

SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Acceso carnal violento con menor de catorce años agravado / SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – No configurada / FALLA EN EL SERVICIO – No configurada / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Perspectiva de género

El [actor] estuvo privado de la libertad por espacio de 10 meses y 26 días, hasta que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico-Caquetá, el 22 de mayo de 2009, lo absolvió del delito de acceso carnal violento agravado. (...) Para la Sala es claro que, en el *sub judice*, la medida de detención preventiva fue necesaria, razonable y proporcional, en atención al señalamiento que efectuó la menor (...), a la especial confiabilidad de su relato, el cual se acompañaba con las lesiones físicas que afrontaba y con los indicios graves que se tenían en la investigación y a la importancia de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso y proteger a la comunidad de su actuar inapropiado, en especial, a la víctima que tenía una condición que la hacía más vulnerable. Situación que descarta una falla del servicio. (...) El hecho de que en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen en suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes. Esto es así porque responden a la explicación más razonable de lo probado. Si bien es cierto, conforme consta en la providencia de 22 de mayo de 2009 que el [actor] fue absuelto y sobre su inocencia nada debe agregarse, si se considera que así lo resolvió su juez natural, también lo es que su comportamiento inapropiado con las niñas del barrio donde residía y el hecho de llevarse a la niña (...) de su casa, sin la autorización de sus padres, con un rumbo desconocido debe censurarse. Bajo ese entendido es claro que la medida de aseguramiento fue ajustada a derecho y el [actor] estaba en el deber de soportarla. En virtud de lo cual, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN APLICABLE / ANÁLISIS DEL DAÑO

La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación de la libertad. (...) De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991. (...) [L]a Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el Consejo de Estado, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen de

responsabilidad subjetivo como a uno objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política. (...) En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada. En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el análisis que se debe hacer para determinar si existió privación injusta de la libertad, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia / SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Derecho de las mujeres a la intimidad y dignidad

[L]a Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, en su concepto, destacó que los niños que afrontan limitaciones físicas o mentales (i) pueden efectuar relatos muy confiables y precisos, ya que se desempeñan *“tan bien o mejor en cuanto a la cantidad de detalles”*; (ii) tienen una mayor probabilidad de ser maltratados y (iii) están especialmente en riesgo. (...) También (...) la Corte Suprema de Justicia ha considerado idóneos y pertinentes los testimonios de menores víctimas de abuso sexual y señala que (i) es desacertado imponerles veda o tarifa probatoria en orden a restarles credibilidad, en cuanto no se deriva de la ley y estudios científicos han demostrado que cuando los niños han afrontado este tipo de vejámenes *“su dicho adquiere una especial confiabilidad”*. Lo último, *“por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria”*; (ii) no se pueden desechar en razón de divergencias con los exámenes físicos y (iii) desconocer de entrada el señalamiento de las víctimas de abuso sexual, así se trate de menores, contraviene el derecho de acceso a la justicia, amén de que deja de lado el artículo 44 de la Carta Política y la convención internacional sobre los derechos del niño. También se hace necesario considerar el impacto del ilícito sobre las víctimas, en particular los menores de edad, como quiera que estudios sobre el tema revelan que, salvo circunstancias particulares, las víctimas de abuso sexual están en condiciones de revelar los hechos con bastante precisión.

SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO - Derecho a la intimidad familiar de los menores de edad y de la presunción de inocencia

[L]a Sala pone de presente las previsiones constitucionales, convencionales y legales sobre la protección de la intimidad familiar y de los menores, al igual que la presunción de inocencia, razón por la cual dispone que las copias que se expidan de esta decisión no permitan identificar a las personas involucradas, como se dispondrá en la parte resolutive.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA – ARTÍCULO 47 NUMERAL 8 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA – ARTÍCULO 193 NUMERAL 7 / CÓDIGO PENAL – ARTÍCULO 15 / CÓDIGO PENAL – ARTÍCULO 42 / PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS – ARTÍCULO 17

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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN (E)

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 18001-23-31-000-2010-00294-01(56386)

Actor: VÍCTOR FABIO GUERRERO CUÉLLAR Y OTROS

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

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ANÁLISIS DE FALLA la medida de detención preventiva fue necesaria, razonable y proporcional.

Cuestión previa: La Sala suprimirá de la providencia el nombre verdadero de la menor de edad involucrada en este proceso, como medida para proteger su intimidad. Por lo anterior, la niña cuya identidad se protege será llamada Margarita.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Rama Judicial contra la sentencia de 22 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá-Sección Única de Descongestión, mediante la cual se accedió a las pretensiones.

I. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar estuvo privado de la libertad por espacio de 10 meses y 26 días, hasta que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico-Caquetá, el 22 de mayo de 2009, lo absolvió del delito de acceso carnal violento agravado.

II. ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 3 de marzo de 2010, ante la Oficina de Coordinación Administrativa de Florencia-Caquetá (f. 9-13 c. ppl.), los señores Víctor Fabio, Ramiro, Mari Ruby y María Bellanid Guerrero Cuéllar, Carmelita Claros Sabala, Luz Mary, Sandra Patricia y Edna Zoraida Guerrero Claros, a través de apoderado judicial (f. 1-8 c. ppl.), solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad que afrontó el primero de los nombrados. Las pretensiones formuladas, en concreto, fueron las siguientes:

Primera.- Que la Nación-Fiscalía General de la Nación y la Nación-Rama Judicial son responsables, administrativamente, por la detención injusta del señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar ocurrida desde el 28 de junio de 2008 hasta el día 22 de mayo de 2009, sindicado del delito de acceso carnal violento.

Segunda.- Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación-Fiscalía General de la Nación y a la Nación-Rama Judicial a reconocer y pagar por perjuicios morales a los demandantes de la siguiente manera:

A Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, Carmelita Claros Sabala, Luz Mary, Sandra Patricia y Edna Zoraida Guerrero Claros (compañera permanente e hijas de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar), para cada uno, el equivalente en pesos colombianos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sentencia o ejecutoria de la misma.

A Ramiro, Mari Ruby y María Bellanid Guerrero Cuéllar (hermanos de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar), para cada uno, el equivalente en pesos colombianos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sentencia o ejecutoria de la misma.

Tercera.- Que la Nación-Fiscalía General de la Nación y la Nación-Rama Judicial reconozca y pague a Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, por perjuicios materiales, los salarios o ingresos que dejó de percibir durante el período de detención física y que se tasaran de acuerdo a los siguientes parámetros:

- a) El salario mínimo legal vigente para el año 2008, 2009, 2010 y siguientes.*
- b) Las prestaciones sociales y emolumentos salariales ocasionados durante el periodo de la detención física de acuerdo al salario anotado en el literal anterior.*
- c) Las anteriores sumas dinerarias se deben actualizar de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor IPC, entre la fecha en que se ocasionaron y la de la sentencia o ejecutoria de la misma.*

Cuarta.- Igualmente, que la Nación-Fiscalía General de la Nación y la Nación-Rama Judicial reconozca y pague, por daño a la vida de relación, a los demandantes de la siguiente manera:

A Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, Carmelita Claros Sabala y Luz Mary, Sandra Patricia y Edna Zoraida Guerrero Claros (compañera permanente e hijas de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar), para cada uno, el equivalente en pesos colombianos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sentencia o ejecutoria de la misma.

A Ramiro, Mari Ruby y María Bellanid Guerrero Cuéllar (hermanos de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar), para cada uno, el equivalente en pesos colombianos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la sentencia o ejecutoria de la misma.

Quinta.- Las sumas así causadas devengarán los intereses previstos en el artículo 177 del C.C.A. y se ejecutarán en los términos establecidos en el artículo 176 del C.C.A. (f. 9-10 c. ppl.-negrita y mayúscula sostenida eliminadas del texto).

Los demandantes precisaron que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar “*fue privado de su libertad por espacio aproximado a once (11) meses, acusado injustamente de uno de los delitos de más reproche y condena social, pese a haber recuperado su libertad tuvo que cargar con el hecho de ser señalado en el municipio de El Paujil, en donde siempre ha vivido y ser estigmatizado por su detención*” (f. 11 c. ppl.).

Aseveraron que la detención de su compañero, padre y hermano les ocasionó daño a la vida de relación y graves perjuicios morales y materiales que ameritan ser reparados.

2. Trámite de primera instancia

El 26 de mayo de 2010, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Florencia remitió, por competencia, el expediente al Tribunal Administrativo del Caquetá (f. 40 c.ppl.).

El 3 de diciembre de 2010, el Tribunal Administrativo del Caquetá admitió la demanda y notificó en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (f. 48-51 c.ppl.).

