estado debe analizar, de oficio o a petición de parte, la existencia de las causales eximentes de responsabilidad del Estado, aplicables también en los regímenes objetivos de responsabilidad, entre ellas, el hecho de la víctima a fin de establecer si esta última se expuso, “de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, exp. 43414, M.P. Danilo Rojas

juez no queda supeditado a la invocación que la entidad demandada haga por vía exceptiva.

Frente a lo segundo, el juicio autónomo que el juez administrativo realiza se desprende de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que regula expresamente el estudio de la causal. Además, este dispositivo ha de interpretarse en sistemática con otras preceptivas del ordenamiento jurídico, como son el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto establece la posibilidad de imputarle la responsabilidad a la víctima por no revelar el hecho desconocido³⁶, y los artículos 83 y 95 —nº, 1 y 7— de la Constitución, entre otros, que imponen deberes y responsabilidades de ineludible cumplimiento.

Asimismo, es usual en la jurisprudencia que al estudiar la culpa o el dolo civil de la víctima se haga un direccionamiento a los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil; no obstante, la forma en que dicho criterio se aplica al caso concreto presenta diversos matices, como se verá más adelante.

Las divergencias, en cambio, son más amplias y se dan tanto en el plano conceptual como en el práctico.

1. Diferencias de orden conceptual: en este aspecto se aprecian dos diferencias: (i) el entendimiento dispar de la noción de culpa que, a su vez, se refleja en la aplicación práctica y; (ii) el entendimiento disímil entre culpa grave y dolo civil —equiparativo o diferenciador— que también incide en la aplicación casuística.

1.1. El entendimiento dispar de la noción de culpa. En la jurisprudencia se aprecian dos acepciones de culpa distintas entre sí y una tercera resultante de la mezcla de las dos anteriores.

Betancourt. También se puede ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de junio de 2017, exp. 43991, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³⁶ Por fuera de estas dos normas, excepcionalmente, se ha citado como fundamento el art. 164 del Código Contencioso Administrativo, en cuanto “autoriza al fallador a decidir cualquier hecho exceptivo propuesto o sobre cualquier otro que se encuentre probado, a pesar de que el inferior no se haya pronunciado y sin perjuicio de la no *reformatio in pejus*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de agosto de 2017, exp. 50708, M.P. Guillermo Sánchez Luque. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de junio de 2017, exp. 43991, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

La primera noción, concibe la culpa como la violación de una obligación o un deber³⁷. Ello implica, como mínimo, para quien asume esa definición, la necesidad de identificar la obligación o el deber incumplido³⁸.

La segunda noción, entiende la culpa como la falta de diligencia y cuidado³⁹. La diferencia no es menor si se tiene en cuenta que, en estricto sentido, adscribir esta noción implica ir directamente a la valoración de la culpa en términos de diligencia o negligencia, sin necesidad de identificar previamente un deber defraudado⁴⁰.

La tercera vertiente, adopta una noción combinada o compuesta de culpa, en tanto la concibe como la violación a un deber y, a su vez, como la falta de diligencia y cuidado⁴¹. Tomar esta noción conlleva a realizar un ejercicio de comprobación tanto del deber inobservado como el nivel de negligencia con que se incumple; sin embargo, en la mayoría de los fallos donde se presenta esta definición, al momento de llevar a la práctica ese concepto dual, no siempre se efectúa la verificación completa⁴², por lo que, en realidad, el concepto se queda a medio

³⁷ Por culpa exclusiva de la víctima se ha entendido como: “*la violación por parte de esta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, [que] exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de julio de 2014, exp.38.438, M.P. Hernán Andrade Rincón.

³⁸ Sin embargo, al interior de la jurisprudencia no siempre aparece evidenciado este aspecto, ya que el análisis se centra en la valoración de la conducta en torno al nivel de negligencia, sin adscribirla necesariamente a un deber previsto en el ordenamiento jurídico, lo que no quiere decir que no exista como tal la infracción a una obligación, sino que la sentencia no se ocupa de identificarla.

³⁹ En sentido análogo se habla de violación de deberes de conducta.

⁴⁰ Como ejemplos se pueden citar, entre otras; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 23 de octubre de 2017, exps. 47297 y 46865, M.P. Jaime Orlando Santofimio y del 20 de noviembre de 2017, exp. 44719, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁴¹ Esta noción se evidencia en el siguiente aparte jurisprudencial: “*Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, exp. 17933, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Esta sentencia, en este aspecto, ha sido objeto de citación recurrente en fallos subsiguientes.

⁴² Al respecto, puede verse el análisis de la culpa exclusiva efectuado, entre otras, en las siguientes sentencias, en las cuales se identifica el deber incumplido y la carga de diligencia inobservada, pero no se establece diferencia entre uno y otro; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 23 de octubre de 2017, exps. 46161,

aplicar, sin que ello, en sí, afecte la existencia y determinación de la causal. Esto es así, si se tiene en cuenta que en todos los casos en los que se ha decidido exonerar al Estado por la culpa de la víctima, la causal se presenta y se sustenta en los hechos; el asunto, por tanto, se reduce a una cuestión meramente metodológica que no incide en el sentido de lo fallado.

Desde luego, de la forma como se conciba la culpa va a depender la aplicación práctica. Así, si la culpa se asume como la violación de un deber, es apenas razonable que en el ejercicio de verificación se deba identificar el deber incumplido, mientras que si la culpa se asimila con la falta de diligencia y cuidado, basta que se identifique una actuación torpe y negligente⁴³; es decir, en el reproche no hace falta especificar el deber inobservado sino la falta de diligencia en la conducta, cualesquiera que aquella sea⁴⁴. De ello se siguen dos consecuencias: (i) que se haga una mezcla inapropiada entre deberes de conducta y cargas de diligencia; y (ii) que se le adscriba a la culpa una naturaleza eminentemente objetiva⁴⁵ o, por el contrario, subjetiva⁴⁶, hecho que guarda

45554, 43397, 46790, 48276, M.P. Jaime Orlando Santofimio y, de la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 37257, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Asimismo, ejemplo de la identificación clara tanto del deber incumplido como de la carga de diligencia, lo constituyen las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de julio de 2017, exp. 41449, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo; del 1 de junio de 2017, exp. 43991, y del 14 de septiembre de 2017, exp. 39979, M.P. Ramiro Pazos Guerrero y del 5 de abril de 2017, exp. 43414, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁴³ A menos, claro está, que se asuma un entendimiento del siguiente orden: *“una de las formas de construcción del deber de cuidado, se encuentra en la violación de normas (legales o reglamentarias), destinadas a regular específicamente una actividad”*. Esa actividad, para algunos, ha de ser peligrosa; aun cuando nada obsta para que ese entendimiento se haga extensible a cualquier tipo de actividad, como por ejemplo, las actividades profesionales. Asumido así, el deber de cuidado no es una mera carga de diligencia, sino genuinamente un deber. BARROS, citado por BARRENA AEDO, Cristian, *El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencia*, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 2, pp. 705 – 728, 2014, p.707.

⁴⁴ Ilustrativo de esta noción es el siguiente fragmento jurisprudencial: *“Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible”*. Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp.17933, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁵ De esta perspectiva se pueden encontrar sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 6 de julio de 2017, exp. 41449 y del 31 de mayo de 2016, exp. 37532, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

relación también con la equivalencia o distinción que se haga entre culpa grave y dolo civil.

Con relación a lo primero, esto es, la confusión entre deberes y cargas, se hace notoria cuando, sin especificación alguna, se asimila la carga de la diligencia con el incumplimiento de un deber propiamente dicho, o viceversa⁴⁷. De esta forma, en algunos casos basta que se observe incumplido un deber de cuidado para que se constituya la culpa, mientras que en otros, se propende por la identificación específica de deberes.

Respecto a la naturaleza de la culpa, aquella también se explica o se condiciona a partir de la forma como se entienda la equiparación entre el dolo civil y la culpa grave que trae el artículo 63 del Código Civil, como se verá a continuación.

En la primera de las mencionadas sentencias, se dijo: *“Sin que para efectos de tener por demostrada la culpa grave en que, a la luz del Código Civil, incurrió el señor Hincapié Molina, las incongruencias en las diferentes versiones y argumentos expuestos por los procesados en el trámite de la investigación penal, revistan trascendencia. (...); tampoco interesa la ausencia en las anotaciones de los libros de minuta tanto del mencionado C.A.I. como de la Estación Sexta de Policía sobre los hechos ocurridos. Nótese la naturaleza objetiva de la culpa civil, lo que difiere radicalmente de la certeza que debe acompañar el juicio penal.*

Así las cosas, emerge con claridad que la conducta desplegada por el señor Carlos Hincapié Molina en su condición de agente de la Policía Nacional, si bien no constituyó una conducta típica, antijurídica y culpable, no responde al cumplimiento de los deberes constitucionales y legales exigidos para acceder a la reparación deprecada [como son] “los artículos 6° y 121 de la Carta a cuyo tenor los servidores públicos se deben circunscribir al cumplimiento de sus funciones, lo que comporta, además, colaborar con la administración de justicia y respetar el derecho ajeno”.

⁴⁶ Sin que en estricto sentido se le adjudicara una naturaleza subjetiva a la culpa, la siguiente sentencia ejemplifica esa postura, en tanto efectuó el análisis de la siguiente manera: *“En este orden de ideas, debe preverse que en el caso de autos se vislumbra, más que una actuación culposa del demandante, una clara intención dolosa - maliciosa, infractora e ilegal de quebrantar el ordenamiento penal, pues para la época de la ocurrencia de los hechos conocía y era consciente de las actividades delincuenciales de las que era partícipe, así como de las consecuencias que ellas le generarían, es decir, el aquí demandante debe responder por sus mismo daños, y en virtud de ello no cabe razón al demandante para su petitium demandatorio”.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, exp. 44084, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴⁷ Esto se explica en que, tal como lo ha identificado Diez Picazo, el concepto de culpa es poroso y huidizo. DIEZ PICAZO, Luis, *La culpa en la responsabilidad civil extracontractual. Estudios monográficos*, Anuario de Derecho Civil Núm. LIV-3, Julio 2001, p. 1009.

1.2. El entendimiento disímil entre culpa grave y dolo civil. Una parte de la jurisprudencia relaciona aquellos conceptos de manera idéntica, de suerte que “en el análisis de la culpa civil resulta irrelevante el direccionamiento de la voluntad”⁴⁸ y, por tanto, la culpa civil inclusive en la escala más grave que se asocia al dolo está relevada de consideraciones subjetivas. Desde esta perspectiva, se entiende que el dolo civil se equipara a la culpa grave civil y, en esa relación de equivalencia, aquél —el dolo— se despoja del elemento volitivo que tradicionalmente lo caracteriza, porque se dice que la intencionalidad únicamente cuenta en materia penal y no civil. Si ello es así, la pregunta que surge es, entonces ¿para qué se instituyó también en lo civil el dolo?

Otra parte, por el contrario, zanja los dos conceptos para entender que la culpa grave, sin ser intencional es particularmente grosera y es propia de quien ha obrado con abismal negligencia, despreocupación o temeridad, por lo tanto, solo tiene cabida en la necedad o la incuria del agente⁴⁹, mientras que el dolo civil es “la modalidad subjetiva con la que se califica la conducta del agente y debe entenderse por tal, (...) la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio, o en otra concepción, un comportamiento antijurídico, (...), con el fin unívoco de obtener un resultado dañino deseado”⁵⁰.

Desde este punto de vista existe una diferencia entre dolo civil y culpa civil que viene marcada por el elemento de la intencionalidad en tanto esté o no presente en la conducta desplegada por el agente.

Cabe indicar que más allá de la noción se adopte —equiparativa o diferenciadora—, lo cierto es que al momento de llevar a cabo la confrontación práctica, poco se repara sobre si la conducta fue civilmente dolosa, pues en últimas, termina recibiendo el calificativo genérico de gravemente culposa⁵¹, con algunas contadas excepciones⁵².

