

**SENTENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir / SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - No configurada / FALLA EN EL SERVICIO - No configurada**

El [actor] fue procesado por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, sujeto de una detención preventiva de 7 meses y 14 días y absuelto, el 14 de diciembre de 2004, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. (...) Para la Sala es claro que, en el *sub judice*, la medida de detención preventiva fue razonable y proporcional, en atención a la especial confiabilidad del relato de la adolescente (...) y obedeció a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, proteger a la menor y su hijo gestante e impedir la continuación del actuar reprochado. Situación que descarta una falla del servicio. (...) 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 [actor] 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. Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen en suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes. Esto es así porque responden a la explicación más razonable de lo probado. Lo anterior, porque si bien, conforme consta en la providencia de 14 de diciembre de 2004, [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 cercanía y trato inapropiado con la adolescente Margarita, alumna suya de la tuna, 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 confirmar la sentencia de primera instancia.

**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 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

**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: 25000-23-26-000-2005-02676-01(42004)**

**Actor: ALBER ARISTIDES YEPES GUTIÉRREZ Y OTRA**

**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 adolescente cuya identidad se protege será llamada Margarita.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 30 de junio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección "A", mediante la cual se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial y denegaron las pretensiones.

## **I. SÍNTESIS DE LOS HECHOS**

El señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez fue procesado por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, sujeto de una detención preventiva de 7 meses y 14 días y absuelto, el 14 de diciembre de 2004, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

## **II. ANTECEDENTES**

### **1. Lo que se demanda**

Mediante escrito presentado el 24 de noviembre de 2005, ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 2-11 c. ppl.), los señores Alber Aristides Yepes Gutiérrez y Dora Yohana Buitrago Celis, a través de apoderado judicial (f. 1 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:

*Primera: Que la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación es administrativa y patrimonialmente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales que han sufrido y seguirán padeciendo en el futuro el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez y la señora Dora Yohana Buitrago Celis, causados por la privación injusta de la libertad del primer demandante, por cuenta de la Fiscalía General de la Nación-Unidad de Fiscalías-Seccional de Facatativá Cundinamarca y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá Cundinamarca, a partir del 02 de mayo y hasta el 16 de diciembre del año 2004, en la Cárcel Distrital de Facatativá Cundinamarca.*

*Segunda: Que la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación es responsable a pagar a favor de los demandantes señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez y la señora Dora Yohana Buitrago Celis los perjuicios materiales que les ocasionó y que les ha de seguir reportando en el futuro, causados por la privación injusta de la libertad del primer demandante, por cuenta de la Fiscalía General de la Nación-Unidad de Fiscalías Seccional de Facatativá Cundinamarca, a partir del 02 de mayo y hasta el 16 de diciembre de 2004, en la Cárcel Distrital de Facatativá Cundinamarca, en la suma que se demuestre a través de este proceso, dividiendo la indemnización en histórica o consolidada y futura, actualizándola desde la fecha de su causación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme al índice de precios al consumidor debidamente certificado por el departamento administrativo nacional de estadística "Dane" y en aplicación al art. 178 del C.C.A.*

*Tercera: Que igualmente la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación es responsable a pagar a los demandantes señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez y la señora Dora Yohana Buitrago Celis, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente al valor en moneda legal de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, para cada uno, vigentes al momento de ejecutoria de la sentencia.*

*Cuarta: Que la demandada es responsable de las costas del proceso (f. 2-3 c. ppl.-negrita y mayúscula sostenida eliminadas del texto).*

La parte demandante manifestó que *"la Resolución del 06 de mayo de año de 2004, en cuanto resolvió la situación jurídica del sindicado Alber Aristides Yepes Gutiérrez, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, como posible autor responsable de la conducta punible de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravada, de la que presuntamente había sido víctima la señorita Margarita, materializada en providencia contraria a la ley y por ende su privación injusta de la libertad, les causó a los demandantes inmenso dolor, angustia y desesperación por tan lamentable medida y, en consecuencia, les ocasionó daños y perjuicios materiales y morales que la demandada está obligada a indemnizar conforme al Art. 90 de la Constitución Política"* (f. 5-6 c. ppl.-negrita y mayúscula sostenida eliminadas del texto).

Afirmó que la detención preventiva se traduce *"en una falla de la administración de justicia, a través del error jurisdiccional y materializada en la privación injusta*

*de la libertad del señor Yepes Gutiérrez*” (f. 6 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

## **1. Trámite de primera instancia**

El 16 de marzo de 2006, la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección “A”, providencia que se notificó en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (f. 14-14vto c. ppl.).

El 22 de noviembre de 2006, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Facatativá avocó el conocimiento del proceso de la referencia (f. 18 c. ppl.).

El 6 de febrero y 12 de junio de 2009, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de Facatativá remitió, por competencia, el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 83-83vto, 94-96 c. ppl.).

El 30 de julio de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección “A” declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto de 22 de noviembre de 2006 (f. 101-105 c. ppl.).

El 29 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección “A” ordenó oficiar al Juzgado Único Administrativo del Circuito de Facatativá para que remitiera los gastos procesales que le fueron consignados (f. 111 c. ppl.).

El 24 de junio de 2010, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección “A” ordenó la práctica de pruebas (f. 133-133vto c. ppl.).

El 24 de febrero de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección “A” corrió traslado a las partes y al señor agente del Ministerio Público por el término común de diez (10) días para que presentaran sus alegatos de conclusión (f. 143 c. ppl.).

## **2. Intervención pasiva**

La Rama Judicial advirtió que la Fiscalía General de la Nación cuenta con la capacidad suficiente para acudir de manera autónoma e independiente en los

diferentes asuntos litigiosos que la comprometan, sin el acompañamiento del Consejo Superior de la Judicatura.

Consideró que *“el accionante carece de causa para demandar, pues si bien fue absuelto en primera instancia, esta decisión no legitima a reclamar algún tipo de indemnización patrimonial, en consecuencia, no se le ha causado ningún tipo de daño antijurídico”* (f. 126 c. ppl.).

Agregó que, en el *sub iudice*, no hay responsabilidad que pueda endilgársele, por cuanto actuó con fundamento en las pruebas allegadas por la Fiscalía General de la Nación, como ente acusador (f. 126 c. ppl.).

La Fiscalía General de la Nación no efectuó ningún pronunciamiento.

### **3. Alegatos de conclusión**

La parte actora reiteró que *“la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, contenida en la Resolución del 06 de Mayo de 2004 y la Resolución de Acusación del 20 de Agosto de 2004, proferidas por la Fiscalía General de la Nación-Unidad Seccional de Facatativá Cundinamarca-Fiscalía Primera Delegada, en cuanto al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez permaneció privado injustamente de su libertad personal en la Cárcel Distrital de Facatativá Cundinamarca desde el 07 de mayo al 16 de diciembre de 2004, se constituyó en una vía de hecho de la demanda, quebrantó la garantía de la presunción de inocencia prevista en el artículo 29 de la Constitución Política y radicada en cabeza del demandante principal, evidenciada en los hechos de la demanda, el daño antijurídico imputable al Estado y su relación de causalidad material entre el primero y el segundo, puntualiza su responsabilidad objetiva conforme al material probatorio que se arrió al proceso, surgiendo en favor de los demandantes la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., en busca del resarcimiento de los daños y perjuicios materiales y morales que el Estado está obligado a indemnizar”* (f. 147 c. ppl.-negrita y mayúscula sostenida eliminadas del texto).

