

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No condena

SÍNTESIS DEL CASO: El 27 de junio de 2003, la Fiscalía Dieciocho Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Manizales inició una investigación previa, con ocasión de una denuncia en la cual se señaló que el señor PP EE BB HH presuntamente había abusado de la hija de su compañera permanente. Por ese motivo, el 31 de enero de 2007 se dictó en su contra resolución de acusación, y el 16 de febrero del mismo año fue capturado. Sin embargo, el 27 de junio de 2007 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales lo absolvió del cargo que se le imputaba en aplicación del principio del *in dubio pro reo*. El actor, sin embargo, incurrió en culpa exclusiva

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - En razón a la naturaleza del asunto: Daños ocasionados por la administración de justicia

La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia en el Consejo de Estado, sin que sea relevante lo relacionado con la cuantía.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996

VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Valoración de testimonios. Reiteración de jurisprudencia de unificación / DICTAMEN PERICIAL - Valor probatorio

APLICACIÓN DEL REGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – In dubio pro reo

[S]e encuentra probado el daño causado a los demandantes, comoquiera que está debidamente acreditado que el señor PP EE BB HH estuvo vinculado a un proceso penal como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, en el marco del cual se dictó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. (...) [La Sala de la Sección ha considerado que debe aplicarse] un régimen de responsabilidad objetivo en los eventos en los que el sindicado es absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, es decir, cuando las pruebas dentro del proceso penal no generan en el juzgador una certeza más allá de toda duda razonable respecto de la configuración de la conducta típica, antijurídica y culpable. (...) contrariamente a lo que sostuvo el a quo, el caso bajo estudio implica una responsabilidad de carácter objetivo en la que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla; al damnificado le basta con acreditar que estuvo privado de la libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención. Con esa demostración, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos. (...) se advierte que el señor PP EE BB HH fue absuelto mediante sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, en la cual se dijo que si bien obraba en su contra la declaración rendida por la presunta víctima, esta no resultaba suficiente para deducir la responsabilidad penal del sindicado más allá de toda duda razonable, comoquiera que las demás pruebas obrantes en el expediente -esto es, la declaración de la hermana y de la madre de la menor-

hacían factibles las exculpaciones realizadas por el ahora demandante al tiempo que cuestionaban la probidad del dicho de la presunta ofendida.

EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / ESPECIAL PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS

[E]n el presente caso se configuró un hecho de la víctima por la actuación dolosa del demandante, circunstancia que, por romper el nexo causal, da lugar a denegar las pretensiones de la demanda. Sobre dicha causal de exoneración, esta Corporación ha manifestado que aplica en los eventos en los cuales la víctima con su actuación exclusiva y determinante fue quien dio lugar a que se profiriera en su contra la medida de aseguramiento. En el sub lite, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, en especial de las providencias proferidas en el curso de la investigación penal, se encuentra que las mismas pruebas que facilitaron que se expidiera una sentencia absolutoria en materia penal, valoradas desde una óptica civil, permiten concluir que el señor BB sí incurrió en una conducta. (...) el hecho de que sea un menor quien aduce haber sido abusado, no significa que su exposición tenga de suyo menos mérito probatorio que lo que señaló el adulto sindicado en sus descargos; por el contrario, entre la ausencia de más pruebas que se refieran al hecho, en aplicación del principio pro infans, debe absolverse la duda a favor de quien se encuentra en condiciones de especial vulnerabilidad. (...) debe preferirse la versión proveniente de la menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense, sobre la que hace el sindicado, teniendo en cuenta que ellos dos son los únicos testigos presenciales del hecho. Si bien en esas condiciones puede ser que la prueba referida no resulte suficiente para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia civil, donde basta con la explicación más razonable de acuerdo a lo probado, sí alcanza para concluir que el ahora demandante incumplió de manera dolosa el deber que le imponía el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, en cuanto a la especial protección que le merecían los derechos prevalentes de los niños, entre ellos, el de su integridad psicofísica (...) el sindicado, con su conducta civilmente reprochable, dio lugar al daño antijurídico cuya reparación ahora demanda.