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp. 37532, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴⁹ Mazeaud y Tunc, cit, Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 17933, Op.cit.

⁵⁰ Exp. 17933, *Íbid*.

⁵¹ Ejemplo de ello podemos ver en las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de agosto de 2017, exp. 51012, M.P. Guillermo Sánchez Luque y de la Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 47.640, M.P. Martha Nubia Velásquez.

⁵² Ver al respecto, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, exp. 44482, M.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencias del 10 de marzo de 2017, exp. 43902, y del 1 de junio de 2017, exp. 43991, M.P. Ramiro Pazos Guerrero;

2. Diferencias de orden práctico. Al respecto, entre las diferencias encontradas en el balance jurisprudencial realizado se destacan:

2.1. El alinderamiento temporal del análisis de la conducta de la víctima. Algunas posturas jurisprudenciales entienden que el estudio abarca tanto la conducta previa a la investigación penal como aquella desplegada dentro de la investigación penal⁵³; mientras que en otros fallos únicamente se repara en el comportamiento ex ante de la víctima con relación a la investigación penal que tuvo que padecer⁵⁴.

2.2. La neutralidad o conexidad del ejercicio valorativo de la conducta. La persistencia de la unidad fáctica que proviene del proceso penal y se traslada al juicio de responsabilidad administrativa, hace que no todas las veces se logre separar o distinguir entre el análisis de naturaleza penal y el de naturaleza civil⁵⁵; ya que puede suceder que en la sentencia administrativa se anuncie la distinción, pero al momento de presentar el reproche, aquél se impregne involuntariamente de la terminología o el juicio valorativo de esencia penal.

2.3. Las disquisiciones nominativas entre culpa de la víctima y hecho de la víctima. Se observa que mientras en unos casos se habla de culpa de la víctima —la mayoría— en otros, por el contrario, se habla de hecho de la víctima⁵⁶. Esto, aunque pareciera irrelevante, no lo es tanto, pues al hablar de hecho de la víctima, a lo sumo, se estaría haciendo referencia a la conducta activa u omisiva cometida por el agente, más no al grado de negligencia, como sí ocurre con la acepción de

⁵³ Como ejemplo de ello, entre otras sentencias se pueden ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 31 de julio de 2017, exp. 48290 y del 2 de agosto de 2017, exp. 56631, M.P. Guillermo Sánchez Luque y, de la Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2017, exp. 45163, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵⁴ En estricto sentido no es que en las sentencias se diga que únicamente se valorará la conducta previa del penalmente investigado, sino que al momento de analizar la culpa se tienen en cuenta los hechos y actuaciones de la víctima antes de la imposición de la medida de aseguramiento.

⁵⁵ Al respecto, entre otras sentencias, se pueden ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 31 de julio de 2017, exp. 55478, del 2 de agosto de 2017, exp. 50708, M.P. Guillermo Sánchez Luque, del 23 de octubre de 2017, exps. 44084 y 42944 y, del 30 de octubre de 2017, exp. 48056, M.P. Jaime Orlando Santofimio y, de la Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 47836, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico.

⁵⁶ Normalmente se habla de culpa de la víctima, pero también se encuentran sentencias donde a la causal excluyente de responsabilidad se le denomina como hecho de la víctima. Ejemplo de lo último son las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 5 de abril de 2017, exp. 43414, y del 12 de octubre de 2017, exp. 40426, M.P. Danilo Rojas Betancourt y sentencia del 12 de octubre de 2017, exp. 45163, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

culpa; de ahí que se estime apropiado hablar de culpa de la víctima⁵⁷, con lo cual, además, se le sale al paso a la inacabada y “clásica discusión en torno a la naturaleza jurídica de la “culpa de la víctima”, esto es, si se trata efectivamente de “culpa” o, más bien, de un “hecho” de la víctima que tiene exclusivamente relevancia causal, pues escapa de manera amplia a sus objetivos”⁵⁸.

2.4. La trascendencia o intrascendencia de la experiencia y especialidad de los oficios de la víctima en la determinación del grado de culpa⁵⁹. Algunas veces

⁵⁷ En Argentina por ejemplo, se entiende la culpa “como hecho interruptor del nexo de causalidad (...) [sin embargo, al] respecto, existe una ardua discusión doctrinaria sobre si la disposición aludida se refiere a la culpa o al simple hecho de la víctima. Por vía traslativa, esta controversia deja en zona incierta al fundamento del deber de mitigar el daño evitable, que para algunos sería la culpa y para otros el hecho de la víctima”. MOREA, Adrián Oscar, *El deber de mitigar el daño evitable por parte de la víctima en el ordenamiento jurídico argentino*, tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica de Argentina, 2015, p.121.

Se afirma, por ejemplo, que la culpa es “todo hecho que produce la violación de un deber” y, en efecto lo es, pero para que la culpa sea grave se requiere además que la violación del deber sea el reflejo de una conducta negligente. G.P. CHIRONI, *La culpa en el Derecho Civil Moderno*, Alicante, Hijos de Reus Editores, 1907, p. 11.

⁵⁸ SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C, *La frontera entre culpa exclusiva y concurrente de la víctima en la producción del daño a la luz de la jurisprudencia chilena*, Revista chilena de derecho privado, N° 27, pp-9-44 (diciembre 2016), p. 11.

Mayor sentido cobra preferir la definición de culpa de la víctima, si se tiene en cuenta que la acepción “hecho de la víctima” es tan ampulosa que se ha entendido como: “un concepto complejo y proteico que, además de las actuaciones estrictamente culpables, permite incluir un sinfín de situaciones (...) es de una gran amplitud, pues subsume una constelación muy diversa de situaciones” MEDINA ALCOZ, María, *El efecto exonerador de la culpa*, Revista V/lex, p. 165.

⁵⁹ En algunos casos se ha dicho que como el análisis es netamente objetivo, es intrascendente si el sujeto era experto o no. Ejemplo de ello es el siguiente análisis “es necesario resaltar que el examen de la culpa civil se limita a la confrontación de la conducta con el estándar socialmente exigible, sin atender a las condiciones subjetivas del agente. De este modo, resulta poco relevante determinar el grado de capacidad del actor para conocer las regulaciones técnicas de la distribución y comercialización del gas o su nivel cultural o el mismo conocimiento de la norma”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2016, exp. 37532, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Desde la otra óptica, también se han efectuado análisis en que se considera el grado de instrucción del agente, como el siguiente: “se deduce que si bien el demandante no tenía conocimiento ni experiencia en materia contractual, su participación en la junta derivaba de sus competencias técnicas para la evaluación de las propuestas, lo cual no exigía ilustración sobre la contratación pública (...). Ahora bien, para la actividad encomendada, el actor no requería ser un experto en contratación, pues su quehacer como miembro del Comité era dar cuenta de la revisión de los documentos presentados, en su condición de técnico en el objeto a contratar, como el nombre del grupo lo sugería. Sin embargo, de evidenciar falta de aptitudes e idoneidad para cumplir con lo asignado lo correcto era rechazar la misión”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2017, exp. 40426, M.P. Danilo Rojas Betancourt. En similar sentido se

para calificar la culpa de la víctima se tiene en cuenta su grado de preparación e instrucción y, en otras, se considera que es irrelevante. Que sea lo uno o lo otro, dependerá del tipo de deber que se infrinja; es decir, si se trata de aquellos que son inherentes a todas las personas por el hecho de vivir en sociedad o, si se trata de deberes específicos atinentes a la labor o trabajo que se desempeñe, como se recabará más adelante.

2.5. La plena identificación del nivel de gravedad o levedad de la conducta. En la jurisprudencia se observa que, las más de las veces, se hace la calificación directa de la conducta como grave, sin reflejar el análisis —de escala o grado— bajo el cual se califica e, inclusive, en algunas ocasiones se enuncia el comportamiento culposo sin entrar a calificarlo⁶⁰.

Finalmente, para cerrar el elenco de diferencias, existe una que no es conceptual ni práctica sino de orden dogmático, y tiene que ver con la ubicación del estudio de la culpa de la víctima dentro de la estructura de la responsabilidad del Estado. Dos son las posturas que en tal sentido se observan: (i) la culpa se ubica dentro del daño, de esta forma cuando se comprueba la culpa exclusiva de la víctima se asume que no hay daño antijurídico⁶¹; y (ii) la culpa se sitúa en el ámbito de la imputación⁶².

De acuerdo con lo expuesto, el balance jurisprudencial respecto del tratamiento de la culpa de la víctima, como causal excluyente de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad, permite concluir que: (i) en todos los casos, el análisis se realiza a través de un juicio autónomo, que procede de oficio o a solicitud de parte; (ii) en la mayoría de los casos se hace una distinción conceptual entre dolo y culpa; no obstante, al llevar a cabo el análisis del caso concreto, los conceptos o se confunden o se asimilan; excepcionalmente se mantiene la distinción tanto conceptual como práctica; (iii) en algunos casos se concibe la culpa como de naturaleza objetiva, aunque puede suceder que al momento de realizar el juicio se exploren elementos volitivos de carácter subjetivo; (iv) se

puede ver, de la Subsección C, sentencia del 20 de noviembre de 2017, exp. 44719, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁶⁰ Ejemplo de ello lo constituyen, entre otras, las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 48456 y sentencia del 28 de septiembre del mismo año, exp. 51518, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico; de la Subsección C, sentencia del 23 del 23 de octubre de 2017, exp. 44621, M.P. Jaime Orlando Santofimio y, de la Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2018, exp. 40426, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶¹ Entre otras, ver del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, exp. 47799, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶² Esta postura se encuentra ejemplificada, entre otras, en las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, del 5 de abril de 2017, exp. 43414, y del 12 de octubre de 2017, exp. 40426, M.P. Danilo Rojas Betancourt.

evidencia una confusión o mezcla entre deberes y cargas; (v) la frontera valorativa de la conducta penal y la civil no siempre se mantiene rígida.

B. Caracterización de la culpa prevista en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996. La culpa, en tanto instituto jurídico, atraviesa la responsabilidad contractual y extracontractual. Con el propósito de establecer diferencias entre una y otra, el legislador colombiano revivió las categorías o grados de culpa —levísima, leve y grave— que nacieron y campearon durante un tiempo en el derecho francés, pero que luego fueron abandonadas para adoptar un concepto unitario de culpa⁶³.

De esta forma, en el caso colombiano, a la responsabilidad contractual se le adjudicó un modelo tripartito de culpa —arts. 63 y 1604 64 del Código Civil—, mientras que a la responsabilidad extracontractual se le asignó la visión unitaria de culpa⁶⁵ —art. 2341 del Código Civil⁶⁶—.

Esto, en principio, imposibilitaría el análisis gradualizado de culpa en los eventos de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, de no ser porque el legislador expresamente previó en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que, tratándose de la responsabilidad del Estado-juez, para exonerar a la administración, se requería que la víctima hubiese incurrido en culpa grave, siendo esa la razón por la cual se hace la remisión al artículo 63 del Código Civil.

En ese orden de ideas, el artículo 70 ejusdem, constituye una excepción legal al régimen general de la culpa extracontractual —unitaria— imperante en el Código Civil Colombiano; ello implica que la noción, las características y el alcance de la culpa civil en los casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad, sea trazado desde el sistema de grados.

⁶³ Pérez Vives relata que el Código francés en su artículo 1137, eliminó la clasificación de la culpa que se había previsto para los contratos y volvió a la unidad de culpa. PÉREZ VIVES, Álvaro, *Teoría general de las obligaciones - De las fuentes de las obligaciones*, Vol. II, 3ª. Ed, Bogotá, Editorial Temis, 1968, p. 13.