La Fiscalía General de la Nación precisó que, en el *sub exámine*, *“estaban dados los presupuestos mínimos y necesarios para vincular al demandante a la investigación, proferir la medida de aseguramiento en su contra, enjuiciarlo*

*(acusar), pero por la falta de certeza daba lugar a la aplicación del in dubio pro reo, no porque al hoy actor Yepes Gutiérrez se le hubiere concluido su no participación y no responsabilidad, sino por la duda sobre tales conductas” (f. 151 c. ppl.).*

*Insistió en que “la privación de la libertad de Alber Aristides Yepes por el tiempo que se señala, tuvo fundamento en pruebas valoradas bajo las reglas de la sana crítica y pese a que finalmente se absolvió en su favor, esta decisión por sí misma no desvirtúa o deslegitima la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fue impuesta en su momento por la Fiscalía de conocimiento, ya que los presupuestos para imponer una medida de esta naturaleza son distintos de los que se requiere para absolver” (f. 159 c. ppl.).*

Puntualizó que la medida de detención que se controvierte fue ajustada a la Constitución y la ley y, por lo mismo, fue justa y necesaria.

La Rama Judicial reitera que no está legitimada en la causa por pasiva y que la Fiscalía General de la Nación goza de autonomía administrativa y presupuestal.

#### **4. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección “A”, mediante sentencia de 30 de junio de 2011, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Rama Judicial y denegó las pretensiones de la demanda.

*Puntualizó que “el presunto daño alegado, la privación injusta de la libertad, no fue impuesta o decidida por un juez o magistrado de la República, sino por la autoridad instructora del sumario. Adicionalmente, en la demanda no se hacen referencias concretas sobre el actuar específico generador de responsabilidad de la Rama Judicial en el trámite del proceso penal seguido contra el demandante. En consecuencia, la Sala declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la Rama Judicial” (f. 180 c. ppl.).*

Consideró que *“en una sana apreciación de las decisiones judiciales es posible inferir que la conducta desplegada por el actor, pese a que no desembocó en una condena penal en su contra por falta de certeza de la tipicidad y ocurrencia de la*

*conducta, con relación a la situación de incapacidad de la víctima, aspecto que no se contradice ni es objeto de examen, constituyó una actuación inadecuada en la medida en que una persona adulta tuvo una relación sentimental y sexual con una menor de edad, por fuera del matrimonio, en varias ocasiones, dejando en estado de embarazo a la menor. Además, por cuanto fue una conducta oculta a la sociedad, a los padres de la menor y a su propia esposa, que ahora demanda como afectada, condiciones que denotan la intención manifiesta del actor de velar una situación que consideraba irregular, tanto así, que en el procedimiento penal fue inconsistente en reconocer el nexo sentimental y sexual con la menor” (f. 185vto c. ppl.).*

*Aseveró que “el comportamiento del actor en la relación que tuvo con la víctima que desencadenó, como indicio, en el trámite penal seguido en su contra, pese a su intrascendencia en el campo penal, conlleva consecuencias jurídicas en el campo del reclamo de la responsabilidad por actuaciones de la administración de justicia y configura un rompimiento del nexo causal que se busca como elemento que cierra el círculo de la demostración de la responsabilidad del Estado” (f. 185vto c. ppl.).*

*Concluyó que el señor Yepes Gutiérrez contribuyó en su vinculación a la investigación, pues “se comportó inadecuadamente en el trato con una menor de edad y fue inconsistente en sus declaraciones en el proceso penal, comportamiento que rompe el nexo causal de la responsabilidad examinada, a través de la figura de exoneración de culpa exclusiva de la víctima” (f. 186 c. ppl.).*

## **5. Recurso de apelación**

*La parte demandante consideró que el a quo efectuó una errónea valoración de la prueba, por cuanto del proceso penal emergió “la duda razonable y, a partir de ahí, la inexistencia del hecho punible imputado al demandante principal; medio mediante el cual quebrantó flagrantemente lo previsto en el Artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto desconoce abiertamente los únicos parámetros exigidos en la norma superior que configuran la responsabilidad objetiva, por cuanto están presentes los elementos mínimos que deben probar los demandantes en lo esencial, los cuales son: (i) la existencia del daño; (ii) el daño es imputable al estado por haberlo causado sus agentes y (iii) el daño es antijurídico” (f. 186 c. ppl.).*



## **6. Trámite de segunda instancia**

El 14 de octubre de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (fl. 199 c. ppl), el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección "A" en proveído de 25 de agosto de 2011 (fl. 195 c. ppl.).

El 6 de diciembre de 2011, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 201 c. ppl.).

El 3 de agosto de 2017, se ofició al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá para que remitiera, en calidad de préstamo, el proceso penal adelantado contra el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez (fl. 232 c. ppl.).

El 8 de febrero de 2018, se puso en conocimiento de las partes el expediente radicado con el No. 2004-0180, allegado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá (fl. 240 c. ppl.).

## **7. Alegaciones finales**

La Fiscalía General de la Nación manifestó que la medida de aseguramiento impuesta por la entidad gozaba de suficiente respaldo probatorio, era razonada y ajustada a derecho. *"De donde se desprende que el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez dio lugar a ella con su poco diligente y no ajustada a lo que se espera de una persona cuidadosa y precavida en el actuar"* (fl. 205 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

La parte actora reiteró que el *a quo* invadió la valoración de la prueba para negar las pretensiones de la demanda.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección "A", el 30 de junio de 2011, 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 proceso<sup>1</sup>.

## **2. 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 sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo primero que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> 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".

<sup>2</sup> 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).

En el *sub exámine* debido a que la sentencia que absolvió al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez quedó ejecutoriada el 14 de enero de 2005 (f. 113 c. pbas.), es claro que la demanda de reparación directa presentada por los actores, el 24 de noviembre de 2005 (f. 11 c. ppl.), 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.

### **3. Legitimación**

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, está acreditado por el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez que estuvo privado de la libertad por espacio de 7 meses y 14 días (fl. 117 c. proceso penal.), 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 la señora Dora Yohana Buitrago Celis, en calidad de cónyuge (f. 1 c. pbas.), de donde se infiere que tiene un interés para solicitar la indemnización por los perjuicios causados y, por tanto, se concluye que esta demandante cuenta con legitimación en la causa por activa.

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 de la Nación 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 de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección "A" declaró la falta de legitimación por pasiva de la Rama Judicial y que esta decisión no fue motivo de impugnación.

### **4. Valoración probatoria y análisis del caso concreto: culpa exclusiva de la víctima. Ley aplicable al caso (600 de 2000)**

#### **4.1. 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 sindicato 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<sup>3</sup>.

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 resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado<sup>4</sup>.

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

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

de forma razonada los fundamentos de la decisión. La Sala señaló en la mencionada sentencia<sup>5</sup>:

*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 Civil<sup>6</sup>, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.*

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

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

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

*El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de*

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> “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”.

*acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello*<sup>7</sup>.

Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 072/18<sup>8</sup>, 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 determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad<sup>9</sup>.

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 Política<sup>10</sup>.

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

---

<sup>7</sup> 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 adecúa al caso concreto.*

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

<sup>9</sup> Ibidem. Acápites 117 y 118.

<sup>10</sup> Ibidem, Acápites 119 y 120.

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 1996<sup>11</sup>.

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 víctima<sup>12</sup>.

Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado social de derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución Política, entre otros, bajo el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser entendidos sino tienen como punto de partida la libertad<sup>13</sup>.

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 principio<sup>1415</sup>.

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

---

<sup>11</sup> Ibidem, Acápites 121.

<sup>12</sup> Ibidem, Acápites 124

<sup>13</sup> Ibidem, Acápites 67 a 69.

<sup>14</sup> Ibidem. Acápites 69 y 70.

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

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 necesarias<sup>16</sup>.

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 ellas<sup>17</sup>.

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 constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política<sup>18</sup>.

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

Para la Corte Constitucional un régimen de tal naturaleza, pasa por alto que la falla del servicio es título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales “*esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación*”<sup>19</sup><sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Ibidem. Acápito 70. Sentencia C-106 de 1994.

<sup>17</sup> Ibidem. Acápito 71. Sentencia C-106 de 1994.

<sup>18</sup> Ibidem. Acápito 101.