El 11 de agosto de 2011, el Tribunal Administrativo del Caquetá admitió la corrección o reforma de la demanda y notificó en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (f. 48-51, 198-199 c.ppl.).

El 19 de octubre de 2011, el Tribunal Administrativo del Caquetá corrigió el proveído anterior (f. 204-205 c.ppl.).

El 3 de abril de 2013, el Tribunal Administrativo del Caquetá abrió el proceso a pruebas (f. 232-233 c.ppl.).

El 12 de junio de 2013, el Tribunal Administrativo del Caquetá corrió el traslado, por el término común de diez días, a las partes y al Ministerio Público (f. 240 c.ppl.).

3. Intervención pasiva

La Rama Judicial señaló que la absolución del señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar devino porque el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Rico aceptó la solicitud de retiro de la denuncia de la Fiscalía General de la Nación, ante la no comparecencia de la denunciante. Situación que no legitima *“al hoy accionante, para solicitar indemnización sencillamente porque no se le produjo el daño antijurídico que consagra el artículo 90 de la Constitución Política, normativa pilar de la acción de reparación directa, en razón de que estaba obligado a soportar tanto la captura como la investigación”* (f. 56 c. ppl.).

Explicó que *“el trámite procesal del juicio oral no se pudo llevar a cabo debido a la no comparecencia de la denunciante; haciendo imposible sostener a la Fiscalía la acusación endiligada a Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, por tanto, este trámite fue imposible surtirlo por causa de un tercero y no por error atribuible al agente estatal”* (f. 57 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Señaló que, a través de la circular 084 del 15 de noviembre de 2002, *“la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, instruyó a los Tribunales Administrativos sobre la capacidad que posee la Fiscalía General de la Nación para ser vinculada e intervenir en forma directa como parte en los procesos ante esta jurisdicción, con independencia del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial”* (f. 57 c. ppl.).

Adujo que se deben denegar las pretensiones, pero que, en el evento remoto, de producirse una condena debe imputársele a la Fiscalía General de la Nación.

Propuso, además, las excepciones innominada, falta de causa para demandar y falta de legitimación por pasiva, respecto de las cuales no ofreció mayores argumentos de fondo.

La Fiscalía General de la Nación no se pronunció.

4. Alegatos de conclusión

La Rama Judicial aseveró que, en este caso, *“los dos primeros requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento se cumplieron, a través de los elementos materiales de prueba y evidencias físicas recaudadas y allegadas por la Fiscalía ante la Juez Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de El Paujil, especialmente, por la denuncia instaurada por la madre de la menor, por lo cual es capturado el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar por la conducta punible de acceso carnal violento con menor de 14 años, en la niña Margarita”* (f. 242 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Consideró que *“la causa eficiente que provocó, tanto la vinculación al proceso penal del demandante, como la imposición de la medida de aseguramiento, fue la captura realizada por miembros de la Policía Nacional, por orden directa de la Fiscalía, tras denuncia penal instaurada por la madre de la menor Margarita, circunstancia que resultó relevante para que el Juez de Garantías procediera a la imposición de la medida de aseguramiento”* (f. 243 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Explicó que *“el nexa causal que ocasionó la privación de la libertad del actor no es imputable a la Rama Judicial, específicamente al Juez de Control de Garantías, sino al hecho de un tercero, en este caso atribuible a la Fiscalía, quien formula imputación y acusación en contra del demandante sin contar con elementos materiales probatorios suficientes para hacer la incriminación, a tal punto que fue precisamente el Juez quien remedió el error cometido por el ente fiscal, decidiendo la absolución, ante la no existencia de prueba de responsabilidad del acusado, toda vez que no fue soportada con pruebas certeras que llevaran a la*

existencia de la materialidad de la conducta ni menos a probar la responsabilidad penal del procesado” (f. 243 c. ppl.).

Los actores señalaron que las entidades demandadas *“incurrieron en error judicial respecto del demandante y/o víctima directa Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, por cuanto le impusieron la carga injustificada y desproporcionada de soportar una investigación penal y consecuente detención por, aproximadamente, 11 meses, en la que, se le acusaba del delito más aberrante y de mayor reproche social a su avanzada edad, pues contaba con 66 años” (f. 249 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).*

Puntualizaron que con *“la Sentencia Absolutoria proferida dentro del proceso penal adelantado contra Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, se acredita que no pudo desvirtuarse su inocencia, que la detención fue injusta y que la víctima directa debió padecer las afecciones propias de la pérdida de la libertad (daño psicológico, a la vida de relación, moral, económico y el hecho de haber obstruido su proyecto de vida); al tiempo que sus derechohabientes (compañera, hermanos e hijos) sufrieron graves perjuicios de índole material e Inmaterial” (f. 249 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).*

Consideraron que, en el *sub judice*, es procedente ordenar varias medidas de justicia restaurativa.

La Fiscalía General de la Nación no se pronunció.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Caquetá-Sección Única de Descongestión, mediante sentencia de 22 de mayo de 2014, accedió a las pretensiones, en los siguientes términos:

Primero: Declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Fiscalía General, por los argumentos señalados en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: Declarar que la Nación-Rama Judicial es administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales y morales,

causados a los señores Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, Carmelita Claros Sabala, Luz Mary Guerrero Claros, Sandra Patricia Guerrero Claros, Edna Zoraida Guerrero Claros, Ramiro Guerrero Cuéllar, Mari Ruby Guerrero Cuéllar y María Bellanid Guerrero Cuéllar, por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, conforme a lo probado y expuesto en la parte motiva de ésta sentencia.

Tercero: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la Nación-Rama Judicial, a pagar con cargo a su presupuesto, por concepto de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

a. Perjuicios inmateriales - Daño Moral:

A Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, Carmelita Claros Sabala, Luz Mary Guerrero Claros, Sandra Patricia Guerrero Claros y Edna Zoraida Guerrero Claros, la suma correspondiente a ochenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (80 s.m.m.l.v.) para cada uno de ellos, a la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

A Ramiro Guerrero Cuéllar, Mari Ruby Guerrero Cuéllar y María Bellanid Guerrero Cuéllar, la suma correspondiente a cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 s.m.m.l.v.) para cada uno de ellos, a la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

b. Perjuicio Material - Lucro cesante:

A Víctor Fabio Guerrero Cuéllar la suma equivalente a ocho millones quinientos diecisiete mil ciento ochenta pesos con ochenta y siete centavos (\$8'517.180,87), suma que deberá ser actualizada a la fecha de la ejecutoria de la presente decisión.

Cuarto: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Quinto: Sin condena en costas (f. 289-290 c. ppl.-negrita y mayúscula sostenida eliminada del texto).

Señaló, en primer término, que si bien *“la Fiscalía General de la Nación, solicitó la imputación de cargos y la imposición de medida de aseguramiento, fue la Rama Judicial, a través del Juez de Control de Garantías, quien finalmente tomó la decisión de privar de la libertad al señor Guerrero Cuéllar; bien pudo, no acceder a su petición fundado en el material probatorio aportado”* (f. 278 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Precisó que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar fue absuelto *“al considerarse por parte de la Fiscalía que los hechos sobrevinientes, posteriores al escrito de acusación como la ausencia de la víctima y de los testigos, imposibilitan la sustentación de la teoría del caso ante el Juez de conocimiento y, por ende, la dificultad de desvirtuar la presunción de inocencia que recae sobre el investigado”* (f. 279 c. ppl.).

Consideró que *“el título de imputación del daño debe ser el objetivo (.....), ya que según lo dicho, en las consideraciones en las que se fundamentó la decisión de absolución en el proceso penal, existió duda sobre la participación efectiva de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar en los hechos de los que se le sindicó, que no fue posible aclarar, toda vez, que el recaudo probatorio no brindó certeza al Juez de conocimiento de la participación en el acto delictivo, asistiéndole dudas que lo llevaron a beneficiar al encartado con la aplicación del principio del in dubio pro reo”* (f. 281 c. ppl.-negrita y mayúscula sostenida eliminadas del texto).

Estableció el daño antijurídico *“puesto que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar estuvo privado de la libertad desde el 28 de junio de 2008 hasta el 22 de mayo de 2009 y obtuvo como resultado del proceso penal adelantado en su contra una decisión favorable. En este orden de ideas, los demandantes padecieron una afectación a diversos bienes jurídicamente tutelados, derechos e intereses legítimos que no estaban en la obligación de soportar porque el ordenamiento jurídico no se los impone”* (f. 282 c. ppl.).