⁶⁴ ARTICULO 1604. <RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR>. *El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. (...).*

⁶⁵ Modelo propuesto por Domat, conforme al cual la culpa es una y no admite grados. Sobre el carácter unitario de la culpa en materia de responsabilidad extracontractual, entre otros se puede ver: BECERRA TORO, Rodrigo, *Nociones generales sobre responsabilidad civil contractual y extra contractual (aquiliana)*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2014, p. 328 y, CORRAL MALDONADO, Luis Carlos, *La culpa en el derecho civil*, Bogotá, Editorial Centro S.A., p. 76.

⁶⁶ ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL>. *El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*

Así, teniendo en cuenta el panorama de divergencias existente en la jurisprudencia, en aras de acercar las distintas posturas, este fallo se propone extraer los elementos que conforman y caracterizan el análisis de la culpa contenido en el mencionado artículo 70.

En primer término, un sistema escalonado como el que allí se regula, resulta compatible con la idea de culpa como “noción de hecho”⁶⁷, traducible en un error de conducta que se advierte en el terreno de los acontecimientos, pero que no se reduce a la violación de normas jurídicas de aquellas que imponen deberes, sino que contempla, además, el curso equivocado de la conducta, en cuanto se dirige en contravía de un tipo ideal y abstracto que sirve de parámetro para la comprobación.

Si bien, no se prescinde del reproche por la violación a un deber preexistente, a este se llega por una ruta inversa, delineada por el estándar de conducta del hombre prudente y diligente que siempre ajusta su comportamiento al cumplimiento esmerado de los deberes y compromisos.

De esta forma, siguiendo esa noción, la culpa de la víctima se debe pasar por dos visores al tiempo: el deber incumplido y el grado de descuido o negligencia de sujeto.

Asimismo, sin perjuicio de que puedan existir distintas modalidades en que se representen los efectos de la culpa de la víctima, para los eventos de privación de la libertad, el legislador colombiano dispuso una solución unívoca: la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad que, como parece lógico, neutraliza la posibilidad de aplicar fórmulas intermedias o aminorativas⁶⁸, siempre que se verifique el nivel de gravedad de la conducta.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de la culpa, refiriéndonos por tal a si ha de concebirse como subjetiva u objetiva, sin perjuicio del calado que una afirmación

⁶⁷ Esa es la noción que presenta y defiende Pérez Vives, en contraposición a quienes describen la culpa en función de la violación de una norma de derecho o de un deber preexistente. PÉREZ VIVES, Op. cit., p. 58-61.

⁶⁸ Esta es la razón por la que, más adelante, se traerá a colación a Lilian San Martín Neira, ya que para dicha autora no hay duda de que “*cuando el acreedor podría haber evitado el daño éste no debe ser resarcido, es decir, será excluido del resarcimiento*”. En el mismo sentido se orienta el profesor de la Universidad de Roma Máximo Bianca, quien sostiene que “[e]l resarcimiento no es debido por los daños que el acreedor hubiera podido evitar usando la ordinaria diligencia”. MÁSSIMO y SAN MARTÍN, citados por JARAMILLO, Carlos Ignacio, *Los deberes de evitar y mitigar el daño – Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y la trascendencia de la prevención*, Bogotá, Editorial Temis, p. 119.

en tal sentido requiere, para los efectos que aquí interesa, bástenos asentir que la “manera para valorar la conducta de la víctima y determinar su negligencia, deberá ser con unos parámetros mixtos de apreciación, esto es con una visión objetiva en relación con [el estándar obligacional que se verifica a partir del incumplimiento de un deber, y subjetiva con atención al] grado de diligencia y atención requerido (...), considerando como ideal el nivel de diligencia que razonablemente se pudiera esperar de una persona prudente promedio de sus características específicas, preocupada de su propia seguridad”⁶⁹.

En lo tocante al tratamiento similar que usualmente se viene dando a la culpa civil lata o grave y el dolo civil, es menester poner en orden dos ideas: (i) la equiparación que hace el artículo 63 del Código Civil va encaminada hacia los efectos liberadores que los dos tipos conductuales —culpa y dolo— despliegan sobre la responsabilidad, mas no a que nocionalmente sean equivalentes, pues si así lo fuera el propio artículo —63— no hubiese indicado que el dolo es “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”; desde luego, persistir en la idea de equiparación llevada más allá de los efectos, implicaría que “la distinción entre [comportamientos] dolosos y culposos sería teórica y prácticamente inútil”⁷⁰, que fue precisamente lo que trató de evitar la norma en comento⁷¹; (ii) es necesario calificar la conducta de la víctima ya sea como

⁶⁹ MEDINA VILLANUEVA, Jorge Eduardo, *La culpa del dañado en la responsabilidad civil extracontractual*, tesis doctoral, versión reducida, Universidad de Salamarca, p. 23. Es pertinente aclarar que dicho autor estructura los elementos objetivo y subjetivo de la culpa de forma diferente a la aquí propuesta.

En nuestro caso, que la visión objetiva se asocie al estándar obligacional, se explica porque aquél —el estándar— viene determinado por el legislador, mientras que para establecer el grado de negligencia, además de los hechos que materializan la conducta del sujeto, se requiere de un proceso intelectual y valorativo del juez tendiente a calificar la intensidad o levedad de la conducta culposa o civilmente dolosa.

⁷⁰ BANFI DEL RÍO, Cristian, *Restricción de la responsabilidad por cuasidelito civil a los daños directos previsibles por el autor al tiempo del hecho. Posibles implicancias para el dolo y la culpa lata*, Revista *Ius et Praxis*, Año 22, N° 1, pp. 527 – 554, Universidad de Talca, 2016, p. 527.

⁷¹ Inclusive quienes admiten que ontológicamente la culpa lata y el dolo son asimilables no escatiman advertir que esas semejanzas se desvanecen en el plano práctico. Así por ejemplo, Bafi del Río, sostiene que “[l]a culpa lata es una nueva denominación de esa zona del dolo que fue excluida y, en general, corresponde a su faz objetiva (...). La culpa lata es dolo (...) y es una proyección de este en el plano objetivo (...). Por eso no hay una diferencia ontológica entre el dolo y la culpa grave; aunque es evidente que la tontera no es lo mismo que la malicia, lo que ocurre es que esa diferencia tan clara en el plano conceptual se hace difusa en la realidad: la culpa lata termina siendo la manifestación externa del dolo”. BANFI DEL RÍO, Cristian, *La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile*. Revista Chilena de Derecho Vol. 27 N° 2, (pp. 291-330), 2000, p. 291.

gravemente culposa o civilmente dolosa y no simplemente malentender los dos términos como uno solo, tal como se viene haciendo.

En relación con si la conducta que se debe analizar es la desplegada por la víctima ex ante de la iniciación de la investigación penal que dio lugar a la medida de aseguramiento o, si también se debe considerar la conducta ex post, como sucede cuando se valoran los deberes de colaboración con la justicia, ello dependerá de cada caso⁷², pues nada obsta para que sea lo uno o lo otro, o ambos, ya que la doctrina al respecto nos enseña que tanto evitar como mitigar el daño están en el plano de la prevención ⁷³ y, en la práctica se dan eventos en los que la conducta ex post o intra procesal determina tanto la imposición como la prolongación de la medida de aseguramiento.

En síntesis, el análisis de la culpa de la víctima, conforme el artículo 70 ejusdem, se caracteriza por: (i) establecer el error de conducta a partir de la comparación con un sujeto ideal que diligencia sus asuntos con presteza y cumple cabalmente sus obligaciones; (ii) valorar la conducta empleando parámetros mixtos de apreciación —Cfr. fundamento de la cita n°. 69—; (iii) abarcar rangos de conducta previos y durante la investigación penal, según el caso; (iv) gradualizar la culpa, identificando el nivel de gravedad de la conducta; (v) calificar la conducta según sea culposa o dolosa, separando la aplicación práctica de uno y uno concepto; (vi) aplicar efectos plenamente liberadores de la responsabilidad frente a la comprobación de la culpa grave o el dolo civil; y (vi) describir la causal eximente como culpa de la víctima y no como hecho de la víctima, pues este último aun cuando representa el descriptor fáctico —materialidad de la conducta—, queda desprovisto de valoración —calificación de la conducta—.

Como a estas alturas ya se ha decantado la noción de culpa que interesa al juez de la responsabilidad estatal en los casos de privación de la libertad, lo que sigue será la determinación del test que ha de servir de herramienta práctica para la verificación de la culpa grave o el dolo civil de la víctima.

C) Determinación del test – conceptualización de los elementos. Con tal propósito, se establecen los siguientes pasos: (i) la identificación del sujeto relacional; (ii) el contenido obligacional del sujeto y las cargas de la diligencia; (iii) test —en estricto sentido— de confrontación entre la conducta del demandante y el ámbito obligacional del sujeto en torno a la determinación de la culpa.

⁷² V. gracia, existen casos en los cuáles la víctima pese a no haber determinado con su conducta culposa que se abriera una investigación en su contra, puede ocurrir que la medida de aseguramiento se le imponga porque una vez conoce de la investigación se rehúsa o evade comparecer a ella; u ofrece versiones contrapuestas, etc.

⁷³ A su vez, la prevención se ubica en la raíz fenomenológica del daño. JARAMILO, Carlos Ignacio, *Op. cit.* p. 33 y 105.

1. Identificación del sujeto relacional⁷⁴. Teniendo en cuenta que, por definición, la culpa implica la calificación de una conducta y la realización de un juicio de valor, es menester que preexista un modelo, “un tipo abstracto de hombre: preciso, metódico, puntual y que no olvida sus compromisos.

Ese sujeto figurado se refleja a partir de dos semblanzas, una genérica que va de la mano con la capacidad para ser portador de deberes, merced de la cual adquiere la connotación de ciudadano; y otra específica que se desprende del rol o los roles que el ciudadano elige desempeñar en sociedad. Así, el sujeto relacional, desde la perspectiva genérica y específica, puede aparecer en la escena social como: el ciudadano - médico, el ciudadano – juez; el ciudadano – docente; el ciudadano – conductor, etc., de acuerdo con la oferta de posibilidades que puede asumir.

En términos castizos, desde el derecho romano, el sujeto relacional ha sido concebido sobre el estandarte de lo que se considera “un buen padre de familia” o, en términos más precisos, “un buen ciudadano”, status que resulta adecuado en aras de abarcar todos los roles que se pueden desempeñar en sociedad.

Necesariamente tiene que ser una figura relacional contra la cual se confronte la conducta, pues “la situación promedio o la normalidad existe siempre tan sólo “en relación con”; esto significa, en consecuencia, que la determinación de lo que se tiene que entender por “promedio”, por “normal”, (...), representa un procedimiento analógico⁷⁵, a partir del cual la valoración de la culpa civil solo aparece cuando se hace la comparación con ese sujeto socialmente figurado que guarda un comportamiento acorde a lo que la sociedad en su conjunto ha convenido como propicio y necesario para garantizar unas condiciones mínimas y anheladas para alcanzar una convivencia democrática y respetuosa de los derechos⁷⁶.

⁷⁴ El sujeto relacional es el modelo de ser humano cuyo comportamiento [preciso, metódico —que sigue las reglas— y cabal con sus compromisos] es un referente positivo para la sociedad.

⁷⁵ KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, 2ª. ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 437.

⁷⁶ Tanto así, que “en el ordenamiento jurídico de todos los países encontramos diversos “estándares de conducta”, que consisten en “modelos jurídicos de comportamiento que el derecho extrae de la ética social en una relación de permanente recepción”. Entre estos estándares se encuentra la “diligencia del buen padre de familia”, “el comportamiento del hombre razonable”, “la diligencia del buen hombre de negocios”, “la diligencia del ordenado empresario”, etc., todos los cuales tienen la virtud de dar al juez un parámetro con el cual comparar la actitud del sujeto cuyo comportamiento se cuestiona, y de esta manera determinar si actuó o no como el ordenamiento jurídico esperaba que lo hiciera”. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – estudio histórico comparado*, op. cit. p. 376.