<sup>19</sup> 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;



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”*<sup>21</sup>. 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 exequible*<sup>22</sup>.

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales<sup>23</sup>, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo el grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado<sup>24</sup>.

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

---

*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.*

<sup>20</sup> Ibidem. Acápito 102.

<sup>21</sup> Ibidem. Acápito 102.

<sup>22</sup> Ibidem. Acápito 102.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Ibidem. Acápito 103.

aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”<sup>2526</sup>.

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 particulares<sup>27</sup>.*

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

*De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse<sup>28</sup>.*

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

---

<sup>25</sup> Ibidem. Acápito 104.

<sup>26</sup> 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...

<sup>27</sup> Ibidem. Acápito 104.

<sup>28</sup> Ibidem. Acápito 104.

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 tal<sup>29</sup>.

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 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 oral<sup>30</sup>.

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 subjetivo<sup>31</sup>.

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

---

<sup>29</sup> Ibidem. Acápito 105.

<sup>30</sup> Ibidem. Acápito 106.

<sup>31</sup> Ibidem. Acápito 106.

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.

#### **4.2. 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 objeto el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez, en el marco de la investigación penal por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, que culminó con sentencia absolutoria.

#### **4.3. Cuestión previa**

En este punto, es pertinente evidenciar que el proceso penal adelantado en contra del señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez fue allegado al plenario, por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá, en calidad de préstamo (f. 238 c. ppl.) y puesto en conocimiento de las partes, mediante proveído de 8 de febrero de 2018 (f. 240 c. ppl.).

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”*<sup>32</sup>

#### **4.4. El daño**

---

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

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 Alber Aristides Yepes Gutiérrez 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 en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario.

En el *sub judice* está acreditado que el señor Yepes Gutiérrez estuvo privado de la libertad en el interregno comprendido entre el 2 de mayo y el 16 de diciembre de 2004, tal como lo certifica, el 27 de enero de 2005, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá:

*A este estrado judicial le correspondió conocer del proceso con radicación No. 2004-0108, seguido en contra del señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez (.....), por el delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, el que por sentencia del 14 de diciembre de 2004, fue absuelto de los cargos formulados por la Unidad Seccional de Fiscalía de Facatativá, Cundinamarca, proceso por el cual estuvo privado de la libertad desde el dos (2) de mayo de 2004, en cumplimiento a la orden de captura no. 0368914, librada por esa Fiscalía, hasta el 16 de diciembre de 2004, fecha en la cual firmó la diligencia de compromiso y se libró la boleta de libertad ante el Director del establecimiento carcelario de Facatativá, en cumplimiento al fallo del 14 de diciembre de 2004, en que fue absuelto de los cargos formulados (f. 117 c. proceso penal- texto original en mayúsculas).*

En este punto, es importante vislumbrar que la prueba testimonial recepcionada por el *a quo* da cuenta de la afectación moral, psicológica, laboral y económica que afrontó el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez con ocasión de la privación de su libertad, situación que repercutió necesariamente en el bienestar de su esposa, quien, para ese entonces, se encontraba en estado de embarazo y afrontó múltiples complicaciones (f. 84-88 c. pbas.).

Se conoce también que la demandante Dora Yohana Buitrago Celis, resultó igualmente afectada, 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 esposo.

#### 4.5. Imputación

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

El 27 de octubre de 2003, la señora María Elena Cruz Torres denunció al señor Alber Yepes Gutiérrez por haber abusado sexualmente de su hija Margarita, de 16 años de edad. Explicó que la menor acudió a la residencia del antes nombrado en busca de su esposa para hacer un trabajo de la tuna y que éste la hizo seguir y le ofreció un jugo de maracuyá, el cual le produjo mareo instantáneo y la sumió en un estado que le impidió resistir el acceso carnal de que fue objeto. Afirmó que de ese hecho su hija quedó embarazada (f. 1 c. proceso penal).

El 4 de noviembre de 2003, el Fiscal Seccional 001 de Facatativá profirió resolución de apertura de investigación preliminar (f. 7 c. proceso penal).

El 12 de abril de 2004, el Fiscal Seccional 001 de Facatativá profirió resolución de apertura de instrucción y vinculó, mediante diligencia de indagatoria, al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez, quien desmintió cualquier relación o vínculo con la menor Margarita<sup>33</sup> (f. 27 c. proceso penal).

El 3 de mayo de 2004, el Fiscal Seccional 001 de Facatativá profirió medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, contra el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez como presunto autor del delito de acceso carnal en

---

<sup>33</sup> Respecto a la posición jurisprudencial sobre el valor probatorio que se le da a la indagatoria ver sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pérdida de investidura (PI) con radicación n.º 11001-03-15-000-2011-00125-00, demandado: Néstor Iván Moreno Rojas, consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren // (PI) 110010315000201200900-00/2012-00899 y 2012-00960 (acumulados) demandado: Eduardo Carlos Merlano Morales consejera ponente Stella Conto Díaz Del Castillo // Sentencias de reparación directa n.º 20001233100020030046401 (36058), actor: Loreto Carreño y Otros contra Departamento del Cesar // n.º 190001233100020080034601 (39284) actor: Alexander Fernández Cano contra Nación–Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial // n.º 15001233100020050070501 (40542), actor: Alfonso Roberto Mora Riaño y Otros contra Nación - Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial // n.º 250002326000200300760 02 (38.331) actor: Lesbia de Jesús Pérez Cárdenas contra la Nación- Fiscalía General de la Nación, consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo // sentencia con radicación n.º 660012331000200800074 (36170), Actor Alejandro Londoño Hoyos contra Nació- Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación. consejero ponente Danilo Rojas Betancourth.

persona puesta en incapacidad de resistir agravado. Lo anterior, porque el señalamiento de la adolescente Margarita es claro y contundente, no denota ánimo de perjudicar al sindicato o afectar la investigación y se acompasa con otras declaraciones y su embarazo.

En la decisión se vislumbró que (i) se cumplen los presupuestos de procedencia de la medida de aseguramiento, contenidos en los artículos 355, 356 y 357 del C. de P.P. –Ley 600 de 2000-; (ii) el delito imputado tiene una circunstancia de agravación punitiva contemplada en el numeral 6º del artículo 211 del C.P. –Ley 599 de 2000-, por cuanto se produjo un embarazo; (iii) el sindicato no es beneficiario de la detención domiciliaria, ni de la libertad provisional, por no reunir los requisitos exigidos para ello y por expresa prohibición legal.

*En su indagatoria, el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez, niega enfáticamente los cargos que se le hacen en la denuncia, por María Elena Cruz, como por lo relatado por la señorita Margarita. Acepta que ella, en varias ocasiones fue a su casa, en razón que integraba la tuna de su cuñado y él era profesor, que para el día que la ofendida dice que estuvo, él no estaba solo, sino con Mauricio Moreno y Edisson Ruíz, igualmente su esposa, trabaja, y que tuvo un problema con la mamá de Margarita, porque había dicho que yo la había violado y por eso la denunció en la Inspección, que Margarita le mandaba notas, papelitos y cartas que estaba enamorada de él, es decir, lo seguía pero nunca tuvo nada con ella, y por eso disgustó con su esposa, ella rompió las cartas por celos, que no ha hablado con la ofendida, ni le colocó citas de ninguna naturaleza y menos de abortar.*

*Entre otras pruebas, que llevan a señalar, para este momento, que el sindicato tuvo que ver en los hechos dados a conocer por la madre de la ofendida.*

*La conducta denunciada es reprochable y le acompañan elementos normativos, que requieren especial valoración por parte del funcionario, para predicar que en verdad el sindicato con su proceder trasgredió una norma penal de esta categoría.*