6. Recurso de apelación

La Rama Judicial consideró que *“las razones jurídicas para iniciar la investigación y las determinaciones tomadas por el señor Juez con funciones de control de garantías del municipio El Paujil-Caquetá, en la causa seguida en contra de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, no permiten deducir que existió un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que hubiese producido un daño antijurídico por parte del Estado y, por consiguiente, mal podría endilgársele una responsabilidad patrimonial a la entidad por los supuestos perjuicios sufridos, al ser vinculado el actor a la investigación penal, pues obraban indicios suficientes y, por tanto, tenía la obligación de soportar la carga, no sin antes puntualizar el papel que juega la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal”* (f. 295 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Insistió en que, en el *sub judice*, se cumplieron *“los dos primeros requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento –artículo de la Ley 906 de 2004-, a través de los elementos materiales de prueba y evidencias físicas recaudadas y allegadas por la Fiscalía ante el Juez con Función de Control de Garantías”* (f. 296 c. ppl.).

Consideró que *“los actores mal pueden pretender obtener indemnización de parte de la Nación, por hechos ajustados a derecho y permitidos por la Constitución y la Ley; lo que ellos pretenden hacer ver como defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, no se refleja en modo alguno, pues lo que realmente existe son providencias ajustadas a derecho, proferidas dentro de los términos establecidos por la ley”* (f. 297-298 c. ppl.).

Evidenció que la decisión absolutoria del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico-Caquetá *“sobrevino de la petición de la Fiscalía porque no encontró certeza de la responsabilidad del sindicado Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, razón por la cual el Juez de conocimiento aceptó el retiro de la acusación y ordenó de inmediato la libertad del procesado”* (f. 299 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

7. Trámite de segunda instancia

El 18 de febrero de 2016, se admitió el recurso de apelación presentado por la Nación-Rama Judicial (fl. 324, c. ppl), el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo del Caquetá en auto de 9 de octubre de 2014 (fl. 305-306 c. ppl.).

El 24 de octubre de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 335 c. ppl.).

El 29 de junio de 2017, se ordenó oficiar a las Asociaciones Afecto Contra El Maltrato Infantil y Creemos en Tí para que profesionales en las áreas de diagnóstico del abuso sexual de menores (médico forense, psiquiatría y psicología), con fundamento en las pruebas obrantes en el plenario, respondan algunas preguntas con miras a profundizar en las dinámicas del abuso sexual infantil (fl. 378-378vto c. ppl.).

8. Alegaciones finales

La Fiscalía General de la Nación propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva *“dado que la Ley 906 no le confirió facultades jurisdiccionales a la entidad para decidir sobre la privación de la libertad de los investigados”* (f. 340 c. ppl.).

Señaló que, en todo caso, es preciso evidenciar que no procede el reconocimiento del lucro cesante dispuesto por el *a quo*, por cuanto el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar no se hallaba en una edad productiva. En efecto, *“existe abundante prueba documental que acredita que el demandante nació el 12 de marzo de 1942, por ende, para la época de ocurrencia de los hechos investigados penalmente tenía 66 años y 3 meses de edad. Entre tales pruebas, resalta el registro civil de nacimiento del señor Guerrero Escobar, individualizado con el número de serial 14743182”* (f. 345 c. ppl.).

Los demandantes reiteraron que *“las demandadas incurriera en falta respecto del demandante y/o víctima directa Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, por cuanto le impusieron la carga injustificada y desproporcionada de soportar una investigación penal y, consecuente detención por espacio de 11 meses aproximadamente, en la que, desde el comienzo, se advertía la inexistencia de un medio de prueba contundente y claro que permitiese acreditar cualquier vínculo de este ciudadano con la comisión del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años”* (f. 359 c. ppl.-negrita con mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Solicitaron (i) aumentar la indemnización del perjuicio moral, atendiendo los parámetros de la sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación de 28 de agosto de 2013 y (ii) actualizar el monto reconocido por concepto de daño material.

Aseveraron que no se puede soslayar que *“la captura y la imputación del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años hechas a Víctor Fabio Guerrero Cuéllar le trajo gran rechazo a la víctima directa y a su familia, señalamientos y escarnio público, siendo imposible, pese a la absolución del antes nombrado, cambiar la idea de delincuente que se les creó, repercutiendo esto en graves e irreparables perjuicios en su honra, dignidad y buen nombre e incluso en el desarrollo de sus actividades cotidianas y las de su familia”* (f. 361 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

La Rama Judicial no se pronunció.

III. CONSIDERACIONES

1. Prelación de fallo

La Sala, mediante proveído de 27 de enero de 2017, concedió la prelación de fallo en el asunto de la referencia (fl. 372-375 c. ppl.).

2. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la Rama Judicial contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá-Sección Única de Descongestión, el 22 de mayo de 2014, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo considerado por la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

3. Ejercicio oportuno de la acción

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

En tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la

¹ En decisión proferida por la Sala Plena de la Corporación el 9 de septiembre de 2008, expediente 34.985, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se consideró que: “...el conocimiento de los procesos de reparación directa instaurados con invocación de los diversos títulos jurídicos de imputación previstos en la referida Ley Estatutaria de la Administración de Justicia corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV”.

sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva²

En el *sub exámine* debido a que la sentencia que absolvió al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar quedó en firme el 22 de mayo de 2009 (f. 172-173 c. 3), es claro que la demanda de reparación directa presentada por los actores, el 3 de marzo de 2010, se encuentra dentro de los dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho dañoso, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, normatividad aplicable al proceso por factor temporal.

4. Legitimación

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, está acreditado por el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar que estuvo privado de la libertad por espacio de 10 meses y 26 días (fl. 3, c. pbas.), hecho que se corroborará con las pruebas a las que se hará referencia más adelante.

También está probada la relación de parentesco de quien fuera privado de la libertad con las señoras Luz Mary, Sandra Patricia y Edna Zoraide Guerrero Claros en calidad de hijas (f. 28, 29, 30 c. ppl) e, igualmente, con los señores Ramiro, Mari Ruby y María Bellanid Guerrero Cuéllar en condición de hermanos (f. 32, 33, 34 c. ppl), de lo cual se infiere que tienen un interés para solicitar la indemnización por los perjuicios causados y, por tanto, se concluye que estos demandantes cuentan con legitimación en la causa por activa.

La señora Carmelita Claros Sabala, si bien demostró tener tres hijas en común con el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar (f. 28, 29, 30 c. ppl), no aportó pruebas de la calidad de compañera permanente del mismo; por tanto, se considera que no está legitimada para reclamar, en tal calidad, los perjuicios derivados de la privación de la libertad que sufrió aquel.

² Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por esta Subsección:
-Providencia del 26 de agosto de 2015, radicado No. 200301473 01 (38.649), actor: Ómar Fernando Ortiz y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).
-Providencia del 25 de junio de 2014, radicado No. 199900700 01 (32.283), actor: Wladimiro Garcés Machado y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se constata que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que correspondieron a la Fiscalía General y Rama Judicial, de manera que la Nación, representada por tales entidades, se encuentra legitimada como parte demandada en el asunto de la referencia.

Aquí, es preciso advertir que el Tribunal Administrativo del Caquetá declaró la falta de legitimación por pasiva de la Fiscalía General de la Nación y que esta decisión no fue motivo de impugnación.

5. Valoración probatoria y análisis del caso concreto: culpa exclusiva de la víctima. Ley aplicable al caso (906 de 2004)

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

La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación de la libertad³.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para deducir la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos donde

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado⁴.

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

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil⁶, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicato no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

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

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

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

Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 072/18⁸, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, ni la sentencia C-037 de 1996, que

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

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

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

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

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

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

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

determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad⁹.

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

En el mismo sentido precisa que en determinados eventos, entre los cuales hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, no se acreditó el dolo o se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos erga omnes, esto es la sentencia C-037 de 1996¹¹.

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

Por último, en lo que tiene que ver con la unificación de la Corte Constitucional, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en todos los casos en los que se reclame por un evento de privación injusta de la libertad debe considerarse la culpa grave o el dolo de la víctima¹².

Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado social de derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución Política, entre otros, bajo

⁹ Ibidem, Acápites 117 y 118.

¹⁰ Ibidem, Acápites 119 y 120.

¹¹ Ibidem, Acápites 121.

¹² Ibidem, Acápites 124

el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser entendidos sino tienen como punto de partida la libertad¹³.