Fruto de ello, “un buen padre de familia / un buen ciudadano” es aquél que diligencia cuidadosa, atenta, escrupulosa y previsivamente tanto los negocios ajenos que le hayan sido confiados como los suyos propios. En otras palabras, asume el encargo que le ha sido dado con el mismo esmero que lo haría si se tratara de un asunto suyo, bajo el entendido que “todos tenemos también la obligación de cautelar nuestros propios intereses (...) un deber⁷⁷ de cuidado propio para actuar en sociedad”⁷⁸.

Doctrinariamente, la figura del “buen padre de familia” se asimila con el estándar del ser humano que, “se adecua a las contingencias fenoménicas en que se mueve, a veces limitándose a acciones rutinarias, instintivas o reflejas, dejando a su atención vigilante en el subconsciente, pronta para intervenir ante el surgimiento de las circunstancias excepcionales o en las cuales sea necesaria una particular prudencia habilidad o diligencia”⁷⁹, cuyo comportamiento sobresale entre dos extremos (diligencia/negligencia).

La construcción del sujeto relacional quedaría incompleta si no se dijera que aquél goza de libertad y autonomía para discernir entre lo que hace o deja de hacer⁸⁰. Así, el modelo buen ciudadano, dentro de su espectro de libertad y autonomía, se estructura de tal manera que no lesione los intereses que la sociedad cautela y, en caso contrario, se atiene a los efectos de su actuar, pues “[e]l discurso sobre asumir las consecuencias de los hechos propios y sobre el tener que responder es

⁷⁷ Es claro que el deber así referido no es propiamente un deber jurídico sino una carga.

⁷⁸ SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – estudio histórico comparado*, op. cit. p. 27.

⁷⁹ *Íbid.* p.378.

⁸⁰ De hecho, “por ser libre a la iniciativa privada se le adosa el riesgo de su uso perezoso e incauto, riesgo que el ordenamiento coloca a cargo de la parte inerte o descuidada, cuya iniciativa se esperaba”. *Íbid.* p. 68.

exactamente una expresión de libertad”⁸¹. Ciertamente, donde no hay libertad no puede haber responsabilidad –auto-responsabilidad-⁸².

Esa es, entonces, la noción de sujeto relacional sobre la que se calibra una conducta determinada. Por tanto, a partir de ese referente abstracto se confronta el proceder del sujeto observado; es decir, de aquél sujeto que se presenta a demandar la responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad.

2. El contenido obligacional del sujeto. Ese sujeto abstracto, representativo y omnicomprendido, como no podía ser de otra manera, está sometido a los deberes que el ordenamiento jurídico impone. Ahora bien, en el ordenamiento jurídico los deberes pueden estar, o bien expresamente positivizados, o implícitos en cláusulas generales⁸³ sin que, en términos de cumplimiento, tal distinción haga la diferencia, ya que unos y otros deben ser observados integralmente⁸⁴.

⁸¹ KAUFMANN, Arthur, *op. cit.* p. 436.

En términos Kantianos, la libertad que debe interesar al sujeto racional es la libertad para llevar a cabo una voluntad eficiente; es decir, conforme a la razón práctica que, vista así, no puede ser sino fructífera. Para ello, el sujeto debe preferir un modelo de libertad conforme al imperativo categórico, bajo el cual obrará bien aun cuando ello no represente para sí un bien o una ventaja, sino porque es la única manera de obrar que el ser racional reconoce y acata. Lo contrario es obrar bajo una libertad irracional dirigida por el imperativo hipotético, conforme al cuál, se elige obrar de cierto modo pensando en obtener algún beneficio; quien así obra, deberá atenerse a las consecuencias lesivas de su obrar. KANT, Manuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Puerto Rico, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, disponible en: http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf, consultado el 24/10 de 2017.p. 53-66.

⁸² Al respecto ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 43843A, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico (E). Se trata de un caso donde se tuvo en cuenta que la víctima de una privación de la libertad, había actuado bajo los efectos de una insuperable coacción; por tal razón, sus actuaciones no fueron tenidas en cuenta para efectos de determinar la culpa y, en consecuencia, se condenó al Estado a responder.

⁸³ Un ejemplo de ello es el principio de planeación en materia contractual, en virtud del cual se ha estructurado la culpa de la víctima. Ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 19 de julio de 2017, exp. 44291, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁸⁴ Desde luego, “*si bien el llamado a actuar debe provenir de un deber jurídico, no de un puro deber moral, su carácter jurídico no se refiere a una expresa disposición legislativa en ese sentido. Es perfectamente posible que el llamado emane de una cláusula general, o bien de los principios generales del derecho (...)*”. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño –estudio histórico comparado*, *op. cit.* p. 305.

Por consiguiente, los deberes, inclusive aquellos que se derivan de los principios generales del derecho, tienen el apremio del cumplimiento. En el ordenamiento jurídico Colombiano, los principios “*tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por sí mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar*

Entonces, la diferencia estriba en que mientras los primeros gozan de una consagración expresa —positivizados—, los segundos, generalmente, se disgregan de los denominados “principios” que implícitamente los contienen o de las conductas estándar que una sociedad espera legítimamente de sus asociados.

Así, en punto de los deberes, los principios generales o los estándares de conducta esperados, si bien se presentan como una proyección de la ética pública, a partir de un conjunto de acciones esperadas que se conoce como “buenas costumbres”, cuya finalidad es “guiar a la sociedad hacia una conciencia civil más elevada, capaz de señalar públicamente una línea ética fundada en la dignidad de la persona, con ciudadanos conscientes de sus deberes y respetuosos de sus semejantes”,⁸⁵ son exigibles en su cumplimiento.

Puede suceder, que algunos deberes estén reafirmados tanto expresa como implícitamente, tal es el caso de la buena fe que se connota como deber y principio al mismo tiempo; no obstante, el ciudadano no se puede sustraer de realizarlos y si lo hace debe asumir las consecuencias de ese proceder contrario, porque el derecho, a no dudarlo, “resulta informado por las concepciones morales medias de la sociedad⁸⁶”, que se proyectan en la mentalidad colectiva y las aplica en su búsqueda de la realización de la justicia como fin primario.

Con tales fines, los deberes previstos en el ordenamiento jurídico se pueden aglutinar en dos bloques, los cuales guardan relación con la concepción bidimensional del sujeto abstracto. Unos, que bien podrían concebirse como “deberes convergentes” en la medida que el ordenamiento los prevé, sin distingo alguno, para todos los ciudadanos, y otros que se estiman como “deberes atingentes”⁸⁷ porque están relacionados con el oficio o la profesión -rol- que cada quien ejerza.

o extinguir relaciones jurídicas concretas”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de febrero de 2012, ref. 11001-3103-002-2003-14027-01, M.P. William Namén Vargas.

Así, la obligatoriedad en el cumplimiento, es lo que hace que un deber difiera de una carga de mera diligencia.

⁸⁵ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II - De las fuentes de las obligaciones – El negocio jurídico*, vol. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p 373.

⁸⁶ *Ibid*, p. 370.

⁸⁷ En aras de su normal desarrollo, generalmente, el ejercicio de los oficios y profesiones se encuentra regulado; de ahí que quien ejerza determinado rol en la sociedad, debe atenerse al cumplimiento de las obligaciones que entrañe la condición, oficio o profesión que libremente ha decidido ejercer.

Como ejemplo de deberes convergentes, sin restringirse o limitarse respecto de otros, se consideran los siguientes: deber de actuar conforme a los postulados de la buena fe⁸⁸; deber de colaborar con la administración de justicia⁸⁹; deber de respetar los derechos fundamentales⁹⁰ y, en general, toda aquella gama de deberes que se exigen de todas las personas sin excepción.

⁸⁸ Este deber se infringe cuando la víctima no observa un comportamiento leal, honesto y transparente. Basta entonces, que se enuncie la afectación de cualquiera de dichas manifestaciones de conducta para entender que la lesión recae sobre el mencionado principio, aunque se prefiere la referencia expresa a aquél. Ahora bien, por su expansividad, el deber de actuar de buena fe normalmente se apareja con el incumplimiento de un deber específico; en todo caso, ello no significa que sea necesaria la existencia del deber concurrente ya que la buena fe tiene su propia autonomía obligacional.

Ello es así, si se tiene en cuenta que en “virtud de la función de integración del principio general de la buena fe, existen deberes que deben asumir las partes, aun sin haberlos pactado de forma expresa, como el deber de información, de lealtad, (...), de coherencia, de colaboración, entre otros”. BERNAL FANDIÑO, Mariana. la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de la inobservancia de los deberes colaterales de conducta. Bogotá, Universidad Javeriana, Revista Universitas, 39-64, 2013, p. 40.

⁸⁹ Artículo 95 constitucional, n° 7. Este deber almacena otros deberes igualmente previstos en el ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran, pero sin restringirse:

i) Deber de denuncia —Art. 67 Ley 906 de 2004, con las excepciones legalmente previstas—. Sobre el incumplimiento de este deber como constitutivo de culpa grave, puede verse, entre otras sentencias, las siguientes: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 23 de octubre de 2017, exps. 47981, 45435,44084, 46382, y del 24 de octubre de 2017, exp. 43222, M.P. Jaime Orlando Santofimio.

ii) Deber de suministrar información a las autoridades - deber de revelar el dato y/o hecho desconocido: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PISDEC, art. 14. Sobre el incumplimiento de este deber como constitutivo de culpa grave, puede verse, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del de 3 de agosto de 2017, exp. 42445, con ponencia de quien proyecta este fallo.

iii) Deber de comparecer ante la autoridad, sobre el incumplimiento de este deber como constitutivo de culpa grave, puede verse, entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 23 de octubre de 2017, exps. 46606, 45595, M.P. Jaime Orlando Santofimio y, del 9 de junio de 2017, exp. 50105, M.P. Guillermo Sánchez Luque.

⁹⁰ Art. 95 constitucional. El sometimiento a este deber adquiere relevancia significativa al momento de examinar la conducta de la víctima en relación con personas vulnerables o sujetos de especial protección, tal como se puede ver, entre otras, en las sentencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 42909, M.P. Carlos Alberto Zambrano; Subsección C, sentencias del 23 de octubre de 2017, exps. 48091 y 44621, M.P. Jaime Orlando Santofimio; y de la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Los deberes atinentes, como ya se dijo, vienen enmarcados por el rol que el ciudadano cumple socialmente; se encuentran generalmente previstos en los códigos disciplinarios o de ética profesional, así como también en los manuales de funciones o en cualesquiera disposición que regule la profesión u oficio de que se trate⁹¹.

A guisa de ejemplificar algunos roles con la codificación de sus deberes, tenemos: los servidores públicos⁹²; los comerciantes⁹³, el rol de padre de familia,⁹⁴ el usuario financiero,⁹⁵ el conductor,⁹⁶ el médico⁹⁷, el docente⁹⁸, el contador⁹⁹, el abogado¹⁰⁰, el servidor judicial¹⁰¹, el legislador¹⁰², etc., sin dejar de mencionar

⁹¹ Sobre el particular la Corte Constitucional ha dicho: “*para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. (...) [E]s igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia*” Corte Constitucional, sentencias C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-455 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-423 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁹² Constitución Política - “ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Por lo general, la conducta de los servidores públicos está reglada en los respectivos manuales de funciones y en el Código Disciplinario Único.

⁹³ La actividad comercial está reglada en el Código del Comercio y en normas complementarias.

⁹⁴ La propia Constitución (art. 44), el Código Civil y el Código de Infancia y Adolescencia (art. 18), son las normas que por excelencia rigen las obligaciones de los padres y/o madres de familia. Como ejemplo de la aplicación de la culpa por violación de dichos deberes, ver entre otras la sentencia de esta Corporación y Sección identificada con el número interno 41832.

⁹⁵ Generalmente, los contratos de cuenta bancaria tienen disposiciones a cerca de las obligaciones de cuenta habiente sobre el origen y procedencia de los fondos. Como ejemplo, la sentencia del Conejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, del 31 de junio de 2017, exp. 51074, M.P. Guillermo Sánchez Luque; caso en el cual se identificó la culpa de la víctima a partir del préstamo de datos bancarios y cuenta para el depósito de dineros provenientes de una actividad extorsiva.