*En el caso de estudio contamos con la denuncia, ampliación por parte de la madre, de la señorita Margarita, quien pone en conocimiento los hechos de los cuales le comento su propia hija y su compañero, sin dudar en acudir a la justicia y poner en conocimiento tal situación por parte del profesor de la Tuna, Alber. Lo cual está respaldado por el relato de la señorita Murcia Cruz, quien señaló le forma como, en una oportunidad, ésta fue a la casa hacer un trabajo con la esposa de Alber, la cual no se encontraba y le mando a seguir mientras llegaba ella, le ofreció un jugo de maracuyá y luego de transcurridos unos minutos se sintió mal y procedió abusar de ella, no recuerda nada más, solamente la imagen que Alber, la subió de la mano al segundo piso, la llevó a la cama y lo veía encima de ella, luego llegó a la casa y con sangre en sus interiores y dolor bajo, comentando a su señora madre del dolor y ella le manifestó que era usual por el periodo, posteriormente, le contó a su amiga del retraso y del estado de embarazo y fue cuando le manifestó a su mamá de lo sucedido.*

*Igualmente fuera de ello, contamos con el registro civil de nacimiento del menor.*

*Lógicamente, lo dicho por el sindicato no tiene ningún fundamento, en razón que la misma ofendida relata en su vocabulario las circunstancias de tiempo, modo y lugar como Alber Yepes fue la persona que le ofreció el jugo y luego recuerda a*

*éste encima de ella y, posteriormente, llega a su casa manchado y con dolor bajo, también lo manifestado por ésta de que él le daba unas pastas para que abortara y colocado una cita para llevarla a una clínica y le hicieran el aborto.*

*No se observa en su relato cualquier ánimo de perjudicar al sindicado o afectar la investigación, simple y llanamente, le dijo al despacho lo que ella sufrió, sintió en carne propia, cuando se encontraba en la casa y se aprovechó Alber para satisfacer su apetito sexual, en un débil cuerpo que había puesto en incapacidad, para que ésta ni siquiera se diera cuenta de lo que sucedía a su alrededor, sin imaginarse que éste la fuera a perjudicar su moral y su integridad. Igualmente sucede con la mamá de la ofendida, simplemente le dicen al despacho lo que les consta.*

*(.....) Lo planteado por la defensa en su escrito, igualmente, no tiene respaldo, señalar que se cuenta con versiones antagónicas y totalmente excluyentes, que decir que no ha tenido relaciones sexuales (...), que creerle éste y la prueba ADN, la única que permite determinar la veracidad o mendacidad de las aseveraciones hechas por la menor, por lo que no existen dos indicios que exige la norma para la imposición de la medida. Que existe contradicción en lo señalado por la ofendida y que lo señalado por él es claro y diáfano, que ese día estaba con Edison Rué y Mauricio, que lo único que existe es la declaración de la ofendida. Planteamientos respetables más no los compartidos. Porque contrario a lo que señala la defensa, existe el testimonio directo de la ofendida, el cual es claro. Contundente, señalando a Alber Yepes como la persona que realizó tal conducta.*

*Por las anteriores razones, se observa que existe contra el sindicado prueba directa de que fue él y no otra persona la que realizó el acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, con MARGARITA, y no como lo quiere hacer ver el sindicado y la misma defensa, por el momento es todo lo contrario.*

*Así las cosas y fundamentada esta Fiscalía, se observa que se reúnen los requisitos exigidos en los artículos 355, 356 y 357 del C. de P.P. para proferir medida de aseguramiento contra el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez, de conformidad con lo previsto en la norma, será detención preventiva, como presunto autor a título de dolo, del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravado por el numeral 6 del artículo 211 del C.P., que fuera objeto Margarita.*

*Teniendo en cuenta la conducta por la que procede en la presente y siguiendo los parámetros de nuestra legislación procedimental penal, tenemos que Alber Aristides Yepes Gutiérrez no se hace merecedor a la libertad provisional, por expresa prohibición legal y por no reunir los requisitos exigidos para ello.*

*Como tampoco la detención domiciliaria, por no darse los elementos para ello, la misma calidad de la conducta investigada, como la personalidad, los factores objetivos y subjetivos del artículo 38 del C.P., no se procede a favor de Alber Yepes Gutiérrez sustituir la detención preventiva, por la domiciliaria, en consecuencia, seguirá privado de su libertad en el establecimiento carcelario. Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá a la expedición de la respectiva boleta de detención ante el Director de la Cárcel del Circuito de Facatativá a nombre del hoy sindicado (f. 59-61 c. proceso penal-mayúscula sostenida eliminada del texto).*

El 6 de mayo de 2004, se libró boleta de encarcelación 037 al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez (f. 65 c. proceso penal).



El 7 de junio de 2004, la señora Dora Yohana Bautista Celis declaró que entre su esposo y la menor Margarita existía una relación muy cercana, caracterizada por múltiples manifestaciones de afecto y confianza que la hacían sospechar, máxime cuando ya se hacían comentarios por parte de los miembros de la tuna a la que pertenecían. Señaló que (i) previno y aconsejó a la adolescente y que el embarazo de ella no la sorprendió, por lo que había observado y se rumoreaba y (ii) después de que su cónyuge fue detenido, éste le confesó que sostenía una relación amorosa con la menor, la cual desencadenó en varios encuentros sexuales consentidos y subrepticios.

*Como ocho días después de que lo llevaron a la cárcel, me contó que llevaban una relación amorosa, donde varias veces habían estado juntos, y que por el miedo a perder nuestro hogar y nuestro bebe no había dicho nada, fue lo único que me comentó por respeto hacia mí sin ningún detalle (f. 82-84 c. proceso penal).*

*Contestó: Del hecho de ese día no, pero sé lo que con anterioridad venía pasando entre ellos, nosotros pertenecíamos, junto con ella, a una Tuna llamada Ilusiones de Facatativá, llevamos un promedio de cinco años, pertenecíamos junto con mi esposo y ahí fue donde la distinguimos a ella, la pasábamos gran parte de la tarde y los sábados en eso y entonces comenzamos a entablar una amistad con ella, cosas como de la tuna, musicalmente y compartíamos amistad, compañerismo e íbamos a distintas casas, entre ellas, la de nosotros, hace como dos años yo empecé a tener los primeros líos con ella, por la demasiada amistad con mi esposo, abrazos, charlaban mucho solos, un día en un encuentro de Tunas en Bojacá, me di cuenta que se perdieron los dos, como una hora, entonces pues ese día yo no le hice ningún escándalo, sino hasta que llegamos a la casa, ya mucha gente en la tuna, me decía que tenían una relación amorosa, entre ellos, el señor Mauricio Moreno, quien para esa época era el novio de ella, entonces pues esa noche él me negó, me dijo que simplemente era un buen amigo, cuando pasado un buen tiempo, yo hable con ella y le comentaba que no viera a mi esposo con otros ojos, más que como amigo, ella me negó en un principio, pero seguían los comentarios, en todo el tiempo en que duramos en la tuna yo dejé de hablarle a ella, hasta que hace un año, cuando mi esposo cumplió años, le envió una tarjeta de cumpleaños donde era muy insinuante, donde decía que lo quería, que lo amaba, cuando por la noche teníamos reunión de tuna, yo la aparté del grupo y la llevé a una habitación para hablar con ella, únicamente estábamos las dos, le hice entender de que ella no era quien para entregarle regalos a mi esposo y ella me dijo que ese era su amor platónico, el amor de su vida, yo le decía a ella que era muy niña para poder pensar eso con una persona adulta y que pensara que mi lugar estaba fijo, que lo único que conseguiría era un rato de placer y no nada serio, quedamos como buenas amigas, yo le di ese consejo de mujer a mujer, que no era lógico que siguiera con una persona tan adulta como es mi esposo. Pasó dos meses y tuve una pequeña incapacidad y me retiré de la tuna, y estuve en la casa quieta, cuando fue un integrante de la tuna a visitarme y me comentó que había el rumor de que ella estaba embarazada y que el hijo que ella esperaba era de mi esposo, nuevamente mi esposo me negó todo, le creí y él me dijo que iba a hablar con ella para que no lo metiera en conflictos con ella, cuando la mamá de Margarita fue a la casa una tarde como a las cuatro de la tarde, me acuerdo mucho que fue un día antes de las elecciones del referendo, ella llegó furiosa y me dijo que si la dejaba entrar que tenía que contarme algo de mi esposo, lo primero que me dijo fue que mi esposo había embarazado a su hija, yo no me sorprendí, porque yo ya había escuchado el comentario, lo que sí me sorprendió fue que ella hubiera dicho que era por medio de violación, cuando ella me dijo que yo no tenía cara de sorprendida, yo le dije que si su hija no le había comentado los pequeños*