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

Esas restricciones excepcionales a la libertad, además de los límites constitucionales, están sometidas de manera superlativa a estrictas reglas de competencia, de tiempo para verificar su legalidad, así como a la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción. En el mismo sentido debe hacerse una diferenciación tajante entre dos figuras, pena y detención preventiva, y que esta no puede implicar, de ninguna manera, una vulneración al principio de presunción de inocencia y que, conforme al bloque de constitucionalidad, se encuentran sometidas al criterio irreductible de que sean absolutamente necesarias¹⁶.

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

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

¹³ Ibidem, Acápites 67 a 69.

¹⁴ Ibidem. Acápites 69 y 70.

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

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

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

constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política¹⁸.

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

Para la Corte Constitucional un régimen de tal naturaleza, pasa por alto que la falla del servicio es título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales “esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación¹⁹”²⁰.

Con fundamento en todo lo anterior, en que el artículo 90 no define un título de imputación y que la falla del servicio es el título de imputación prevalente, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación como injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente “definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”²¹. Frente a este tópico prescribe:

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

¹⁸ Ibidem. Acápito 101.

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

²⁰ Ibidem. Acápito 102.

²¹ Ibidem. Acápito 102.

²² Ibidem. Acápito 102.

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

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”^{25,26}.

Al respecto concluye:

*Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares²⁷.*

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo

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

²⁴ Ibidem. Acápito 103.

²⁵ Ibidem. Acápito 104.

²⁶ Más adelante señala:

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

²⁷ Ibidem. Acápito 104.

cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

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

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

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

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal²⁹.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absolución consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los

²⁸ Ibidem. Acápito 104.

²⁹ Ibidem. Acápito 105.

fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral³⁰.

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo³¹.

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

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

Bajo los anteriores parámetros entra a considerarse el caso concreto.

5.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si conforme a los elementos jurídicos y probatorios del caso, hay lugar declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial por la privación de la libertad de la que fue sujeto el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, en el marco de la investigación penal por el delito de acceso carnal violento con menor de catorce años agravado, que culminó con sentencia absolutoria por retiro de la acusación.

5.3. Cuestión previa

³⁰ Ibidem. Acápito 106.

³¹ Ibidem. Acápito 106.

En este punto es pertinente evidenciar que la mayoría de las actuaciones del proceso penal adelantado en contra del señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar fueron allegadas, en copia auténtica, por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico-Caquetá.

Y que se valorarán las copias simples aportadas por las partes, por cuanto, según sentencia de unificación de jurisprudencia proferida sobre el particular por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *“en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, -dichas copias- sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de ‘autenticidad tácita’ que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional”*³².

5.4. El daño

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

En el caso concreto, el daño alegado por el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo privado de esta en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra como presunto autor del delito de acceso carnal violento con menor de catorce años agravado, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario.

En el *sub judice*, el Secretario General y de Gobierno del municipio de Puerto Rico-Caquetá certificó que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar *“ingresó al centro carcelario el 26 de junio de 2008, salió en libertad el día 22 de mayo de 2009, por órdenes del Juzgado Primero Promiscuo Municipal”* (f. 3 c. pbas.). Es decir, está debidamente acreditado que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar fue privado de la libertad desde el 26 de junio de 2008, fecha en que ingresó al centro carcelario, hasta el 22 de mayo de 2009, cuando fue dejado libre como

³² Sentencia de 30 de septiembre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

consecuencia de la sentencia absolutoria del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico, es decir, por un lapso de 10 meses y 26 días.

En este punto, es pertinente mostrar que la prueba testimonial da cuenta de la afectación moral y económica que afrontaron las hijas y los hermanos del señor Víctor Fabio Cuéllar Valencia con ocasión de su privación de la libertad (f. 180-185 c. ppl.).

Se conoce también que los demandantes Luz Mary, Sandra Patricia y Edna Zoraide Guerrero Claros y Ramiro, Mari Ruby y María Bellanid Guerrero Cuéllar, resultaron igualmente afectados, pues las reglas de la experiencia, corroboradas con la prueba testimonial recaudada por el *a quo*, permiten inferir el sentimiento de pena por el encarcelamiento de un compañero, padre y hermano.

5.5. Imputación

De conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se tienen probados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia:

El 25 de junio de 2008, a las 5:00 p.m., la señora Ninfa Castañeda Ramírez, denunció el acceso carnal violento de que fue víctima su hija menor de 12 años de edad, quien tiene una condición especial que se manifiesta por ser muy reservada y callada. Señaló que (i) cuando llegó a su casa, alrededor de las 5 p.m., se enteró por sus vecinas de que su hija Margarita iba de la mano de un señor, con rumbo desconocido; (ii) inmediatamente, le informó a su cónyuge y salió a buscar a la niña; (iii) pasados cuarenta minutos, aproximadamente, la menor apareció al frente de la casa, sentada en un andén, con el hombre que la comunidad, previamente, había referido; (iv) entró a su hija a la casa, la bañó, lavó su ropa y la llevó a un centro médico, donde se estableció el acceso carnal violento de que fue víctima y (v) en la noche, la menor le hizo un relato de los vejámenes a los que fue sometida por parte del señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar. En la denuncia la señora Ninfa Castañeda, señaló:

El día de ayer, siendo aproximadamente las 05:00 horas de la tarde, yo me encontraba en una reunión de mis hijos en un hogar infantil, cuando llegué a la casa fui informada por una muchacha que mi hija iba con un señor, en ese momento yo salí a buscarla, cuando iba por la calle me encontré a una señora la cual me dijo que a quién buscaba y yo le respondí que estaba buscando a mi hija, en ese momento la señora me dijo que por esa calle

iba de la mano con un señor y que éste la iba jalando (sic); en ese momento yo me fui detrás de éste con el fin de buscarlo, pero no alcancé a encontrarlo, después de esto llamé a mi marido con el fin de informarlo sobre lo que estaba pasando, en ese momento él se vino para la casa y yo me fui a buscar a mi hija por las calles del barrio Andrés Páez, de igual manera busqué en otros barrios cercanos y aledaños, pero no pude localizar a mi hija, pasados más de cuarenta minutos de búsqueda me encontraba cerca a la casa y escuché la voz de mi esposo que me decía que aquí está la niña, en ese momento yo me fui para la casa y, efectivamente, allí se encontraba mi hija, pero estaba sentada en un andén y se encontraba con el señor que me decía la comunidad, en ese momento yo le pregunté a ese señor que en qué parte me tenía a mi hija y éste me respondió que él no me tenía a mi hija, y yo le dije que la gente me había dicho que él era el que tenía la niña pero éste no me respondió nada, es de anotar que se encontraba un poco asustado y pálido, en ese momento yo me entré con la niña para la casa con el fin de revisarla y cuando volví a salir éste ya no se encontraba en mi cuadra; después de esto, decidí llevar a mi hija al médico con el fin de determinar si había sido objeto de abuso sexual, al momento de llegar al hospital, le comenté a la doctora lo sucedido y esta realizó una llamada y después me dijo que pasara a la estación de policía y pusiera la denuncia y que de esta misma parte me entregaba una solicitud de análisis, en ese momento, yo me desplazé a la estación y, cuando me encontraba en este lugar, me dieron un oficio y con ese me atendieron a mi hija, no fue más lo que pasó, es de anotar que el señor que abusó de mi hija se llama Fabio Guerrero y vive en el mismo barrio que yo vivo (.....). Ella es una niña demasiado callada (.....). Ella tiene 12 años de edad (.....). Sí señor, yo le pregunté en horas de la noche cuando nos encontrábamos en la casa, que me contara lo que le había hecho ese señor y ésta me respondió que él le había hecho groserías, en ese momento yo le dije que clase de groserías y ésta me respondió que le había bajado los cucos y que le había metido el pene entre la vagina y que la había puesto a chupar el pene y que también el señor le había chupado los senos a ella, de igual manera me dijo que este señor la había cogido a la fuerza, no fue más lo que me dijo (.....). Si señor ella tenía como manchones en el pantalón y un olor a semen, pero yo antes de llevarla al hospital bañé a la niña y la ropa la lavé (.....). Porque no pensé que allí había alguna prueba y de igual manera se encontraba sucia (.....). Sí señor, ella es un poco callada y la saqué del colegio por ese tipo de problemas que ella tiene (f. 111-113 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 26 de junio de 2008, la Policía Judicial efectuó una entrevista al señor Rubián Arley Claros Flórez, padre de la menor víctima, quien refirió que (i) su esposa Ninfa le informó sobre la desaparición de la niña; (ii) encontró a su hija al frente de la casa, sentada en un andén, al lado del señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar que estaba pálido y nervioso y (iii) inmediatamente, llamó a su cónyuge y ella entró a la menor, la bañó y organizó para llevarla al centro médico:

El día de ayer, siendo las cinco de la tarde, aproximadamente, mi mujer me dijo que un señor se había llevado a la hija Margarita, en ese momento yo le dije que se pusiera a buscarla que yo ya subía, es de anotar que yo me

encontraba trabajando, después que yo terminé subí a la casa y al llegar observé que mi hija se encontraba frente a la casa sentada y estaba junto al señor Fabio Guerrero, en ese momento yo llamé a mi mujer y esta llegó y le preguntó al señor Fabio que en dónde tenía a la hija y éste lo único que dijo que en donde que él no tenía nada, en ese momento mi mujer le dijo que lo habían visto con la niña, pero éste no le respondió nada, es de anotar que el señor Fabio se encontraba un poco nervioso y pálido, en ese momento mi mujer le dijo que iba a llevar a la hija al hospital para que la mirara el médico y que ojalá la niña no tuviera nada, no fue más lo que pasó, después de esto mi mujer y yo nos entramos para la casa, mi mujer bañó a la niña y la cambió, llevándola para el médico, no fue más lo que pasó (f. 99-99vto c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 26 de junio de 2008, la Policía Judicial efectuó una entrevista a la señora Edith Silva Medina, quien señaló que observó al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar acompañado de la niña Margarita dirigirse al centro del municipio e, inmediatamente, le informó a su hija para que ésta alertara a la señora Ninfa:

(.....) observé al señor que se dirigía al centro, éste acompañado de la menor, me dirigí a avisarle a mi hija Leydi para que le avisara a la mamá de la niña Margarita; cuando llegó la señora Ninfa a mi casa le conté lo ocurrido y ella se dirigió a buscarla, después de 30 minutos la señora Ninfa me preguntó que si habíamos visto a la niña, yo respondí que no y yo le pregunté después que si apareció y ella respondió que sí, pero que no sabía por dónde había llegado (f. 100-100vto c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 26 de junio de 2008, la Policía Judicial efectuó una entrevista a la adolescente Leidy Andrea Perdomo Silva, quien relató que vio caminar al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar de la mano con la menor Margarita y que, de esa situación, alertó a la señora Ninfa:

El día de ayer en horas de la tarde, yo me encontraba frente a mi casa cuando pasó Margarita y en ese momento le dije que si se le había escapado a la mamá y ésta lo único que dijo fue de malas, Margarita siguió caminando y se paró en una esquina y se quedó en esta parte, en ese momento llegó mi papá y yo le dije que me diera una vuelta en la moto, en ese momento me fui con mi papá, al rato llegamos y me di cuenta que el señor Fabio llevaba la niña de la mano no sé para qué parte, en ese momento mi mamá me dijo que le comentara a la señora Ninfa, madre de la menor Margarita, en ese momento la señora Ninfa salió a buscarla y no fue más lo que pasó (f. 101-101vto c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 28 de junio de 2008, a las 2:41 p.m., el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Puerto Rico, Caquetá, llevó a cabo la audiencia preliminar de legalización captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento. Actuación en la que se le impuso medida de detención preventiva al señor Víctor

Fabio Guerrero Cuéllar, por el delito de acceso carnal violento, previsto en el artículo 205 del Código Penal. Esta última decisión, se fundó en la entidad del delito, la vulnerabilidad de la víctima, el peligro que reviste el sindicado para la comunidad, en la prueba de referencia y en los indicios graves que se tenían de su responsabilidad penal y en la no procedencia de beneficios de sustitución y excarcelación (f. 69-70 c. ppl.- Cd 3)

El 28 de junio de 2008, se libró boleta de encarcelación No. 006, la cual fue dirigida al Director de la Cárcel del Circuito Judicial (f. 71 c. ppl.).

El 28 de junio de 2008, la Fiscalía Diecisiete Seccional de Puerto Rico presentó escrito de acusación, en el que se hizo una relación de las pruebas recaudadas (f. 75-79, 80-84 c. ppl.).

El 13 de agosto de 2008, la Policía Judicial efectuó una entrevista a la señora Narcisa Arias Parra, quien relató que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar tenía comportamientos inapropiados con las niñas del sector, incluso con su hija:

(.....), ese señor desde hace muchos años también estaba molestando a mi hija, le ofrecía monedas, la molestaba cada vez que pasaba frente a la casa de ese señor, le mandó cartas, le hablaba de cosas obscenas, le decía que él quería tener sexo con ella, a otras amiguitas de ella las llamaba para adentro de la casa y les mostraba el pene, mi hija tiene en estos momentos 14 años, él comenzó a mirarla desde que tenía doce años, ella siempre me decía que ese viejito le decía cosas, pero ella nunca me dijo nada de que la hubiera tocado, también porque ella no se dejaba seducir con palabras (.....). Hacía por ahí dos años no lo había denunciado por hablar con la persona para aclarar las cosas (.....). Él me dijo que tenía derecho a enamorarse, me dijo que no volvía a molestarla, pero éste siguió por lo mismo, mandándole cartas a mi hija y diciéndole cosas obscenas (.....). Pues que haya abusado de menores no, pero hay otras niñas que me contaron que el señor las metía a la casa y se quitaba la ropa y les mostraba los genitales y el caso de la niña Margarita (f. 93, 96vto c. ppl.- mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 13 de agosto de 2008, la Policía Judicial efectuó una entrevista a la señora Flor María Ospina Reyes, quien expuso que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar era un acosador sexual de menores de edad del sector y un peligro latente para ellas:

(.....) la niña estaba jugando en el patio y el señor Fabio la llamó estratégicamente y las vecinas se dieron cuenta y ellas como saben que ese señor es un acosador y comenzaron a gritar ellas y hacer bulla, el hombre se fue entrando a la casa, pero la seguía llamando (.....), pero ella no alcanzó a llegar a la casa porque las muchachas la entraron, al otro día

las muchachas fueron y me contaron en la casa lo que estaba pasando, entonces yo le pregunté a la niña que si eso era verdad y ella me dijo que sí, pero que ella no había entrado, a mí por ejemplo me preocupa esa situación, yo no tenía vida tranquila con mis niñas por ahí en la calle (.....) eso fue a finales del mes de mayo del presente año (.....) el caso mío sucedió antes de un caso que le sucedió a una vecina mía, de la señora Ninfa Castañeda, el cual este señor abuso de la hija Margarita, por ese motivo es que estoy dando esta entrevista (f. 95-95vto c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 22 de agosto de 2008, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico-Caquetá declaró la extemporaneidad del escrito de acusación de 28 de junio anterior y ordenó *“a la Dirección Seccional de Fiscalías de Florencia para que designe un nuevo Fiscal que asuma las funciones para la Formulación de Acusación. Igualmente, se informará que debe dar aplicación al artículo 294 de la Ley 906 de 2004”* (f. 88 c. ppl.).

El 26 de agosto de 2008, el Fiscal Dieciocho Seccional presentó escrito de acusación, en el que también se hizo una relación sucinta de los elementos probatorios recaudados y se imputó al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar *“el delito de acceso carnal violento con menor de 14 años, previsto en el artículo 205 del c.p., que textualmente precisa ‘el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de 8 a 15 años’. conducta que se agrava por virtud de lo normado en el numeral 4º del artículo 211 del c.p. que reza ‘las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: 4. se realizare sobre persona menor de 12 años’”* (f. 89-92 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

La psicóloga de la Comisaría de Familia del municipio de El Paujil realizó una entrevista y valoración a la menor Margarita, en la que puso de presente que, además del acceso carnal violento, era probable que la niña tuviera un autismo leve o un retraso mental.

Quieres hablar de eso? No.

Te amenazaron para que no cuentes? Sí.,

Quién te amenazó? el cucho uno que vive por allá arribita, la persona que me hizo eso.

Cómo se llama la persona que abuso de ti? Fabio

Tu mamá sabía de esto? sí

Cuántas veces ocurrió lo sucedido. 10 veces

Cuándo pasó? no contesta

La paciente comenta que no quiere hablar, pero no da razones por las cuales no lo hace.

Cuando se le presta una muñeca a la paciente para que señale que fue lo que le pasó comenta que le acarició los senos, dice que le hizo groserías, abre las piernas de la muñeca y señala que la penetró por la vagina, y que la penetró analmente. Comenta que el victimario le pegó en el estómago y en las piernas.

Te cogió a las malas? Comenta que la cogió de las piernas

Tu dónde estabas? en la casa, que estabas haciendo? lavando ropa.