⁹⁶ Código Nacional de Tránsito —Ley 769 de 2002.

⁹⁷ Código de Ética Médica – Ley 23 de 1981 y Ley estatutaria 1751 de 2015.

⁹⁸ Ley 115 de 1994, art. 104 y Decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 – Estatuto Docente.

⁹⁹ Código de Ética del Contador Público – Ley 43 de 1990; Decreto 302 de 2015.

¹⁰⁰ Código Disciplinario del Abogado – Ley 1123 de 2007.

¹⁰¹ Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de justicia.

que sin distinción de la actividad que se ejerza, todos los ciudadanos están compelidos a cumplir la Constitución y la ley —deberes convergentes—.

2.1. Las cargas de la diligencia del sujeto relacional —aspecto volitivo—. En torno a la diligencia se habla de una carga y no de un deber, dado que el comportamiento diligente, por su naturaleza voluntaria —prima facie— es incoercible¹⁰³. No obstante, el modelo de ciudadano estándar —sujeto relacional— queda supeditado a las cargas de diligencia.

Se trata de cargas de diligencia promedio que de ninguna manera expresan un sentido degradado —diligencia menor—, sino que remite a un modelo común, extensible y generalizado, que se predica y se espera de todas las personas, dando por sentado que, en cualquier caso, aquellas harán su mejor elección. El modelo no exige cualidades excepcionales, ya que para un buen ciudadano comportarse diligentemente no será un sacrificio excepcional o extraordinario, sino normal, posible y exigible conforme a los estándares socialmente esperados.

Ahora, la diligencia, en cuanto carga, se proyecta en el ámbito de otros valores como la prudencia, el cuidado, la vigilancia, la cautela, el esmero, entre otros, y su peso se desplaza por toda la actividad del sujeto. Ese acervo axiológico, bajo el rótulo del buen ciudadano, por lo general, identifica a quien discierne sus decisiones, es cauto, claro en sus manifestaciones y expresiones; es previsor, advertido, procede con moderación y cuidado por el interés propio, y con mayor razón por el ajeno, en síntesis, procede con diligencia.

Sin distinción de la elección que se haga dentro de cualquiera de los ámbitos de interés —roles sociales y profesionales— por los cuales puede optar un individuo (padre de familia, comerciante, médico, profesor, gobernante, etc.), siempre habrá de poner todo su empeño y diligencia para no defraudar ni la confianza social ni los deberes que el ordenamiento jurídico le asigna; luego entonces, la carga de la

¹⁰² Ley 5 de 1992 – Reglamento del Congreso de la República.

¹⁰³ En efecto, “*el ordenamiento jurídico impone a todos los ciudadanos un comportamiento diligente en la gestión de los propios asuntos, pero esa imposición no puede materializarse en un deber, ello sería prácticamente imposible, deberíamos vivir en un estado de policía donde esté vigilara los asuntos privados imponiendo sanciones por la mala gestión. (...) [S]e trata de una carga latente en el diario vivir, que se torna jurídicamente relevante cuando un tercero tiene la obligación de respondernos*”. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño –estudio histórico comparado*, op. cit. p. 354.

Desde luego, a nadie se le obliga a ser diligente o negligente; no obstante, ello no implica que el cumplimiento desidioso de un deber tenga el mismo tratamiento que el cumplimiento diligente del mismo.

diligencia implica algo más que cumplir un deber, significa cumplirlo diligentemente o, a contrario sensu, no dejarlo de cumplir por negligencia.

También, es importante señalar que las cargas de diligencia se predicán con independencia de si el sujeto agencia una actividad en pos de lo ajeno o de lo propio; es decir, de quien no observa la diligencia exigida ya sea para prevenir un perjuicio a otro o a sí mismo¹⁰⁴.

En síntesis, el sujeto relacional se identifica conforme a las cargas de la diligencia; en ausencia de éstas, emerge un sujeto antagónico caracterizado por la negligencia. Es importante aclarar que las mentadas cargas, en sí mismas, no constituyen la acción u omisión denotativa de la culpa¹⁰⁵; no obstante, son necesarias para cualificar la conducta que comprende desde lo leve hasta lo grave.

De esta forma, mientras los deberes en su dimensión negativa —incumplimiento— tienen la capacidad de materializar la conducta —función constitutiva—, las cargas de la diligencia tienen la capacidad para cualificarla —función cualificadora¹⁰⁶.

A modo de conclusión, para que surja o se extinga el deber de responder, es necesario: (i) identificar el sujeto relacional; (ii) establecer el débito obligacional estándar; (iii) confrontar la conducta del sujeto observado con el débito obligacional estándar; y, finalmente, (iv) determinar el grado de culpa.

A continuación, teniendo en cuenta que no todo comportamiento culposo del sujeto relacional incide sobre la obligación de responder, es menester analizar, a partir de las cargas de la diligencia, la gradualización de la culpa.

2.2. Las cargas de la diligencia con las cuales se cualifica la culpa. El análisis sobre el abandono o no de las cargas de la diligencia, sirve para determinar el grado de culpa liberador de responsabilidad, por cuanto la culpa se califica o gradúa conforme la conducta tome distancia o proximidad del estándar de

¹⁰⁴ Cfr. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño – estudio histórico comparado*, op. cit. p. 62.

¹⁰⁵ Según la actual dogmática civil no hay culpa “*sin deber jurídico de comportarse diversamente*; éste, se dice, constituye uno de los principios básicos del derecho de daños”. En otras palabras, ha quedado superada la visión clásica y amplia de culpa conforme a la cual “*la inactividad del perjudicado negligente constituía culpa, en virtud de lo cual su inactividad se elevaba a “causa” del daño no evitado (...) no hacía referencia necesariamente a la existencia de un deber jurídico de actuar, sino que estaba referida a una actitud reprochada por la sociedad y, en consecuencia, por el ordenamiento jurídico*”. *Ibid.* p. 323.

¹⁰⁶ De esto se sigue que no todo incumplimiento de un deber genera culpa, pero sí toda negligencia que conlleva al incumplimiento de un deber es denotativa de culpa.

diligencia establecido. En otras palabras, la calificación de la culpa se modula a partir del mismo baremo —la diligencia—.

Por ello, previamente se requiere identificar el “paradigma que indica cuál habría sido la actitud correcta en las circunstancias en que se encontraba el sujeto cuyo comportamiento se analiza. Así, si el comportamiento ideal coincide con el comportamiento efectivo, el sujeto habrá actuado diligentemente”¹⁰⁷ y, se habrá diluido cualquier asomo de culpa. De lo contrario, lo que procede es determinar el grado o nivel de distancia que exista entre la diligencia esperada y la realmente ejecutada por el sujeto observado.

Una forma para llevar a cabo aquél ejercicio, es situar el comportamiento que se examina entre dos puntos extremos (diligencia/negligencia), donde la diligencia representa el punto de coincidencia entre el comportamiento desplegado por el sujeto observado y el comportamiento representativo del sujeto relacional, y la negligencia el punto de divergencia entre un comportamiento y otro. El primero de los extremos denota la ausencia de culpa y el segundo la existencia de una culpa grave. En el interludio entre estos dos extremos se sitúan los niveles de culpa leve y levísima.

Acudiendo a un eje cartesiano representativo de los dos extremos, la conducta equidistante entre ellos —centro—, denota una culpa leve, mientras que la conducta equidistante entre la diligencia y el punto central, constituye una culpa levísima.

De este modo, la culpa levísima representa el grado más inofensivo de reproche, por eso se ubica a partir de la menor distancia entre aquella y la conducta esperada —diligencia—.

La culpa leve, sucedánea en escala de lesividad, se determina a partir del empeño que a todos corresponde poner en los asuntos propios o ajenos; en consecuencia, cuando la actuación del sujeto toma una distancia media del estándar fijado, se constituye este tipo de culpa.

La culpa grave, por ser la de mayor trascendencia, es la que se desplaza desde el centro hasta el extremo contrario de la diligencia que caracteriza al sujeto relacional, de tal suerte que incurre en ella quien asume una negligencia crasa; es decir, quien lleva su comportamiento hasta un punto diametralmente opuesto de los deberes comunes de cuidado, prudencia y cautela.

De conformidad con lo expuesto en el art. 70 de la Ley 270 de 1996 ni la culpa levísima ni la culpa leve exoneran la responsabilidad estatal, únicamente la culpa

¹⁰⁷ KAUFMANN ARTHUR, op. cit. p. 437.

grave que, como se sabe, requiere de dos cosas: el incumplimiento de un deber que la constituya y el nivel de negligencia e imprudencia que la cualifique —ausencia de carga de diligencia—. Dicho de otra forma, para que se configure la conducta se requiere el incumplimiento de un deber, y para que dicha conducta se constituya en culpa y pueda ser calificada como grave, se necesita que la desatención a la carga de diligencia en el cumplimiento de dicho deber carezca de una justificación razonable.

D. Test (en estricto sentido) – secuencia de verificación en un caso concreto. De conformidad con lo expuesto, para determinar si existe culpa y si esa culpa es o no liberadora de responsabilidad, se deben aplicar los siguientes pasos:

1. Identificar el sujeto relacional desde la perspectiva bidimensional —genérica y específica—, entendiendo por específico el rol que se requiera para llevar a cabo el ejercicio comparativo. Así, el sujeto relacional, entre otras tantas manifestaciones, dependiendo del caso, puede configurarse desde la perspectiva del buen ciudadano/médico, buen ciudadano/docente, buen ciudadano/padre de familia, buen ciudadano/funcionario público, buen ciudadano/juez, buen ciudadano/ingeniero, etc.

2. Identificar los deberes y las cargas de la diligencia que se le deben aplicar al sujeto relacional abstracto que funge como referente —estándar obligacional—.

3. Comparar el estándar obligacional y las cargas de la diligencia establecidas en torno al sujeto relacional con la conducta desplegada por el sujeto observado —demandante y/o víctima de la privación de la libertad—¹⁰⁸.

4. Determinar dónde se ubica la carga de diligencia, entendida como el nivel o grado de atención o desatención del estándar obligacional por parte del sujeto observado, según la escala cartesiana propuesta. En este punto, ya se habrá

¹⁰⁸ Frente a este tercer paso, se debe tener en cuenta que no se trata de un ejercicio meramente mecánico, pues la verificación de cumplimiento no se reduce a determinar la ejecución o inejecución de una conducta, sino que se requiere reparar en las formas de llevarla a cabo cuando aquella hace parte de la profesión u oficio —verificación del deber, más la carga de diligencia—.

Así por ejemplo, frente a la venta de unas vigas “*si el vendedor era un carpintero que las vendió como puntales para una casa, no sería admitida su disculpa de que él los creía buenos y suficientes*” POTHIER, cit. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño –estudio histórico comparado, op. cit.* p. 169.

En otras palabras, tratándose de oficios y profesiones, la valoración no se lleva a cabo dentro del ámbito del inexperto —lego—; por ello, lo que a simple vista puede parecer el cumplimiento de un deber, si se le compara con el conocimiento y pericia que debe tener el sujeto según su oficio, puede en realidad tratarse de un incumplimiento. KAUFMANN, Arthur, *op.cit.*, p. 438.

podido dilucidar si existió o no un error de conducta constitutivo de culpa y, por ende, si aquella es o no liberadora de la responsabilidad¹⁰⁹.

5.2 Del caso concreto

5.2.1 El daño, como elemento prior de la responsabilidad del Estado, se encuentra debidamente acreditado en el caso de autos. Por las pruebas se sabe que V estuvo privado de la libertad desde el 20 de febrero de 2006 hasta el 14 de diciembre de 2007 (fls. 17-18, c. de pruebas), tiempo dentro del que se incluye un interregno de privación domiciliaria que va desde el 2 de marzo de 2006 (fls. 105-107, c. 1), hasta el 19 de abril de 2007 (fls. 277, c. 2). En definitiva, la materialidad de la restricción a la libertad es un hecho incontestable que estructura el primer elemento de la responsabilidad del Estado.