*inconvenientes que yo había tenido con ella, que yo siempre le traté de dar el consejo de que se alejara de él, que si tenía algo, y la contestación que ella me dijo fue que ella me estimaba demasiado como hermana mayor, ella siguió contándome lo que mi esposo, supuestamente, le había hecho a ella, en todos los comentarios de ella, habían amenazas, que el esposo de ella lo buscaba para matarlo, porque andaba como loco, por lo que le habían hecho a su niña, ella siguió hablando cosas demasiadas, como intimas de mi esposo, de que él era un sucio, yo lo único que hice fue llamar a mi padre para estuviera allí presente y escuchara lo que ella decía, esperamos a que mi esposo llegara, que era el único que podía decir si era cierto o era mentira, él negó todo, que no tenía nada que ver con la muchachita y, mucho menos, que la había dejado embarazada, entonces la señora me decía que de mi dependía que no lo demandara, pues obviamente yo le creí a él y le pedimos a la señora que se fuera de la casa, cuando salió de la casa, ella comentó que esperaríamos que lo iban a demandar y que yo asumiera las consecuencias de la demanda. A raíz de todo esto, yo tengo unos papeles unos mensajes de ella y aquí los tengo, me permito anexar ocho folios en original y copia y un librito denominado "Mil Joyas de Sabiduría", donde se encuentra un mensaje de ella a mi esposo. Continúa (...) antes de retirarnos de la tuna yo le dije que le prohibía acercarse y hablarle a ella, nosotros nos retiramos en septiembre, tres meses antes, yo no permitía que se acercara a ella. (.....). Como ocho días después de que lo llevaron a la cárcel, me contó que llevaban una relación amorosa, donde varias veces habían estado juntos, y que por el miedo a perder nuestro hogar y nuestro bebe no había dicho nada, fue lo único que me comentó por respeto hacia mí sin ningún detalle (f. 82-84 c. proceso penal).*

El 7 de junio de 2004, en diligencia de ampliación de indagatoria, el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez aceptó que, tal como se sospechaba, tenía una relación afectiva con la adolescente Margarita, con quien tuvo cuatro o cinco encuentros sexuales, los cuales tuvieron lugar en su casa, cuando su esposa no se encontraba. Puntualizó que negó lo ocurrido por miedo a perder a su esposa que estaba en embarazada y que la menor Margarita (i) no era virgen y tenía novio para la época en que ocurrieron los hechos –Mauricio Moreno-; (ii) le dijo sobre su estado de preñez, pero no le creyó y (iii) miente continuamente y, por eso, tiene dudas sobre esa paternidad.

*Si tuve relaciones sexuales con ella, durante más de un año, tuvimos relaciones sexuales, en varias oportunidades, ella iba normalmente a mi casa los sábados, allí era donde pasaba, más o menos estuve con ella unas cuatro o cinco veces, esto empezó a principios del año 2002 hasta el mes de octubre del 2003 (...). Quince o dieciséis años –tenía Margarita- (.....). No –le prometí nada-, era un relación de amigos y un día se presentó la oportunidad de un beso y después con el tiempo esos besos se convirtieron en una relación más afectiva, besos y caricias y después de varios meses intimamos los dos, pero en ningún momento le ofrecí, ni le prometí nada, ella tenía su tiempo, en ese tiempo yo estaba casado (.....). Que yo sepa ninguna persona –sabía-, tratábamos de mantenerlo lo más secreto posible, sin embargo, en algunas presentaciones varios integrantes de la Tuna se dieron cuenta y, entre ellos, mi esposa empezó a sospechar, cuando ella encontró unos papelitos que Margarita me mandaba, ella los vio y me hizo el reclamo a mí y yo le negué todo a ella, durante un tiempo no nos vimos con Margarita, para no levantar sospechas y después volvimos (.....). Sí -Margarita tenía novio-, Mauricio Moreno y un*

*día llegó a la casa a decirme que tenía un novio seminarista, pero no recuerdo el nombre, creo que era más por darme celos (.....). Ella me lo dijo cuando tenía tres meses de embarazo, llegó y me lo dijo, pero no le creía porque ya me lo había hecho una vez y me dijo que estaba esperando del novio que tenía y después las amigas de ella me dijeron que había tomado unas pastas, cuando me lo dijo la verdad no le creí. Pues la verdad tengo mis dudas de que ese hijo sea mío por la fecha, ya que ella dice que fue el día 27 de junio del año pasado y eso fue un viernes y yo me encontraba trabajando (.....) –Mentí- Por miedo a perder a mi esposa y al bebe que viene en camino (.....).No era virgen, ella me contó que ya había tenido relaciones antes, y hasta hubo un problema porque la mamá se dio cuenta y la relación la tuvo fue con Mauricio Moreno (f. 94-96 c. proceso penal-mayúscula sostenida eliminada del texto).*

El 20 de agosto de 2004, el Fiscal Seccional 001 de Facatativá profirió resolución de acusación en contra del señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez por acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado. Lo anterior, porque el relato de la adolescente Margarita se ha mantenido claro y contundente en todo el curso de la investigación, lo cual no ocurrió con la versión del procesado, quien, convenientemente, cambió la narración de los hechos para evidenciar consentimiento en la relación sexual, acoso por parte de la menor y poner en duda su paternidad.

En esta decisión se (i) aclaró que el hecho de que no se conozca el resultado de la prueba genética practicada al hijo de la adolescente Margarita, ello no comporta vulneración de los derechos de defensa y debido proceso del sindicado y (ii) reiteró que no procede la detención domiciliaria, porque no se reúnen los presupuestos del artículo 38 del C.P. –Ley 599 de 200-.

*De acuerdo a las pruebas que hasta ese momento procesal se allegaron al expediente, observa esta delegada que contra el sindicado Alber Yepes Gutiérrez se reúnen los requisitos exigidos en el artículo 397 del C.P.P. para proferir en su contra resolución de acusación, como presunto autor de la conducta de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado de que fuera objeto Margarita, de 15 años de edad y no como desatinadamente lo plantea la defensa y el Ministerio Público, en su escrito, que existe duda e igualmente fue consentida la relación y, por consiguiente, el comportamiento del señor Yepes sería atípico. Planteamientos estos son respetables, más no compartidos por las siguientes razones:*

*(.....) No existe la menor duda que Margarita, fue objeto de acceso carnal, por parte de Yepes Gutiérrez, quien fue su instructor en la tuna que para la época precedía y como resultado de ello tuvo un hijo, ello está demostrado con las pruebas documentales y la misma versión de la ofendida donde narra escuetamente lo que ella sufrió en carne propia del abuso a que fue sometida por parte de aquel, cuando se dirigió a su casa a realizar un trabajo con la esposa de su agresor, la cual no se encontraba y, ello aprovecho, para invitarla a seguir y ofrecerle un jugo de maracuyá, con el cual la durmió y realizo su relación sexual*

*contra su voluntad y no como lo hace ver en su ampliación de indagatoria, la defensa y el Ministerio Público. Que la relación fue consentida.*