Te dio plata? No.

Te dio regalos? No.

Que pasó en ese momento? Cambié.

Cómo eras antes? Bien.

Al preguntar acerca de la relación con la madre, solo responde se llama Ninfa, cuando se le pregunta qué dice tu mamá de lo que te pasó? contesta se llama Ninfa.

Informe psicológico

Paciente con posible autismo leve, se evidencia en ella retraso mental, dificultad para comunicarse y expresar sentimientos, por lo que la entrevistada no facilita la obtención de información.

Se trata de una persona con dificultades en sus emociones, debido a que presenta labilidad emocional, síntomas depresivos, inseguridad y baja autoestima por el presunto abuso sexual al que fue sometida.

Es posible que su cociente intelectual sea inferior para un niño de su edad, es por esto que es importante que se le practiquen pruebas de inteligencia para descartar o confirmar el Retraso Mental.

Es importante que se remita a la paciente por Valoración Psiquiátrica y a Terapia ocupacional, con el fin de que la niña logre estabilizarse emocionalmente y así recuperarse de los episodios de maltrato y abuso sexual (f. 102-103 c. ppl.)

Un médico del Hospital local de El Paujil efectuó una valoración a la menor Margarita, en la que se estableció, además del retardo en el crecimiento y desarrollo psicomotor, la violencia y la manipulación sexual de que fue objeto.

Nombre: Margarita

Sexo: femenino edad: 12 años.

Fecha/ hora del incidente: 25/junio de 2008.

Fecha/hora del examen: 25 de junio 2008 a las 18+45 horas.

Relato de los hechos:

Paciente refiere que hace pocas horas un señor la llevó a la quebrada, la tocaba por todo el cuerpo, ingresó su órgano genital a vagina intimidándola.

Violencia física: si (x) no ()

Penetración: si (x) no ()

Pene si (x) no ()

Dedo si () no ()

Eyacuación si () no () no sabe (x)

Antecedentes de salud:
Patológicos: ninguno
Toxicoalérgico: ninguno
Fuma: ninguno
Alcohol: ninguno.
Ginecoobstétricos: menarquia niega

Examen físico:
Paciente consciente, orientada, tolerando medio ambiente, colaboradora, tranquila.
peso: 27 kg. talla: 1.20 cms. fc: 100 min. fr: 20 min. t°: 36°

(.....) genitales: genitales externos: normoconfigurados, con eritema perivulvar, sugestivo de movimiento por fricción.
Himen: desgarro hacia las 4. se observa desfloración.
Vagina: se evidencia flujo blanco escaso. Edema, erantii y ítema en labios menores con evidencia de sangrado
Ano: normotónico, no dilatable sin evidencia de lesión
Extremidades: eutróficas, con escoriaciones lineales en la cara interna del muslo de lado izquierdo y en la cara externa de muslo derecho con edema en los mismos
Neurológico: consciente, orientada en tiempo, lugar y espacio.

Exámenes solicitados:
Prueba de embarazo: no se solicitó.
Serología (vdrl): no
Frotis de flujo vaginal: bacilos gram positivos. no se observan espermatozoides en la muestra. eritrocitos presentes.

Conclusión:
1. himen perforado.
2. desfloración reciente

Nota: paciente con signos de violencia física y de manipulación genital y de sus glándulas mamarias. Cabe notar que para la edad la paciente hasta ahora se encuentra en 1º de primaria y tiene actitudes de niña de menor edad, sospecho retardo del crecimiento y desarrollo psicomotor. Anexo algunas imágenes (f. 104-106 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 30 de octubre de 2008, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, en la que la Fiscalía acusó “al procesado Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, por el delito del acceso carnal violento, artículo 205 del C.P., agravado según la circunstancia prevista en el numeral 4º del artículo 211 del C.P., se realizare sobre persona menor de catorce (14) años” (f. 132 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 1º de diciembre de 2008, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico llevó a cabo la audiencia preparatoria (f. 134-136 c. ppl.).

El 22 de mayo de 2009, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico absolvió al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar y libró la boleta de libertad correspondiente. Contra la decisión no se interpusieron recursos.

En esta audiencia, la Fiscalía pidió la preclusión de la investigación porque, pese a múltiples requerimientos y a la intervención de la Policía Judicial, no fue posible ubicar a la víctima y a sus padres, lo que le impidió soportar su teoría del caso. Esta solicitud fue avalada por el Ministerio Público.

El Juez consideró que la ausencia de testigos y de la víctima o la imposibilidad de recaudar pruebas no configura las causales previstas en el artículo 331 del C. de P.P., por lo tanto, no procede la preclusión, sino el retiro de la acusación por parte de la Fiscalía:

Se interrogó al imputado sobre los cargos por los que lo acusa la Fiscalía, a lo que el imputado manifiesta que se declara inocente.

Se le concede el uso de la palabra al Fiscal, quien manifiesta se relevó de presentar la teoría del caso y quien ha hecho una citación de las víctimas para la diligencia y por causas externas a su voluntad, y pese a varias citaciones hechas no se logró su ubicación y, por lo tanto, tampoco su comparecencia a la diligencia de la víctima Margarita ni de sus representantes Ninfa Castañeda y Rubián Arley Claros. Policía Judicial de El Paujil, mediante informes de Investigadores de campo, informó que no se pudo dar con la ubicación de estas personas.

Quien con fundamento en el artículo 331 del C.P.P. solicita preclusión de la investigación, por la causal 6ª del artículo 332 del C.P.P. (imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia) y la Sentencia C-920/2007, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba. Donde preciso la posibilidad de solicitar preclusión en la etapa de juzgamiento cuando se constate una circunstancia sobreviniente, que impide proseguir la acción penal, o cuando se verifique la inexistencia del hecho.

Teniendo como hechos sobrevinientes posterior a la presentación del escrito de acusación de la Fiscalía, la imposibilidad de contar con la víctima, como de los testigos.

El Ministerio Público manifestó no tener objeción a la solicitud hecha por la Fiscalía, debido a que no existen los elementos materiales probatorios y la evidencia física que permita inferir la culpabilidad.

La defensa avala la preclusión solicitada por la Fiscalía. La señora juez advierte que la cita jurisprudencial hecha por el Fiscal, refiere la posibilidad de declarar la preclusión en la etapa cuando se dan 2 de las causales establecidas por el legislador, como es la inexistencia del hecho, o imposibilidad de continuar con la acción penal.

La ausencia de los testigos y de la víctima; y la imposibilidad de recaudar las pruebas para soportar la acusación hecha por la Fiscalía no está incurrida en ninguna de estas dos causales, por lo tanto la preclusión no es la figura llamada a prosperar en este caso, aunque el efecto deseado sea el de acabar con la acción penal.

Solo se podrá emitir una sentencia condenatoria cuando el juez tenga conocimiento de los hechos más allá de cualquier duda razonable sobre la responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas recaudadas en el proceso.

Es juzgado no declara la preclusión solicitada porque no es la figura operante en esta ocasión, y acepta el retiro de la acusación de la Fiscalía en contra de Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, por la imposibilidad de traer a la diligencia las pruebas que iban a sustentar la teoría del caso (f. 172-173 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

La Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, con miras a profundizar en las dinámicas del abuso sexual infantil, respondió los interrogantes formulados en el auto de mejor proveer de 29 de junio de 2017, así:

1. ¿Qué factores propician el abuso sexual de menores?

En general, de acuerdo con el modelo de Finkelhor, existen precondiciones que se dan en el abuso sexual.

a. Factores o motivaciones del abusador sexual.

Se requiere de un hombre o mujer que tenga excitación sexual con niños. Es decir que experimente una congruencia emocional con el concepto de la excitación sexual en relación con los niños (Lyn y Giardino, 2015).

b. Falta de inhibición interna.

El individuo que comete el abuso sexual carece de estructuras psíquicas que le impiden cometer el abuso, tales como la conciencia moral o ética que le digan que el abuso sexual es una acción incorrecta e ilegal (Lyn y Giardino, 2015).

c. Falta de inhibición externa.

Se refiere a la inhibición que provee la supervisión y acompañamiento de personas adultas al niño, que no permite el acceso del abusador sexual. También a lo que la cultura y la ley permiten o castigan en el abuso sexual (Lyn y Giardino, 2015).

d. La resistencia del niño.

Los niños pueden oponer diferentes grados de resistencia, de acuerdo a sus propias características, como su asertividad, su autoestima, el cuidado que hayan recibido, el nivel de desarrollo alcanzado. Esto de ninguna manera significa que el niño tenga responsabilidad sobre el abuso sexual (Lyn y Giardino, 2015).