5.2.2 De igual modo, se conoce que V, el 13 de diciembre de 2007, fue absuelto de la responsabilidad penal por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán – Sala Segunda de Decisión Penal, con fundamento en el indubio pro reo (fls. 307-322, c. 2). Esta decisión, en principio, le otorga al daño un carácter antijurídico, comoquiera que, acorde a la jurisprudencia ya mencionada, quien mantiene inalterada su presunción de inocencia no está llamado a soportar la privación de su libertad.

5.2.3 Asimismo, de conformidad con las pruebas, el daño consistente en la privación de la libertad de V, en principio, es imputable a las entidades demandadas, esto es, Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial, ambas pertenecientes a la Nación como centro único de imputación.

Ahora bien, en criterio de la parte actora, las demandadas deben responder, inclusive, desde un régimen subjetivo, si se tiene en cuenta que dentro de la investigación penal se trasgredieron algunas garantías fundamentales del debido

¹⁰⁹ Conviene aclarar que aun cuando doctrinariamente se suele diferenciar entre culpa de la víctima y evitación del daño; para los efectos que aquí interesa, al momento de hacer el ejercicio de confrontación, se parte de la premisa conforme a la cual *“la no evitación del daño debe ser considerada una hipótesis de culpa de la víctima”*. Cfr. SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., op. cit. p. 361.

En Alemania, por ejemplo, subsiste la diferencia bajo el entendimiento que mientras la culpa de la víctima *“se refiere a una actitud imputable que contribuye a la generación del propio daño, el deber de evitar el daño hace referencia al deber jurídico que impone la necesidad de actuar a fin de evitar el daño que amenaza, o reducir aquél ya producido, y cuya omisión constituye una verdadera culpa en el sentido de la palabra”*. En Italia también prevalece la distinción entre los dos conceptos para referir la culpa de la víctima a un *“problema de causalidad en el sentido de atribución de responsabilidad”* que no exonera la responsabilidad sino la reduce mediante un sistema de reparto de las cargas; mientras que el daño evitable se remite a *“un problema de extensión del daño resarcible”*, que conlleva la exclusión del resarcimiento. *Íbid.* p. 362 -363.

proceso como, por ejemplo, haber acusado y condenado –en primera instancia- sin la existencia de indicios y/o prueba que justificara tales decisiones, cuando lo procedente habría sido ordenar una investigación previa e inhibirse de acusar. Asimismo, calificó como inexplicable el tiempo que transcurrió entre la formulación de la denuncia y la apertura de la investigación.

La Sala no comparte las apreciaciones del demandante. En primer lugar, se observa que la medida de aseguramiento sí contó con los indicios graves exigidos por el art. 356 de la Ley 600 de 2000 -aplicable al caso-. Los indicios que se tuvieron en cuenta fueron: i) la declaración del menor; ii) la prueba psicológica, ii) las anotaciones médicas de SaludCoop e, inclusive, el mismo dictamen médico legal que no descartó -de plano- la verosimilitud de los dichos del menor. Todas estas pruebas se habían recaudado con anterioridad, en el marco de la investigación previa decretada el 25 de noviembre de 2003 (fl. 13, c. 1). De esta manera, cuando se impuso la medida de aseguramiento y se adoptaron las demás decisiones a que se ha hecho mención, estas pruebas se encontraban recaudadas.

En segundo lugar, acorde con lo ya expuesto, a diferencia de lo que sostiene el demandante, para la Sala es claro que sí existió una investigación previa, la cual tuvo apertura el 25 de noviembre de 2003 y, en principio, de acuerdo con el art. 326 de la Ley 600 de 2000 debía adelantarse en un término máximo de seis meses. No obstante, al parecer, al vencimiento de esa fecha aún no se habían realizado las diligencias de individualización, por lo cual el 24 de octubre de 2005 se dispuso la orden de misión de trabajo para identificar e individualizar a Víctor James Gallego (fl. 44, c. 1). La misión se cumplió el 3 de noviembre de 2005, mediante oficio 984 (fl.45-46, c. 1). Aun cuando todo parece indicar que a esa fecha ya se había superado el término de la investigación previa, se desconoce si existió algún tipo de suspensión, como tampoco hay evidencia que, una vez enterado de las diligencias previas¹¹⁰, el investigado hubiera alegado en su favor la superación de dicho término. Es decir, aunque, en principio, se observa allí una tardanza no existe prueba suficiente para imputarla a una posible incuria de la Fiscalía¹¹¹.

Asimismo, con fundamento en la sentencia absolutoria, el demandante adujo que al valorar la denuncia interpuesta por la madre del menor, como si se tratara de una prueba autónoma, se actuó en contravía de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1177 de 2005, según la cual la denuncia solo

¹¹⁰ Víctor James Gallego, dentro del proceso, afirmó que se enteró de la investigación cuando fueron funcionarios de la Fiscalía a hacer las diligencias de identificación y, que en virtud de ello nombró a un abogado para que lo defendiera (fls. 63, c. 1).

¹¹¹ En este punto recuerda la Sala que para que exista una mora judicial no basta que se corrobore de manera mecánica la superación de los términos, sino que no exista alguna justificación para ello. Ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de marzo de 2017, exp. 41.748,

tenía un carácter informativo¹¹². No obstante, la Sala observa que en la sentencia de primera instancia el Juzgado Tercero Penal del Circuito, al respecto, si bien señaló que la denuncia iba más allá del carácter informativo, no lo hizo con el fin de atribuirle per se valor de prueba, sino para significar que a partir de aquella nacía para la entidad judicial la obligación de corroborar los hechos¹¹³. De ahí que una vez formulada la denuncia, la investigación procuró las pruebas necesarias para corroborar o desmentir el dicho de la denunciante, ante lo cual la Sala no observa nada distinto que el cumplimiento de las funciones investigativas.

Por todo lo anterior, se considera que no hay razones para variar el régimen objetivo como aquél dentro del cual se enmarca el caso. Como la responsabilidad del Estado se encuentra, en principio, estructurada, a efectos de que se afiance o se resquebraje, procede la Sala realizar el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo civil de la víctima, pues si bien es cierto que los elementos básicos de la responsabilidad se hallan verificados, también lo es que si se comprueba una actuación dolosa o gravemente culposa de la propia víctima, se estructurará una causal exonerativa que conllevaría a que el afectado se ponga a sí mismo en el deber de acarrear los padecimientos que el curso libre de sus actuaciones le haya podido deparar.

En esa medida, no es cierto, como afirma la parte actora, que por haber hecho la sentencia absolutoria tránsito a cosa juzgada no tiene esta jurisdicción alternativa distinta a condenar al Estado a reparar la privación. La cosa juzgada penal opera ipso iure en el ámbito de la responsabilidad penal, mientras que en materia contenciosa administrativa la sentencia absolutoria es un insumo de base para el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado.

5.2.4. La culpa de la víctima. Como se recordará, V se adelantó investigación penal por los presuntos delitos de acceso carnal agravado en concurso con lesiones personales, siendo sujeto pasivo –víctima- de tales conductas un menor de escasos tres (3) años de edad. Asimismo, se sabe que la investigación tuvo sus albores en la denuncia formulada por la madre del menor, en virtud de relato que el niño le hiciera a aquella sobre lo sucedido y, tras unos episodios de prurito y molestia del niño en la zona anal.

La premisa de apertura a este análisis viene marcada por el reconocimiento a la intangibilidad de la presunción de inocencia que fue blindada en el escenario de la investigación penal, y que no puede ser controvertida ni afectada por las valoraciones que aquí se hagan. Esa hermeticidad, a su vez, facilita el ejercicio de

¹¹² Tal como también lo señaló el Tribunal Superior de Popayán (fl. 350, c. 1).

¹¹³ En estos términos se pronunció el Juzgado: “*Si bien es cierto la denuncia tal como lo resalta la defensa tiene además un carácter informativo (...). Queja que en el asunto sub-judice no se queda simplemente en el plano de información, sino que va más allá, ya que al ponerse en funcionamiento el aparato judicial se entra a esclarecer si lo aseverado por la quejosa es cierto o no, y si en realidad de verdad el menor (...) fue o no lesionado por su profesor (fl. 263, c. 1)*”.

interpretación que le corresponde al juez administrativo y le permite asumir una exploración axiológica amplia, pues en últimas, nada de lo que aquí se diga tiene por objeto abatir la decisión penal. De esta forma, las valoraciones de la Sala son por completo autónomas e independientes y se reservan a los fines y efectos de esta jurisdicción.

Por ser esto así, en cada escenario los principios fundamentales pueden, e incluso, deben tener un peso diferente en razón a que el objeto de aplicación es disímil. Estima la Sala y sobre ello ninguna discrepancia postula que la presunción de inocencia en la vista penal es el baluarte, a la vez que la barrera infranqueable que no se puede socavar ante cualquier atisbo de duda, razón que explica cabalmente una decisión absolutoria. Esa presunción de inocencia queda definida de manera irremovible y su peso queda depositado por exclusivo en los fines del proceso penal, a los cuales esta jurisdicción no tiene nada distinto que decir o agregar. No obstante, al quedar la presunción de inocencia excluida del objeto que corresponde a esta jurisdicción, no puede asumirse inoponible a otros principios, que dentro del sistema jurídico –visto como un todo- cobran protagonismo.

Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma estructura jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral pública y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros, como previamente se expuso.

Más aún, el estándar de valoración de dichos principios impone a la Sala el deber de realizar, dentro del marco normativo correspondiente, una estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos.

De entrada se advierte una razón de gran importancia para exhaustivar el estudio de la causal exonerativa, por cuanto, como se mencionó anteriormente, las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente gravosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal, como pasa a explicarse.

Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal.

Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: el peso del reproche al incumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica de balanceo, en cuyo caso, la culpa grave de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación, lo cual tiene efectos en la responsabilidad como causal exonerativa. Huelga decir, es evidente, el peso general que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, de manera especial en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, de conformidad con el ordenamiento constitucional¹¹⁴.

De ahí que las cargas argumentativas, aunadas a la defraudación de un actuar social esperado, ya sea genérico o específico en relación con un rol determinado, suponen la ruptura del deber de indemnizar por la constatación de la culpa civil de la víctima. Con relación a las cargas argumentativas, estas vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as y, en virtud de este, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas:

(i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado, entre otras, la obligación de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”¹¹⁵. Esto, por cuanto la falta de madurez física y psicológica de los menores los hace vulnerables y, por ende, su protección se debe fortalecer y privilegiar.

Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002¹¹⁶, que dispuso: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” —se resalta—. A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso:

¹¹⁴ Art. 44 Constitucional.

¹¹⁵ Art. 3, nº 2.

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, nota 58.

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”¹¹⁷.

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, los deberes de protección que surgen para el conglomerado social y estatal. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños y las niñas atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía.

(ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave y se representa en la “realiza[ci]ón de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades”¹¹⁸. Basta referir el estado de fragilidad de los menores y las circunstancias en que generalmente se comete este tipo de afrentas a su pudor y dignidad (familiaridad, confianza y cercanía del sujeto agresor), para configurar una culpa en extremo grave por parte de quien cause una ofensa al fuero íntimo de un menor. Así se ha entendido unánimemente por distintos instrumentos de protección tanto del orden interno como externo.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación “en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género”¹¹⁹, merced de la cual ha de entenderse que:

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

¹¹⁸ Exp. 42.376, *op.cit.*

¹¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

El uso de los menores como instrumento de placer y la sujeción de la mujer a los apetitos masculinos afecta, menoscaba su integridad, libertad y desarrollo, con el agravante de que generalmente sucede en entornos familiar y social cercanos en los que la víctima actúa sin prevención, aunado a que dificultan su defensa. Incrementado todo ello por la aceptación social y familiar de la dominación del varón¹²⁰.