*(.....) No ha cambiado la versión desde el primer momento, desde el momento que fue llamada a declarar por parte de la Fiscalía, que si bien es cierto puede entrar en algunas contradicciones, ello no es óbice para desmentir su relato, como desecharlo y, por consiguiente, darle credibilidad al sindicato, como erradamente lo plantea en su escrito, nótese igualmente que Yepes, en su primera indagatoria niega rotundamente cualquier relación con la ofendida, menos que ese día haya realizado tal comportamiento y más bien trata de plantear que Margarita lo buscaba y quería tener algo con él, pero por respeto a su hogar no le paraba bolas, pero sin embargo le mandaba papelitos, los cuales fueron descubiertos por su esposa, la cual los destruyó y tuvo problemas y, posteriormente, en su ampliación en forma sorprendente acepta que llevaba una relación extramatrimonial con la ofendida por más de un año, entre otras situaciones, pero negando que para el día de junio del 2003, que hace referencia Margarita, él no se encontraba, como tampoco tuvo relación alguna, que en una oportunidad, un sábado, fue, pero habían en el lugar dos amigos y les brindó un jugo, pero ella salió y no pasó nada, lo que derrumba lo señalado igualmente por la defensa en sus alegatos, en cuanto consigna que está demostrado que su prohijado no se encontraba el día en que la ofendida señala que violada por su representado, por cuanto se encontraba trabajando, gran incógnita que si recuerde que fue precisamente un día donde habían dos amigos, dio un jugo, entre otros aspectos, y que no pasó nada, lo que hacen que lo prometan realmente en los hechos.*

*Como efectivamente, éste si tuvo relación ese día con Margarita, aprovechando la situación de indefensión en que la había puesto con alguna sustancia para que éste aprovechara y realizara su conducta ilícita, por lo que más bien se dará credibilidad a la ofendida y no al sindicato, justificar este cambio por parte del sindicato, en cuanto al negar el primer momento dicha situación por mantener el hogar, de estar esperando un hijo, junto otras circunstancias, posición que no es de una persona que no tenga nada ver en situaciones similares. Por lo que, para este despacho, lo consignado por procuradora y defensa en este aspecto es respetable más no compartido de acuerdo a los elementos de juicio que se tienen en el plenario y señalan todo lo contrario.*

*El punto debate es si realmente existió o no consentimiento y, por ende, voluntad de Margarita de haber sostenido relación sexual con Alber Yepes, de igual forma no haber estado bajo ningún efecto para que halle impedido comprender la relación.*

*Es claro que de acuerdo al registro civil de nacimiento de la ofendida Margarita, nació el 30 de julio 1987, hija de María Elena Cruz Torres y Enrique Murcia Sánchez. La cual cuenta con 15 años de edad al momento de los hechos.*

*(.....) Pero cuando el consentimiento o voluntad de la persona ofendida en este caso Margarita está viciado, es decir, el estado de inconsciencia que se encontraba, al que fue sometida, por su agresor sexual, le impidieron dar su consentimiento, es decir, comprender la relación sexual que le estaba realizando en el momento, por parte de Yepes, razón a la bebida que le suministrara el sindicato, hizo que perdiera la conciencia, por lo tanto es ahí que la ley castiga y penaliza, por esto es que la fiscalía no dudo en ordenar su captura para que respondiera por el acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, agravada.*

*(.....). Las pruebas demuestran todo lo contrario a lo planteado por el sindicato en su injurada de ser ajeno a los hechos. Por cuanto éste sujeto aprovechando que se encontraba solo con la ofendida, le suministró una bebida, la cual hizo que perdiera la conciencia y, en tal estado, abusó sexualmente, con las consecuencias ya conocidas. Plantear que no existe medio probatorio que*

*demuestre el suministro del narcótico u otra sustancia que haya afectado la conciencia de Margarita, ello no es así, por cuanto la versión de la ofendida es clara y contundente y no se observa interés alguno de perjudicar a su agresor, y no como hace referencia la Procuraduría que existen inconsistencias en su relato, que impiden brindar credibilidad.*

*(.....). Se tiene entonces que al sentir de esta Fiscalía, de conformidad con la prueba legalmente arrimada al plenario, se encuentran reunidos los presupuestos sustanciales previstos en el artículo 397 del C.P.P. para acusar formalmente al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez, conocido en la presente diligencia como presunto autor responsable, a título de dolo de la conducta de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado por el numeral 6 del artículo 211, en razón que a consecuencia de ello quedó en embarazo y procreó un hijo. Margarita. Que si bien es cierto no se tiene el resultado del A.D.N., al momento de tomar esta determinación, no por ello debe señalarse falsedad en sus relatos a la joven. Como la duda debe favorecer al procesado, es claro que esta puede desvirtuarse y aclarar en la etapa del juicio y, no por ello, se estaría violando el debido proceso o las garantías de la defensa.*

*(.....) En cuanto a la detención domiciliaria impetrada por la defensa, a favor de su representado Alber Aristides Yepes Gutiérrez, está se seguirá negando, en razón a que no se dan los elementos del artículo 38 del C.P. para concederla, por la calidad de la conducta investigada, su factor objetivo, ya que la pena a imponer supera los 5 años –parte de 8 años- (...) (f. 167-177 c. proceso penal-mayúscula sostenida eliminada del texto).*

El 2 de septiembre de 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Grupo de Genética Forense determinó que “*Alber Aristides Yepes Gutiérrez no se excluye como el padre biológico del menor DAVID XX. Probabilidad de la paternidad: 99.9%. Paternidad prácticamente probada*” (f. 180-182 c. proceso penal-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 14 de diciembre de 2004, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá absolvió al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, en aplicación del principio *in dubio pro reo* y ordenó la libertad inmediata del procesado. Lo anterior, porque la prueba documental –cartas y tarjetas- y testimonial –compañeros y amigos de la tuna- da cuenta (i) de la presencia de la joven Margarita en la casa del imputado; (ii) del comportamiento especial de la adolescente con el procesado, lo cual pone en duda que este último hubiera requerido el uso de una sustancia alucinógena para ponerla en incapacidad de resistir una relación sexual y (ii) que la angustia de la menor radicaba en que cómo iba afrontar el embarazo ante su familia. Situaciones que bien pueden ser indicativas de consentimiento, lo cual le resta el carácter de delictual al acceso carnal, si se considera que, para la época en que ocurrieron los hechos, la joven tenía 16 años de edad.

En la decisión se precisó que la absolución se produce porque de las pruebas obrantes a la investigación no surge la certeza requerida sobre el estado de incapacidad para resistir en que, según la adolescente Margarita, quedó sumida cuando bebió un jugo de maracuyá que le ofreció el procesado.

*La totalidad de estas declaraciones hacen alusión a una relación sentimental de los aquí involucrados, que fuera negada por el procesado y la presunta víctima, solo admitida por el inculpado en ampliación de injurada en la que igualmente da cuenta de relación sexual íntima por lo menos en cinco ocasiones. Igualmente, dan cuenta de las múltiples ocasiones en que Margarita daba rienda suelta a los sentimientos que prodigaba por Alber, enviándole tarjeta, presentándose en la casa del citado, cuando sabía que la esposa de éste no se encontraba, aspectos éstos que no pueden desatenderse, teniendo en cuenta que ningún interés, excepto el de la esposa del citado, puede existir en éstos testigos, que pese a no ser presenciales de los hechos, dan cuenta de circunstancias antecedentes del suceso, con las cuales surgen serias dudas respecto a si realmente pudo haber requerido el hoy procesado el suministro de sustancia para ponerla en incapacidad de resistir, como medio apto para accedería carnalmente, pregonada por la joven Margarita, o la relación sexual, acceso carnal, el día pluricitado fue consentida por la mencionada, quien para la fecha tenía 16 años de edad, y la pregonada situación solo fue la excusa de la joven ante su familia para justificar un embarazo, fruto de su relación con un hombre casado.*