2. ¿Cómo valorar la veracidad de la declaración de los menores sobre el abuso sexual sufrido?

Se considera que la credibilidad del testimonio de los niños se relaciona, con que haga una narración libre, sin preguntas subjetivas o que puedan guiar el discurso del niño. La consistencia de la versión, la descripción de detalles idiosincráticos, la narración de percepciones de las características del abusador y del abuso mismo: el niño narra olores, sabores, colores, dolor sentido, distintas emociones relacionadas con el abuso y con el abusador. (Lyon & Ahern,2011).

Cabe resaltar que los detalles de un evento ocurrido son más sustanciosos que los de un evento que no ocurrió, de todas maneras hay que tener en cuenta la edad del niño que está reportando y los detalles que este debe dar de acuerdo con su desarrollo (Dale & Gould, 2014).

Así mismo, de acuerdo con Kenneth Lannet, lo más importante en la evaluación es el reconocimiento de la dinámica propia del abuso sexual y la descripción que la víctima hace del comportamiento del abusador.

3. ¿Disminuiría el grado de confiabilidad de la versión del menor, en caso de que el mismo afronte limitaciones físicas o mentales? ¿Esta última circunstancia afecta la vulnerabilidad del menor, de ser así, porque razón?

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

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

4. ¿Cuáles serían los elementos y circunstancias que dificultan o facilitan la prueba del abuso sexual de menores?

Se puede afirmar que las dificultades en la recolección de las pruebas tienen que ver sobre todo con la falta de entrenamiento y supervisión del personal de salud y de Medicina Legal, que no tienen el conocimiento suficiente y que no tienen los elementos para reconocer el maltrato ni para realizar las pruebas forenses, especialmente, en el área rural (Barrios, 2015).

En la mayoría de los casos, las pruebas del abuso sexual no están en el cuerpo del niño, ya que si se presenta algún signo, este se cicatriza en muy poco tiempo. Es importante resaltar que sí puede encontrar evidencia en la ropa de la víctima y en los sitios donde ha ocurrido el abuso sexual. Se requiere de más personal de investigación criminal (Finkel, 2015).

En los países donde hay más desarrollo del área de investigación criminal se busca la evidencia de las circunstancias de lugar y tiempo, para poder corroborar la palabra del niño y su versión del abuso sexual.

5. ¿Cuál es el margen de error de los exámenes físicos practicados a los menores para detectar violencia y/o abuso sexual?

Esto depende del nivel de entrenamiento del personal que realiza el examen. Debe conocer que los genitales de los niños a pesar de haber sido lesionados, cicatrizan rápidamente y a pesar de haberse dado la penetración, pueden no tener lesiones visibles al examen (Finkel, 2015).

6. La entrevista, el informe psicológico y el examen físico practicados a la menor comprometida ¿requieren apoyos complementarios especializados para entender demostrado la violencia y/o abuso sexual? ¿Cuál sería el aporte de la prueba testimonial en este caso?

La entrevista, el informe psicológico y el examen físico practicados no requieren más apoyos complementarios especializados, pues estos se consideran como la prueba testimonial en este caso.

7. En el caso de autos, ¿se observan patrones habituales de conducta indebida de la persona procesada?

Si se leen patrones habituales de conducta en la persona procesada a lo largo del expediente.

8. ¿Cuáles serían los elementos que se deben considerar para valorar las explicaciones exculpativas del sindicado?

Los elementos que se deben considerar para valorar las explicaciones exculpativas del sindicado son las negaciones que presenta por lo general un abusador sexual. Estas negaciones se presentan en diferentes grados dependiendo del nivel de defensa que este tenga. Estas negaciones hacen referencia a la negación del acto, negación de la responsabilidad, de intención sexual, negación de parte moral y de determinación (Poliocock & Hashmaii, 1991).

9. ¿Cuáles serían las recomendaciones para adelantar investigaciones que, como en el sub examine, involucran menores por abuso sexual?

Las recomendaciones serían:

- a. Mejorar los tiempos de recolección de las pruebas.*
- b. Mejorar el entrenamiento de todos los profesionales involucrados en el proceso.*
- c. Efectuar supervisión de los exámenes realizados en Medicina legal.*
- d. Efectuar supervisión de las entrevistas forenses realizadas en Medicina Legal, por el grupo de psicología y psiquiatría forense.*
- e. Prohibición de la utilización del pretendido Síndrome de Alienación Parental, que NO es reconocido por ninguna sociedad científica ni por la Clasificación Internacional de Enfermedades por la que se rige nuestro país.*
- f. Fortalecimiento de la investigación criminal en todos los casos de abuso sexual.*
- g. Entrenamiento a todos los funcionarios involucrados en el proceso, en el desarrollo psicosexual de los niños.*
- h. Dotación de Cámaras Gessel a todas las unidades de investigación y capacitar para su utilización.*
- i. Articulación funcional de los sistemas de salud, protección y justicia.*

j. Presentar un proyecto de Ley de inmunidad para quien reporta o evalúa los casos de abuso sexual.

10. ¿Qué medidas se deben adoptar, en el curso de la investigación, para conservar la versión del menor víctima, la familia y de los testigos? Debería tomarse la entrevista forense en Cámara Gessel y ser guardada con los criterios de la cadena de custodia usuales.

Debería darse apoyo psicológico inmediato a las víctimas de delitos sexuales.

Debería darse protección efectiva a las víctimas de delitos sexuales (Lippman.2015).

11. ¿Qué medidas terapéuticas y de protección se deben disponer, durante la investigación y posterior a ella, para propiciar la recuperación psicológica y física del menor víctima?

Los niños deben recibir ayuda terapéutica por personal calificado en trauma, ya que en este tipo de intervención se fundamenta en una gran medida la mejora de los pronósticos de estos niños en un futuro, además es de gran importancia que reciban protección policial por las posibles amenazas del abusador sexual (Lippmann,2015).

La Ley de Infancia determina en el artículo 46 que el Sector Salud debe entrenar a su personal en Maltrato Infantil.

"Capacitará su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en que el niño, niñas o adolescente sea víctima" (Código de Infancia y Adolescencia, Artículo 46, 2006).

Aunque esto ya hace parte del código de infancia y se establece como una norma, no se ha realizado de manera adecuada (f. 397-405 c. ppl.-negrita eliminada del texto).

En el proceso está acreditado que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar tenía comportamientos inapropiados con las niñas del sector donde residía, lo cual constituía una seria preocupación para la comunidad, al punto que cuando fue visto de la mano con la niña Margarita fue alertada, lo más pronto posible, su madre para que emprendiera la búsqueda de la menor de edad.

Asimismo, está probado que, el 25 de junio de 2008, la niña Margarita (i) según varios testigos presenciales, era jalada por el señor Guerrero Cuéllar hacia un rumbo desconocido y (ii) después 40 minutos de su búsqueda, fue encontrada por sus padres al frente de la casa, sentada en un andén, al lado del antes nombrado,

quien se notaba nervioso y pálido y no dio ninguna explicación de su presencia en el lugar.

Inmediatamente, la menor Margarita fue valorada, por profesionales en psicología y medicina, quienes establecieron el acceso carnal violento de que fue víctima. Además, encontraron que la niña tenía dificultades para comunicarse y expresar sus sentimientos, era retraída y estaba en un grado de escolarización inferior al rango promedio establecido para su edad –primero de primaria-, lo que, en su sentir, podría ser indicativo de un autismo leve, retraso mental o un retardo en el crecimiento y desarrollo psicomotor.

La niña Margarita señaló al señor “*Fabio*” como su agresor e hizo una descripción de los vejámenes a los que fue sometida, lo cual se acompasaba con las lesiones que presentaba su cuerpo.

Ahora bien, para entrar a analizar el problema jurídico resulta pertinente analizar los supuestos fácticos de relevancia, a efectos de determinar en el *sub lite* si es posible derivar responsabilidad del Estado y, concretamente, condenar a la Nación-Fiscalía General de la Nación a la indemnización de los perjuicios causados, con ocasión de la privación de la libertad que padeció el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar.

En el *sub judice*, en audiencia de 28 de junio de 2008, le fue impuesta una medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar por la entidad del delito atribuido, la vulnerabilidad de la víctima, el peligro que reviste para la comunidad, la prueba de referencia e indicios graves que comprometen su responsabilidad penal y la no procedencia de beneficios de sustitución o excarcelación.