En señal de reforzamiento del deber de protección, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

(...)

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.¹²¹

Cada vez más el ordenamiento jurídico se ve precisado a fortalecer y a refinar mecanismos y procedimientos de protección a menores víctimas de abuso sexual, conforme al contexto y a los reprochables sucesos lo vayan indicando, pues las estadísticas son claras en señalar que cualquier esfuerzo, por pequeño que sea, es significativo en términos de prevención y las autoridades judiciales, por su puesto, están llamadas a actuar como garantes de primer orden para afirmar el respeto por la niñez. Inequívocamente, una forma de asegurar los derechos de los menores víctimas de agresiones sexuales, empieza por considerar seriamente el

¹²⁰ *Íbid.*

¹²¹ Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

valor persuasivo de sus declaraciones, más allá de que por las particularidades y las circunstancias en que generalmente se cometen este tipo de conductas, la víctima es por excelencia el testigo único.

En el contexto de las agresiones sexuales por parte de docentes y directivos de establecimientos educativos, la Corte Constitucional en el año 2016 exhortó al legislador para que se supliera el vacío legal en torno a las inhabilidades aplicables a docentes que hayan incurrido en conductas y agresiones sexuales contra sus estudiantes,¹²² justamente en consideración al nivel de exposición que, en tales casos, se suscita para los menores.

iii) El contexto de violencia y abuso de menores en Colombia. Las medidas para prevenir la violencia sexual contra niños/as, si bien han alcanzado un lugar importante en las distintas actividades de la agenda pública y social, siguen sin estar al nivel de la exposición real y la amenaza. En Colombia, el panorama de violencia sexual contra menores exige a las autoridades mantenerse en constante preocupación y vigilancia. De hecho del Instituto nacional de medicina Legal, en su informe “Forensis 2016”, reveló las siguientes cifras que siguen siendo alarmantes y desalentadoras:

Durante el año 2016 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses registró 21.399 exámenes medicolegales por presunto delito sexual en Colombia, con una tasa de 43,90.

Según el sexo de la víctima el 73,98 % eran mujeres: con una razón mujer: hombre de 5:1. La distribución por grupos etáreos muestra diferencias según el sexo, en mujeres el mayor número de casos esta entre los 10 a 13 años y en hombres entre los 5 a 9 años. En general el 86 % de las valoraciones se realizaron a personas entre los 0 a 17 años.

El 76,57 % de las víctimas contaban con nivel de educación básica primaria o menos, congruente con la distribución por edad de la población evaluada.

El presunto agresor, en el 88 % de los casos era una persona cercana a la víctima (familiar, conocido, amigo y pareja o ex pareja).

De acuerdo al escenario del hecho, la vivienda registra una proporción de 76,06 %.

¹²² Corte Constitucional, sentencia T-512 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

En el mes de agosto ocurrieron más casos 1.942; los miércoles y viernes son los días con mayor porcentaje 16,66 % y 10,65 %, respectivamente.

(...).

El sistema médico legal colombiano, durante 2016, reportó una tasa de 43,90 exámenes médico legales por presunto delito sexual por cada 100.000 habitantes, con un decremento 546 casos por debajo de los registrados en el año 2015; sin embargo, se observa que en la última década la tendencia se mantiene estable.

La violencia sexual, ocurre con mayor frecuencia en niños, niñas y adolescentes, en escenarios privados como la vivienda, siendo frecuentemente las personas cercanas a la víctima los agresores.

Las cifras evidencian que la violencia sexual en la población adolescente en Colombia sigue siendo un importante problema de salud pública, del cual se conocen únicamente datos de los casos denunciados, o de los exámenes médico legales realizados, lo que implica que la información no es precisa ya que está restringida a contextos institucionales relacionados con el sector justicia, lo que permite inferir que hay un verdadero problema de salud colectiva que aún no se ha logrado caracterizar en toda su dimensión¹²³.

Esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto que entrañe el incumplimiento de los deberes que se tienen frente a los menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que se cierne sobre este grupo vulnerable, que por las cifras es diciente. También a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo, por tanto, censurable, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física, psíquica y sexual de los niños/as. La violencia sexual apareja diversos comportamientos no siempre contrastables por otras fuentes que no sean la propia víctima y no por ello dejan de considerarse graves, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones.

iv) El caso. Como ya se dijo anteriormente, las valoraciones que le corresponde hacer a la Sala vienen signadas por la aplicación del principio pro infans¹²⁴, de

¹²³ INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, *Informe Forensis 2016 – Datos para la vida*, Bogotá, junio de 2017, disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49526/Forensis+2016.+Datos+para+la+vida.pdf>, consultado el 17/11/2017.

¹²⁴ Según lo dicho por la Corte Constitucional: “*El principio constitucional del interés superior de menor, consagrado tanto en el numeral 1º del artículo 3 de la Convención de los Derechos del niño y el artículo 44 de la Constitución Política, fija a favor de los niños una garantía constitucional para asegurar el desarrollo integral y la personalidad del menor. Las autoridades estatales están en la obligación de orientar sus decisiones en el sentido de materializar dicho principio, y procurar para que su accionar evidencie la*

suerte que es desde la perspectiva del menor -víctima- que se califica la existencia o no de una culpa grave o dolo en las actuaciones de quien fuera su profesor. En tal sentido, las declaraciones del menor son la piedra de toque para analizar el proceder del señor V, quien como docente tenía a su cargo la protección del menor, y de quien se esperaban los más acendrados cuidados y los más altos estándares éticos en el trato y las relaciones con sus pupilos. De esta forma, siguiendo el derrotero constitucional, la Sala le da toda la relevancia a los dichos del menor, máxime cuando se trata de un niño de escasos tres años de edad.

Desde esta perspectiva y con fundamento en los cuatro aspectos que previamente se consideraron como definitorios al momento de examinar la culpa civil de la víctima —test en sentido estricto—, se procederá a realizar el análisis pertinente.

(i) identificación del sujeto relacional. A sabiendas que V se desempeñaba como docente y que fue en virtud de dicha función que se sucedieron los hechos que conciernen al presente caso, es menester situar el sujeto estándar relacional en el marco de las funciones y rol que debe cumplir una persona que se dedique a tan enaltecida labor. Por tal razón, el sujeto icónico y abstracto frente al cual se modela el presente caso se denomina; ciudadano/profesor.

(ii) El ámbito obligacional del sujeto relacional. Bajo el entendido que el sujeto relacional se construye para -el caso- a partir de lo que la sociedad espera de quienes se dedican al oficio de la docencia, resulta apropiado consultar cuál es el marco que determina las obligaciones que le asisten a un docente, pero también, el marco de deberes que cualquier persona debe guardar frente a los niños como sujetos de especial protección.

En tal sentido, se observa que el ejercicio de la docencia, tanto en el ámbito público como privado, ha sido provisto de un estatuto mediante el cual se disponen deberes especiales de conducta. Así por ejemplo, en el sector público se cuenta con el Decreto 1278 de 2002, denominado “Estatuto de profesionalización docente”¹²⁵ que consagra un marco ético de conducta y, en cuestión de deberes

supremacía que tienen los derechos de los niños al momento de su interpretación y ponderación, por lo que la Corte le ha asignado una importante función hermenéutica a dicho principio[23]. Ahora bien, el interés superior del menor, de acuerdo con el amplio precedente jurisprudencial, tiene diferentes alcances y formas de prevalecer, de acuerdo a la valoración que hace el juez constitucional en cada caso concreto”. Corte Constitucional, sentencia T-512 de 2016, op.cit.

¹²⁵ *Artículo 2°. Aplicación. Las normas de este estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.*

Los educadores estatales ingresarán primero al servicio, y si superan satisfactoriamente el período de prueba se inscribirán en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

remite a la Constitución, la Ley y el Código disciplinario único¹²⁶. Como dicho estatuto se aplica en el ámbito de las instituciones al servicio del Estado, inclusive, en el nivel de pre escolar del cual hacen parte algunas de las modalidades de educación a cargo del ICBF, nada obsta para que se asuma como núcleo normativo de referencia en el presente caso, máxime cuando estaba vigente para la época de los hechos. Al respecto, el mencionado estatuto, dispone:

Artículo 39. Principios y valores que fundamentan la profesión docente y el quehacer del educador. La profesión docente tiene su fundamento en el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano y sus derechos fundamentales, en el autodesarrollo, en la autonomía, en la comunicación y la solidaridad. Y su regulación debe explicitar y facilitar la práctica de sus valores propios, destacando por lo menos la responsabilidad, la honestidad, el conocimiento, la justicia, el respeto y la transparencia.

(...).

Artículo 40. Marco ético de la profesión docente. El ejercicio de la docencia tiene como fundamento la comprensión de la educación como bien público, como actividad centrada en los estudiantes y al servicio de la Nación y de la sociedad. La profesión docente implica una práctica que requiere idoneidad académica y moral, posibilita el desarrollo y crecimiento personal y social del educador y del educando y requiere compromiso con los diversos contextos socio-culturales en los cuales se realiza.

Por su parte, en materia de deberes, el Código Disciplinario único prevé:

Artículo 34. Deberes. Son deberes de todo servidor público:

(...)

6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio.

(...)

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

De lo anterior se colige, que en el ámbito del derecho interno la labor del docente está supeditada no solamente al cumplimiento de unos requisitos de idoneidad académica y moral, sino que también, se debe al cumplimiento de unos deberes específicos de respeto.

¹²⁶ Cfr. art. 37 Decreto 1278 de 2002.

Por otro lado, en relación con los deberes genéricos, aquellos se encuentran correlativamente identificados a partir de los derechos de los niños previstos en el art. 44 de la Constitución¹²⁷. Así, todo lo que allí se consagra en favor de los menores, del lado de los mayores debe leerse como un deber.

Así identificado, el anterior panorama de deberes constituye el estándar obligacional a partir del cual se confrontará la conducta del señor V—sujeto observado—.

(iii) Ejercicio de confrontación entre el estándar obligacional y las cargas de diligencia con la conducta del demandante. Habiéndose establecido cuáles eran los deberes de respeto que como ciudadano y docente V debía cumplir respecto de la comunidad académica en la cual prestaba sus servicios, se procederá, en relación con las pruebas existentes a establecer si aquellos fueron o no defraudados.

Cabe advertir que ante la Fiscalía y ante Medicina Legal el niño mantuvo el mismo relato a cerca de la indecorosa maniobra del profesor y si bien en ocasiones dijo que V no le había hecho nada y que no le había quitado el pantalón, luego volvió a referir el acto de introducción de los dedos en su parte íntima. Es decir, sin pretensiones de coherencia porque no vienen al caso, pero sí de ilación, el niño en este aspecto fue reiterativo.

En efecto, el 15 de diciembre de 2003 (fls. 26, c. 1) durante la exposición de los hechos que hizo ante la Fiscalía, el menor dijo: “cuando yo llegué a mi casa en Popayán V me pegó con una correa cuando me metió los dedos en la cola, eso fue en el día, eso fue en el colegio, él me sentó en la silla en el salón, yo estaba con V, él me pasó al salón del profesor M, él me pasó cargado, ahí habían más niños, él no me quitó la ropa” (se subraya). Posteriormente, como quedó consignado en el informe de evaluación psiquiátrica de Medicina Legal (fls. 27-36, c. 1), pese a que dijo que V no le había hecho nada, al momento de describir los dibujos, el menor señaló: “y aquí estaban otros niños y otros niños y aquí estaba V, me pegaba en la colita, porque si y los niños me pegaban a mí y casi me matan, pero no me mataron porque yo era superman. (...). Me vas a contar que pasó?: Que V me metió en la cola los dedos, el dedo..., él metió los dedos en la cola. Cuantas veces? Una vez y se fue...no quiero hablar mas (sic)”. —se resalta—

¹²⁷ ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

Comoquiera que no estamos en el ámbito de la valoración de la conducta penal, sino de la valoración de la conducta desde el punto de vista de la responsabilidad civil, no es posible desconocer las pruebas y los dichos del menor, menos aún, analizarlos con un rigor probatorio que ignore la escasa edad del niño y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, a diferencia de lo que sucede con las declaraciones de los adultos.