*(.....) Se aclara que la conducta de Margarita, especialmente referida a su intimidad, no es de resorte en esta acción penal, pero las aseveraciones de varios testigos acerca del comportamiento sexual de ella con el procesado si son guías que permiten un más acertado análisis de la prueba testimonial de los dos protagonistas del suceso que ahora nos ocupa y únicos testigos directos del suceso, en la medida que Margarita es una joven mayor de catorce años, y como tal con capacidad para determinar su vida sexual, poseedora de facultad suficiente para auto determinar y auto regular su sexualidad, y si bien la libertad sexual no puede asumirse como posibilidad ilimitada de disposición del propio cuerpo, dado que precisamente este derecho humano presenta los mismos límites naturales que cualquiera, esto es, termina en donde comienza el ajeno, razón que determina precisamente la inclusión de determinadas conductas en el ordenamiento penal, en todo caso la manera conforme una persona decida asumir su vida íntima, siempre que no vulnere los derechos de quien decide ser su pareja ocasional o no, no conlleva ninguna alarma social, ni relevancia jurídico penal.*

*Así las cosas, la conclusión a la cual se llegará no será consecuencia de los comentarios desobligantes -impropios por demás- acerca de supuestos acercamientos furtivos de la joven Margarita con algún integrante de otra agrupación en un encuentro de tunas o de conjeturas acerca de su disposición a los amoríos, porque, reiteramos, su experiencia o no sexual no es el asunto que aquí interese. El íntimo uso de la libertad sexual de una persona, siempre que no lesiones derechos ajenos, es asunto en el cual no puede inmiscuirse el Derecho Penal como cierta dogmática y objetiva. Porque no pueden entenderse como perturbación del orden externo de la comunidad los comentarios despectivos realizados por supuestas amigas de la ofendida, pero sí ha de considerarse específicamente aquello relacionado con la relación sentimental e íntima que venían sosteniendo con el hoy juzgado.*

*Se concluye así que Margarita ha negado a lo largo de toda la actuación haber mantenido alguna relación con el procesado, sin embargo, son varios los testimonios que, bajo la gravedad del juramento, expusieron tener directo conocimiento de los acercamientos amorosos de ella hacia él, de la relación de amantes que ellos mantenían; de que la única angustia que presentaba la aquí ofendida era cómo iba a afrontar su embarazo ante a su familia.*

*Es cierto que se cuestiona seriamente la credibilidad de la versión de Alber Aristides, por su negativa enfática de la relación sentimental e íntima con la joven, buscando eludir su responsabilidad, y sí en cambio recordó perfectamente una situación tan trivial como es haberle ofrecido jugo a sus tres visitantes, el día que se indica como el de la agresión sexual, además de las contradicciones en sus versiones, entre las tantas, afirmar que en esa fecha se fue a realizar un trabajo en internet con Edisson, pero después que la recuerda porque esta tarde fueron con el citado al sector de Manablanca para colaborarle en un negocio, siendo la última la versión que corrobora este testigo; pero tampoco la pregonada ingesta de bebida que le hizo perder el conocimiento, afirmada por Margarita resulta demostrada en forma cierta, más aún con los antecedentes conocidos, los asedios amorosos de la joven hacia Alber, la demora evidente para denunciar un acto tan grave, ya sin posibilidad de corroborar esta alteración de la presunta víctima, en forma científica o médica.*

*Ahora, bien puede haber existido una relación sentimental y sexual entre Margarita y el procesado, sin que ello per se desnaturalice la conducta punible por la que se procede, o implique que para la fecha conocida, él no hubiese podido someterla, en las condiciones en que se expone en la denuncia, pero no existe certeza sobre tal tópico, que constituye uno de los elementos esenciales estructurales de la conducta punible, pues igual subsiste la posibilidad que Margarita haya consentido en tal relación sexual, acceso carnal, posibilidad avalada por los sentimientos y relación existente entre los involucrados en este proceso, de acuerdo con las declaraciones de compañeros y amigos de la tuna, soportada con envíos múltiples cartas amorosas y tarjetas, además de la presencia de la joven en la casa del inculpado, consentimiento que de haber existido le quita el carácter delictual a ese acceso carnal, ya que la joven tenía 16 años de edad y en tales condiciones no existiría delito alguno.*

*(.....) En estas condiciones, no es posible predicar con la certeza, la real ocurrencia de la conducta punible, en todos y cada uno de los elementos que lo estructuran, ya que no está demostrado la "puesta en incapacidad para resistir", no está desvirtuado pero tampoco probado que Alber Aristides Yepes Gutiérrez, para el día 27 de junio de 2003, le dio a beber a Margarita alguna sustancia que la sumiera en estado de Inconsciencia y la imposibilitara resistir ante una agresión sexual.*

*(....) Como vemos, en el presente caso son muchas las dudas que surgen con relación al mismo suceso, y así las cosas y ante la presencia de dudas insalvables que impiden tener la certeza requerida para un pronunciamiento condenatorio, conforme con el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, las mismas habrán de resolverse en favor del enjuiciado, dando plena aplicación al principio del in dubio pro reo, por lo que se le absolverá de los cargos que le fueran formulados por la Fiscalía en el pliego acusatorio.*

*Dada la determinación adoptada se ordena oficiar a todas las autoridades que conocieron del caso, informando la decisión e igualmente cancelar las anotaciones que por razón de este este proceso se hicieron al señor Yepes Gutiérrez.*

*Respuesta a los alegatos de los sujetos procesales*

*(.....) Este Estrado comparte las posiciones de los tres sujetos procesales citados en lo que toca con la existencia de dudas insalvables de uno de los elementos estructurales, lo cual releva del análisis de responsabilidad, por sustracción de materia o carencia de objeto. Evidentemente, de la prueba aportada al plenario no surge la certeza requerida relacionada con el pregonado estado de incapacidad para resistir que dice la joven Margarita quedo sumida cuando bebió el jugo de maracuyá que le ofreció el procesado Alber; no puede afirmarse o invalidarse, con suficiente seguridad probatoria, que el procesado condujo a su amiga, amante,*

*compañera de tuna o cualquiera otra fuera la relación que para ese momento mantuvieran, a estado de incapacidad de resistir, el acceso carnal, el día 27 de junio de 2003, a las tres de la tarde.*

*Pero jamás podrá aceptarse jurídicamente como demostrado a cabalidad que nunca se produjo tal ataque, por el simple hecho de existir ya una relación amorosa entre ellos, conforme se expuso en precedencia. Las declaraciones recibidas, tanto las de cargo, como las de descargo, se limitan a reproducir lo que les era contado por la misma Margarita y algunas manifestaciones de sentimientos entre los involucrados. Tampoco es cierto que una persona bajo estado de somnolencia este imposibilitada para conservar algunas imágenes difusas, y para el caso en concreto, es posible que el mismo procesado la haya acercado a su casa, pero lo que sí es cierto es que precisamente el suministro de sustancias alucinógenas busca vencer la resistencia de la víctima.*

*No obstante, tal y como lo argumentan al unísono los sujetos procesales, no existe certeza de uno de los elementos esenciales de la figura delictiva, y en tales condiciones no es posible predicar la real ocurrencia del delito, por lo que se impone el fallo absolutorio a favor del procesado (f. 96-108 c. proceso penal).*

El 14 de enero de 2005, el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá certificó que, a las 4:00 p.m., *“venció el término de ejecutoria de la anterior providencia, sin que se interpusiera recurso por parte de los sujetos procesales”* (f. 113 c. proceso penal).

El 27 de enero de 2005, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá certificó que la sentencia absolutoria de 14 de diciembre de 2004 *“quedó debidamente ejecutoriada el 14 de enero de 2005, ordenándose su archivo definitivo, por lo que el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez no es requerido ni por este Juzgado, ni por el presente proceso”* (f. 118 c. proceso penal- texto original en mayúsculas).

De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado que entre el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez y la adolescente Margarita existía una relación muy cercana, la cual surgió por su participación como instructor y alumna en una tuna en Engativá. Y que este vínculo y las manifestaciones públicas de afecto que se prodigaban sirvieron de indicativos para soportar la sentencia absolutoria, por las versiones encontradas que se tenían de la forma en que ocurrieron los hechos.