El tema de la detención preventiva se regula en los artículos 2, 308, 309, 310, 311, 312 y 313 de la Ley 906 de 2004, disposiciones que señalan que el juez de control de garantías, previa petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida cuando (i) resulte necesaria para garantizar la comparecencia del procesado “o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”; (ii) “de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda

inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga” y (iii) se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

Y, satisfecho los anteriores requisitos, en los siguientes casos:

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

En el *sub judice* el delito atribuido de acceso carnal violento, previsto en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, tiene previsto una pena de prisión cuyo mínimo excede de cuatro (4) años –“El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años”- y una agravación punitiva, porque la conducta se realizó sobre persona “menor de catorce (14) años” y “en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial” –numerales 4º y 7º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000-.

La medida decretada fue necesaria para garantizar la comparecencia del señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar, proteger a la comunidad que se sentía amenazada por los comportamientos inapropiados del antes nombrado con las niñas que residían en el sector y salvaguardar la integridad de la menor víctima, quien tenía una condición especial que la hacía más vulnerable.

Ahora bien, la prueba de referencia –el señalamiento que efectuó la niña Margarita en la valoración psicológica-, los indicios graves –las declaraciones de testigos presenciales que daban cuenta que el procesado se llevó a la menor- y la materialidad del hecho –el acceso carnal violento- permitían inferir, razonablemente, que el imputado podría ser el autor de la conducta delictiva reprochada.

En este punto, es pertinente vislumbrar que la Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, en su concepto, destacó que los niños que afrontan limitaciones físicas o mentales (i) pueden efectuar relatos muy confiables y precisos, ya que se desempeñan “*tan bien o mejor en cuanto a la cantidad de detalles*”; (ii) tienen una mayor probabilidad de ser maltratados y (iii) están especialmente en riesgo.

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

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

También mostrar que la Corte Suprema de Justicia ha considerado idóneos y pertinentes los testimonios de menores víctimas de abuso sexual y señala que (i) es desacertado imponerles veda o tarifa probatoria en orden a restarles credibilidad, en cuanto no se deriva de la ley y estudios científicos han demostrado que cuando los niños han afrontado este tipo de vejámenes “*su dicho adquiere una especial confiabilidad*”. Lo último, “*por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria*”; (ii) no se pueden desechar en razón de divergencias con los exámenes físicos y (iii) desconocer de entrada el señalamiento de las víctimas de abuso sexual, así se trate de menores, contraviene el derecho de acceso a la justicia, amén de que deja de lado el artículo 44 de la Carta Política y la convención internacional sobre los derechos del niño.

También se hace necesario considerar el impacto del ilícito sobre las víctimas, en particular los menores de edad, como quiera que estudios sobre el tema revelan que, salvo circunstancias particulares, las víctimas de abuso sexual están en condiciones de revelar los hechos con bastante precisión. Sobre el particular, sostuvo la Corte:

En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores (.....).

La primera premisa que conduce a esa conclusión tiene que ver con que la ley penal no impone restricción en ese sentido. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 -que rige este asunto- (artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad. De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la psicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales³³.

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

³³ “La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales”, tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004.

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información.

Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que “un perro volaba” sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva...”³⁴.

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente

Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición –por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica³⁵.

Save the Children condensó una serie de mitos y falsas creencias relacionados con la violencia sobre la infancia y que influyen negativamente en las decisiones judiciales³⁶, entre ellos, que los niños, niñas y adolescentes mienten o son poco creíbles:

Falsa creencia	Realidad
<i>Los niños y las niñas mienten o inventan historias de haber sufrido violencia sexual para llamar la atención o por ser influenciados por otras personas.</i>	<i>Siempre hay que creer al niño o niña o concederle el beneficio de la duda. Raramente los niños inventan historias de abuso sexual. Los casos de fabricación de violencia sexual por parte de los niños y las niñas son muy escasos. Casi todos los casos de violencia sexual son verdaderos.</i>

Este mismo ejercicio lo desarrolló Unicef Uruguay³⁷, así:

³⁴ “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

³⁵ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2006, M.P. Mariana Pulido de Barón.

³⁶ Save the Children (2012). *Más allá de los golpes: ¿Por qué es necesaria una Ley? Informe sobre la violencia contra los niños y las niñas.*

³⁷ Baita, S. y Moreno, P. (2015). *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia.* Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación y Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.

Falsa creencia	Realidad
<i>Los niños son poco creíbles o mienten.</i>	<i>Como asegura Baita “se encuentran a diario falsas creencias acerca de que los niños son fantasiosos, mienten, no pueden recordar con exactitud lo sucedido y son fácilmente influenciables”. Lo cual, progresivamente se ha logrado desvirtuar.</i>

Para la Sala es claro que, en el *sub judice*, la medida de detención preventiva fue necesaria, razonable y proporcional, en atención al señalamiento que efectuó la menor Margarita, a la especial confiabilidad de su relato, el cual se acompasaba con las lesiones físicas que afrontaba y con los indicios graves que se tenían en la investigación y a la importancia de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso y proteger a la comunidad de su actuar inapropiado, en especial, a la víctima que tenía una condición que la hacía más vulnerable. Situación que descarta una falla del servicio.

En este punto, es pertinente evidenciar que las causales de sustitución de la detención preventiva no se acreditaron en el *sub exámine* –artículo 314 de la Ley 906 de 2004- y que, en todo caso, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispuso que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes (i) si hay lugar a preferir medida de aseguramiento, “*esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión*”; (ii) “*no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia*” y (iii) “*no procederá la extinción de la acción penal*”.

Finalmente, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Rico, el 22 de mayo de 2009, absolvió al señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar y libró la boleta de libertad correspondiente, porque la Fiscalía, pese a las pruebas obrantes en el plenario, no podía elaborar la teoría del caso, en la medida en que no fue posible ubicar a la niña víctima y a su familia en el municipio de El Paujil. Situación que, en criterio del Juez, imponía el retiro de la acusación y la absolución del procesado.

Para la Sala, la presunción de inocencia que se mantuvo incólume en el fallo absolutorio no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso, además de verificar si la decisión que privó de la libertad al

señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar se apartó o no de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, también se encuentra en el deber de considerar la conducta desplegada por la víctima, desde la perspectiva de los deberes generales de convivencia. Análisis ajeno a la responsabilidad penal, en cuanto se trata de establecer, en el marco de los hechos y de las pruebas consideradas en el proceso penal, si se está ante una conducta gravemente culposa o dolosa.

Y es que en este caso, como ya se analizó, la medida de aseguramiento impuesta al aquí demandante fue razonable, proporcional y necesaria, si se tiene en cuenta: (i) la entidad del hecho por el cual fue vinculado al proceso; (ii) las pruebas recaudadas en el mismo, las cuales ofrecían serios indicios de su responsabilidad y (iii) la valoración sobre el riesgo que podría representar para la comunidad y, en especial, para la víctima que tenía una condición especial que la hacía más vulnerable.

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

Si bien es cierto, conforme consta en la providencia de 22 de mayo de 2009 que el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar fue absuelto y sobre su inocencia nada debe agregarse, si se considera que así lo resolvió su juez natural, también lo es que su comportamiento inapropiado con las niñas del barrio donde residía y el hecho de llevarse a la niña Margarita de su casa, sin la autorización de sus padres, con un rumbo desconocido debe censurarse.

Bajo ese entendido es claro que la medida de aseguramiento fue ajustada a derecho y el señor Víctor Fabio Guerrero Cuéllar estaba en el deber de soportarla. En virtud de lo cual, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

6. Protección del derecho a la intimidad familiar de los menores de edad y de la presunción de inocencia

En este punto, la Sala pone de presente las previsiones constitucionales, convencionales y legales sobre la protección de la intimidad familiar y de los menores, al igual que la presunción de inocencia³⁸, razón por la cual dispone que las copias que se expidan de esta decisión no permitan identificar a las personas involucradas, como se dispondrá en la parte resolutive.

7. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia, en el trámite del proceso, actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que proceda la condena.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. REVOCAR** la decisión recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del Caquetá-Sección Única de Descongestión el 22 de mayo de 2014, para, en su lugar, **DENEGAR** las pretensiones de la demanda.
- 2. DISPONER** que la difusión de esta providencia no permita la identificación de los involucrados. De suerte que las copias omitirán los nombres, apellidos y lugares, para salvaguardar la intimidad de las menores involucradas y de su familia, amén de la presunción de inocencia del denunciado.
- 3. SIN CONDENA** en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

³⁸ Artículos 15 y 42 de la C.P., 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 47.8 y 193.7 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-.

MARÍA ADRIANA MARÍN

Magistrada (E)

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Magistrada (E)