En tal sentido, la Sala advierte que en las ocasiones referidas el niño aludió al episodio de los dedos del profesor en su zona anal, ante lo cual se sintió afectado y agredido, no de otra manera se explica la reticencia, el fastidio y la incomodidad para hablar del suceso.

Si bien el niño no estaba en capacidad de darle alguna trascendencia sexual a ese hecho, en todo caso, si lo puso de manifiesto fue porque de alguna manera le causó rechazo, molestia y desagrado. Una regla de la experiencia indica que a tan corta edad, se despierta una gran imaginación, pero no precisamente con escenas o comportamientos que tienen un tinte sexual.

Adicionalmente, en el presente caso, la Sala no encuentra alguna razón para estimar que en la memoria del menor, alguien intencional e instrumentalmente instaló esa versión de los hechos, pues visto está que, por ejemplo, la madre del niño hasta ese momento tenía en el mejor de los conceptos al profesor. Por básico que resulte el relato del menor, se percibe como un hecho genuino y producido a la altura de su nivel de entendimiento.

Lo anterior no significa afirmar que el demandante agredió sexualmente al niño, toda vez que en el proceso penal fue absuelto de las cargas imputadas. Sin embargo, lo que sí permite es reprocharle desde el campo de la responsabilidad civil el quebrantamiento de sus deberes de respeto, protección y cuidado con el infante, que dio lugar a que lo acusara en dos oportunidades de manipulación en su zona anal.

En síntesis, está comprobada la defraudación por parte del sujeto observado a los deberes constitutivos del estándar obligacional a que estaba supeditado, que equivale a tener por demostrada la configuración de la culpa, en tanto no gestionó diligentemente los deberes de respeto, protección y cuidado que tenía para con el menor ofendido.

iv) Gradualización de la culpa. Visto como está que V faltó a los deberes que tenía con su alumno, con lo cual incumplió el estándar obligacional y las cargas de diligencia, en términos de gradación de la culpa, a la sazón de lo expuesto frente al peso del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, implica que el docente debía extremar los deberes de cuidado y respeto; por lo cual, al no actuar con tal diligencia, su comportamiento fue contrapuesto.

Desde luego, la labor docente se ubica en la cúspide de las exigencias jurídicas y de ética pública, si se tiene en cuenta que su oficio es formar y adosar con su ejemplo, un cúmulo de valores y enseñanzas en los educandos, que perdurarán para el resto de la vida. De allí que sea altamente reprochable que un profesor aproveche la cercanía y la confianza que la sociedad, la familia y el propio niño han depositado en él, para infligir cualquier tipo de afectación, ya sea en la integridad física, psicológica o sexual de un estudiante.

Luego entonces, a partir de los anteriores postulados y de los deberes de protección especial que deben desplegarse sobre los niños/as, sobre los cuales se recabó previamente, la conducta del profesor V puesta sobre la escala cartesiana refleja un descuido mayúsculo, que por antitético se pone del lado opuesto del esmero y cuidado que caracteriza al sujeto relacional.

En línea de desplazamiento por el eje de la culpa, ese comportamiento se sitúa en el punto de mayor gravedad por dos razones: (i) el interés superior de los niños/niñas y adolescentes, desubica el análisis de la conducta en cualquiera de las posibilidades de incidencia menor o media; y (ii) la labor docente extrema las exigencias de respeto, protección y cuidado frente a los alumnos.

Así las cosas, la conducta del sujeto observado — V— es denotativa de culpa grave y, por ende, tiene efectos liberadores de la responsabilidad estatal que se persigue. Es decir, tal conducta incidió notablemente frente a la privación que debió soportar, al punto mismo de poder concluir que fue su propia culpa la que lo puso en el contexto de la investigación penal y determinó la imposición de la medida privativa de la libertad.

Siendo así, el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta Sala con ocasión del caso que se viene analizando, termina por sostener que, si bien, se constató que V padeció un daño con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, aquel daño es imputable a su propio actuar gravemente culposos, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece, al configurarse la causal exonerativa de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima.

La Sala considera oportuno, con ocasión de este caso, proferir algunas medidas tendientes a evitar que hechos similares se vuelvan a repetir.

No pasan desapercibidos para la Sala dos aspectos que surgen del caso y ameritan ser revisados por la trascendencia que pueden tener en la evitabilidad de futuros eventos de agresión sexual contra menores: i) los hechos se sucedieron en un hogar del ICBF, en donde se evidenció la actuación pasiva e indiferente de los directivos y profesores del plantel, en señal de no tener procedimientos y

protocolos claros para estos casos; ii) la necesidad de aplicar el principio pro infans en la justicia penal, especialmente.

Siendo que los hechos se sucedieron en un hogar del ICFB, precisa la Sala oportuno remitir copias de este fallo a dicha institución, para que de cara a los procesos de selección y seguimiento a docentes se enfatice y recalque en el trato hacia los menores y, se tengan en cuenta las consideraciones efectuadas en la sentencia T-512 de 2016 de la Corte Constitucional¹²⁸. Asimismo, para que se revisen y actualicen, conforme al principio pro infans, todos los protocolos de atención frente a reportes de anomalías como las aquí sucedidas.

De otro lado, llama la atención de la Sala la actuación pasiva e indiferente de los directivos y profesores del plantel. Infiere la Sala, por las declaraciones que dieron los señores RC – Rectora del Hogar Infantil H (fl. 72-73, c.1) y AG, Representante Legal del Hogar Infantil (fl. 74, c. 1), que ninguna consideración les mereció el caso, so pretexto de que la madre nunca puso en conocimiento los hechos directamente en el jardín, cuando es evidente que era a ellos a quienes correspondía indagar el porqué el menor no había regresado a clases. Desde luego, tal como lo manifestaron, se mostraron extrañados que la madre del menor no puso en conocimiento del jardín el suceso, cuando lo realmente extraño es que ellos, en representación del plantel, no hubieran averiguado los motivos del retiro. Valga la oportunidad para recordar, que, una vez matriculado un niño en una institución educativa, el menor queda vinculado a través de una relación de sujeción especial, por manera que la institución está llamada a verificar las condiciones de su desvinculación a efectos de garantizar una debida protección.

ii) La necesidad de aplicar el principio pro infans en la justicia penal, especialmente. Se insiste en la necesidad de tener en cuenta la condición de sujeto de especial protección, al momento de realizar las valoraciones probatorias y, especialmente, las declaraciones que rinden los menores.

¹²⁸ En dicha sentencia se dijo: “*El aspirante a la carrera docente, al tener la calidad de funcionario público, debe someterse al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que define tanto la Constitución y la ley, ya que las inhabilidades consagradas en el Estatuto Docente fueron declaradas inconstitucionales por esta Corte, en la sentencia C-734 de 2003. En este orden de ideas, la falta de regulación en materia de inhabilidades para los docentes, no significa que el ordenamiento jurídico permita que cualquier aspirante pueda acceder a la carrera docente. Al respecto, la Corte resalta que a los docentes le son aplicables las inhabilidades, de carácter general, que definió la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único (en adelante C.D.U.), las cuales tienen por finalidad garantizar el interés general, la probidad que debe primar en cualquier servidor público y garantizar el respeto y garantía de la moralidad administrativa*”.

Asimismo, se considera que el ICB es la entidad llamada a propiciar la discusión pública que propone la referida sentencia y que tiene que ver con la adopción dentro del estatuto docente de una inhabilidad específica para el caso de infractores de la ley penal por delitos sexuales con menores.

Sin desmedro de la autonomía valorativa e interpretativa que le asiste a los jueces, la cual respeta plenamente esta Sala, no se puede pasar de salto que al momento de descalificar el dicho del menor se utilizaron expresiones que no se compadecen con la calidad del emisor del testimonio. Al respecto, se dijo: “El testimonio del infante es variable, carece de firmeza porque afirma una cosa y luego otra no coherente, es vacilante porque se rectifica, es contradictorio porque afirma dichos que pugnan entre sí (...) Por ello se infiere que hay una declaración vaga, incoherente, que no es puntual, fiel y cabal” (fl. 314, c. 1). Como quien describe el dicho de alguien que no está en sus cabales. Bien se había podido llegar a la misma conclusión, utilizando una descripción acorde a las capacidades temporarias del niño.

No se trata de una cuestión de mero estilo, sino de la manida costumbre que aun ronda en la práctica judicial de equiparar a los niños con los adultos y de facturarles sus errores o equivocaciones al mismo precio de madurez. Tampoco se trata solamente de la elección de palabras, sino de hábitos que fácilmente se van replicando y se asumen como parte de la normalidad y la dialéctica judicial. En el caso de los abogados defensores, sin perjuicio del derecho, a la vez que deber, por defender la posición jurídica confiada, no se puede ignorar el interés superior del menor, ni menoscabar dicho interés pretextando una adecuada defensa. Ya de antes esta Subsección ha dicho:

Del mismo modo y comoquiera que los casos donde están involucrados menores de edad en calidad de víctimas, siguen manejándose por parte de los funcionarios judiciales bajo premisas “ad dictum simpliciter”, es decir, aplicándose para ellos reglas de la generalidad de los casos, sin tener en cuenta que su condición de sujetos vulnerables y de especial protección, amerita no solo un tratamiento particular sino, además, especialísimo, al cual debe ajustarse el procedimiento penal ordinario y, por sobre todo, las actuaciones de los operadores jurídicos a cuyo cargo correspondan tan delicados casos; en esta oportunidad, la Sala exhortará a la Fiscalía General de la Nación para que se fortalezcan y mejoren los procesos y procedimientos investigativos cuando existan menores víctimas de abusos y agresiones sexuales, con el fin de reducir tanto los niveles de impunidad como los eventos de revictimización¹²⁹.

En este caso, con fines propedéuticos, el exhorto se dirigirá a la Rama Judicial. Ahora bien, habida cuenta que la madre del menor, desde 2006 solicitó expresamente maginar a su hijo de todo aquello que le implicara recordación, la Sala no expedirá las medidas de protección referentes a verificación y ayuda psico-social que en anteriores oportunidades y, frente a casos similares ha considerado.

Del mismo modo para efectos del seguimiento, se remitirá copia de esta sentencia a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, en los términos del artículo 24 del Decreto 262 de 2000.

¹²⁹ Íbid.

6. COSTAS PROCESALES

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 prevé la condena en costa a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de la parte apelante, razón por la cual no se condenará en costas.

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

F A L L A

REVOCAR la sentencia del 14 de diciembre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva y, en su lugar.

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. DISPONER que la difusión que de esta providencia se haga no permita la identificación de los involucrados. En ese orden de ideas, las copias deberán omitir los nombres, apellidos y lugares, para poner a salvo la intimidad de los afectados y la presunción de inocencia del apelante.

TERCERO. EXHORTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF para que tenga en cuenta el principio pro infans en los procesos de selección de personal docente. Así como también, al momento de hacer seguimiento a la continuidad y desvinculación de los menores de los distintos programas.

CUARTO. EXHORTAR a la Rama Judicial para que se efectivice la aplicación del principio pro infans en el ejercicio judicial en todas las instancias y jurisdicciones pero, principalmente, en el ámbito penal en el contexto de los procesos en que existan menores víctimas de abusos y agresiones sexuales, con el fin de reducir tanto los niveles de impunidad

como los eventos de revictimización. Para ello, resulta fundamental la adopción de planes y programas de capacitación con enfoque “pro infans”, más allá del estándar formativo usual.

QUINTO. REMITIR copia de esta sentencia a La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Presidente

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

DANILO ROJAS BETANCOURTH