En efecto, la joven Margarita siempre se mantuvo en su versión de que acudió a la residencia del procesado en busca de su esposa para hacer un trabajo de la tuna y que éste la hizo seguir y le ofreció un jugo de maracuyá, el cual le produjo mareo instantáneo y la sumió en un estado que le impidió resistir el acceso carnal de que



fue objeto, del cual solo conserva imágenes difusas. Explica que del hecho quedó embarazada, situación que le dio a conocer al sindicato, quien no negó lo ocurrido y le ofreció ayuda para que se practicara un aborto.

Por su parte, el señor Yepes Gutiérrez negó, en principio, cualquier contacto o vínculo con la adolescente Margarita y, luego, aseveró que mantuvo una relación amorosa con ella, la cual desencadenó cuatro o cinco encuentros sexuales consentidos y subrepticios en su casa.

Ante esta situación, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá consideró, en la sentencia absolutoria, que las manifestaciones públicas de afecto, en especial, de la menor Margarita hacia el procesado, como envío de cartas o credenciales, trato cariñoso y visita a su casa, podían considerarse como indicativas de consentimiento, además de que generaban dudas con relación a que éste último hubiera necesitado el uso de una sustancia alucinógena para poner a la joven en incapacidad de resistir una relación sexual.

Y estableció que la sentencia absolutoria se produce, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, porque de las pruebas obrantes en la investigación no surge la certeza requerida sobre el estado de incapacidad para resistir en que, según la adolescente Margarita, quedó sumida cuando bebió un jugo de maracuyá que le ofreció el sindicato.

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 Alber Aristides Yepes Gutiérrez.

En el *sub judice* el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez fue vinculado a la investigación, el 12 de abril de 2004 y objeto de medida de aseguramiento y resolución de acusación, el 3 de mayo y el 20 de agosto de 2004, respectivamente. Últimas providencias en las que se destacó (i) la claridad y contundencia de la versión de la menor víctima; (ii) que el delito imputado tiene un agravante, el previsto en el numeral 6º del artículo 211 del C.P., por cuanto se produjo un embarazo y (iii) la conducta reprochada no da lugar al beneficio de la

detención domiciliaria, ni de la libertad provisional, por no reunirse los requisitos exigidos para ello y por expresa prohibición legal.

En este punto, es pertinente evidenciar 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 demostrar 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 sexuales<sup>34</sup>.

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:

*“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*

---

<sup>34</sup> “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.

*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...<sup>35</sup>.*

*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 jurídica<sup>36</sup>.*

Ahora bien, el tema de la detención preventiva se regulaba en los artículos 3, 355, 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, disposiciones que señalaban que la medida (i) “estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad”; (ii) “procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria”; (iii) se “impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del

---

<sup>35</sup> “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

<sup>36</sup> Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2006, M.P. Mariana Pulido de Barón.

proceso” y (iv) procede por los delitos “cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años”.

En el *sub judice* se cumplían los presupuestos de procedencia de la detención preventiva, por cuanto: (i) el delito desarrollado en el artículo 210 de la Ley 599 de 2000<sup>37</sup> tiene previsto una pena de prisión cuyo mínimo es de cuatro (4) años y, además, está enlistado dentro de los punibles para los cuales se fijó esta medida -artículo 357 de la Ley 600 de 2000-; (ii) hay una grave señalamiento de la adolescente Margarita, el cual se mantuvo en el curso de la investigación, no se desvirtuó y se acompasaba con otros testimonios y su estado de embarazo; (iii) no se vislumbra por parte de la antes nombrada ánimo de perjudicar al sindicato o afectar la investigación y (iv) hay un cambio abrupto y conveniente de la versión del procesado para exculparse y poner en duda su paternidad, lo que, en principio, puso en tela de juicio su responsabilidad penal.

Además, es pertinente evidenciar que en el proceso penal no se alegó o demostró la ocurrencia de una causal de suspensión de la privación de la libertad<sup>38</sup> o de revocatoria de la misma<sup>39</sup>.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que cuando las víctimas son menores de edad, se deben activar diversos instrumentos de protección<sup>40</sup>, como ocurrió con la medida preventiva de la libertad cuestionada, pues, conforme al principio de prevalencia del interés superior, las soluciones que se adopten deben garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y la plena

---

<sup>37</sup> ARTÍCULO 210. ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL ABUSIVOS CON INCAPAZ DE RESISTIR. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

<sup>38</sup> LEY 600 DE 2000. ARTICULO 362. SUSPENSIÓN. La privación de la libertad se suspenderá en los siguientes casos:

1. Cuando el sindicado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad y la naturaleza o la modalidad de la conducta punible hagan aconsejable la medida.
2. Cuando a la sindicada le falten menos de dos (2) meses para el parto o cuando no hayan transcurrido seis (6) meses desde la fecha en que dio a luz.
3. Cuando el sindicado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales.

<sup>39</sup> LEY 600 DE 2000. ARTÍCULO 363. REVOCATORIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO. Durante la instrucción, de oficio o a solicitud de los sujetos procesales, el funcionario judicial revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen.

<sup>40</sup> Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 41948, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

satisfacción de todos sus derechos, tal como lo dispone el ordenamiento patrio<sup>41</sup>, los tratados internacionales<sup>42</sup>, y la reiterada jurisprudencia constitucional<sup>43</sup>.

No sobra indicar que, posteriormente, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia señaló que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes (i) si hay lugar a proferir medida de aseguramiento, *“esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión”*; (ii) *“no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia”* y (iii) *“no procederá la extinción de la acción penal”*.

Para la Sala es claro que, en el *sub judice*, la medida de detención preventiva fue razonable y proporcional, en atención a la especial confiabilidad del relato de la adolescente Margarita y obedeció a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, proteger a la menor y su hijo gestante e impedir la continuación del actuar reprochado. Situación que descarta una falla del servicio.

Finalmente, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá absolvió al señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado, en aplicación del principio *in dubio pro reo* y ordenó la libertad inmediata del antes nombrado. Lo anterior, fundado en esencia, en la falta de certeza requerida sobre el estado de incapacidad de resistir al que fue, supuestamente, sometida la adolescente para accederla carnalmente.

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 Alber Aristides Yepes Gutiérrez 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

---

<sup>41</sup> El artículo 44 de la Constitución Política.

<sup>42</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño- artículo 3º-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 y ratificada el 20 de febrero del mismo año; el Acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – artículo 24-1; la Convención Americana de Derechos Humanos – artículo 19-; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño – Principio 2- y, también, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 – artículo 25-2-.

<sup>43</sup> Sentencias T-408 de 1995, T-514 de 1998 y T-979 de 2001, entre otras.

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.

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

Lo anterior, porque si bien, conforme consta en la providencia de 14 de diciembre de 2004, el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez fue absuelto y sobre su inocencia nada debe agregarse, si se considera que así lo resolvió su juez natural, también lo es que su cercanía y trato inapropiado con la adolescente Margarita, alumna suya de la tuna, debe censurarse.

Bajo ese entendido es claro que la medida de aseguramiento fue ajustada a derecho y el señor Alber Aristides Yepes Gutiérrez estaba en el deber de soportarla. En virtud de lo cual, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia. Lo anterior, no sin antes ordenar la devolución del expediente penal 2004-0108 al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá.

## **6. Protección del derecho a la intimidad familiar de la menor 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 inocencia<sup>44</sup>, 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**

---

<sup>44</sup> 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-.

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. **CONFIRMAR** la decisión recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección "A" el 30 de junio de 2011, mediante la cual se denegaron las pretensiones.
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. **ORDENAR** la devolución del expediente penal 2004-0108 al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá.
4. **SIN CONDENA** en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN**  
Magistrada (E)

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Magistrado



**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Magistrada (E)