ANONIMIZACIÓN DE PROVIDENCIA - Protección a la intimidad / NO SE CONDENA EN COSTAS POR PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD / SIN CONDENA EN COSTAS

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00317-01(43936)

Actor: PP EE BB HH Y OTROS

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

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 2 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, la cual será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 27 de junio de 2003, la Fiscalía Dieciocho Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Manizales inició una investigación previa, con ocasión de una denuncia en la cual se señaló que el señor PP EE BB HH presuntamente había abusado de la hija de su compañera permanente. Por ese motivo, el 31 de enero de 2007 se dictó en su contra resolución de acusación, y el 16 de febrero del mismo año fue capturado. Sin embargo, el 27 de junio de 2007 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales lo absolvió del cargo que se le imputaba en aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Mediante escrito presentado el 19 de febrero de 2008 ante el Tribunal Administrativo de Caldas (f. 27-44, c. 1), los señores VV, MM, NN, AA, María OO, LL, UU, PP Emilo BB HH y Noelia HH -o II HH- presentaron demanda contra la Nación-Rama Judicial y la Nación-Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de la acción de reparación directa, para que les fueran reconocidas las siguientes pretensiones:

Declárese a la NACIÓN COLOMBIANA RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, solidaria y administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por los señores demandantes, [a] raíz de la detención ilegal y la investigación penal de que fuera víctima el señor PP EE BB HH, en la forma y tiempo como quedará expresado en la demanda.

En consecuencia de la anterior declaración, condénese a la misma entidad demandada ya mencionada a pagar la totalidad de los perjuicios sufridos por los demandantes en la siguiente manera y proporción.

PERJUICIOS QUE SE PAGARÁN A FAVOR DEL SEÑOR PP EE BB HH,

POR PERJUICIOS MATERIALES: Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a PP EE BB HH, o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios materiales en la proporción que se señala a continuación.

LUCRO CESANTE:

LUCRO CESANTE PASADO: Por los ingresos que se considera pueda representar el trabajo como pintor del señor PP EE BB HH, y por el tiempo de su detención, se tendrá en cuenta en esta indemnización la suma de \$4.000.000.00

POR PERJUICIOS MORALES:

Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar a las siguientes personas o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios morales ocasionados a los actores por la investigación penal y la detención ilegal de la que fuera objeto el señor PP EE BB HH.

VV, MM, NN, AA, OO, LL, UU Y PP EE BB HH Y II HH YY

- PP EE BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- VV BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- MM BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- NN BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- AA BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- OO BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- LL BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- UU BB HH: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

- II HH YY: 100 salarios mínimos que equivalen a \$ 46.000.000.00 en la actualidad.

(...)

2. Como fundamento de la demanda, la parte actora sostuvo que el 25 de mayo del 2003 la tía de la presunta víctima presentó denuncia penal por el delito de acto sexual abusivo con menor en contra del señor PP EE BB HH, motivo por el cual la Fiscalía 18 Seccional de Manizales inició una investigación previa. En el marco de dicho proceso se practicó un examen de medicina legal a la presunta víctima que arrojó como resultado que ella presentaba himen circular íntegro, sin que se evidenciaran lesiones a nivel anal ni perianal.

3. Mientras que la menor declaró que el señor BB HH, quien era pareja de su madre, la había tocado indebidamente cuando ella no estaba en casa, su progenitora indicó en su testimonio que el acusado se había portado muy bien y que no creía en lo manifestado por su hija, quien era propensa a la mentira, se había escapado de la casa dos veces y también había acusado a su tío de tratar de abusar de ella.

4. Por su parte, la hermana mayor de la presunta víctima ratificó en la declaración que rindió que la menor era en exceso mentirosa, al punto que con anterioridad había acusado falsamente al esposo de su tía y a un primo de haberla violado, había fingido haber sido secuestrada mediante escopolamina y había hecho creer a sus compañeros de colegio que estaba embarazada y, luego, que tenía un bebé. También señaló que dado que no era posible corregirla se encontraba en un centro de emergencia del Bienestar Familiar y que creía que la acusación en contra del señor PP EE se debía a que la menor se encontraba resentida porque lo había acusado de haber robado un dinero que, en realidad, tomó ella.

5. Con todo, el 31 de enero de 2006 la Fiscalía dictó resolución de acusación en contra del señor BB HH y, en consecuencia, fue capturado el 14 de febrero de 2007. Sin embargo, el 27 de junio de 2007 el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales dictó sentencia absolutoria, habiendo recuperado la libertad el sindicado al día siguiente. En su opinión:

Es desde todo punto de vista una privación injusta de la libertad la presente, dado que el delito, en el caso concreto de mi mandante no existió, no se tipificó, porque además de NO PROBARSE NADA, LOS HECHOS QUE SE CONOCIERON Y QUE NO SE PROBARON, POR PROVENIR DEL LA IMPUTACIÓN DE UNA MEWNOR (sic) DE EDAD DE 11 AÑOS, DADA A LA FANTASÍA Y A LAS MENTIRAS, Y DONDE NO EXISTIÓ NINGUNA PRUEBA SERIA VERÍDICA Y DE LA QUE RAZONABLEMENTE SE PUDIERA DEDUCIR QUE EL ACTOR HABÍA COMETIDO ACTOS ABUSIVOS EN CONTRA DE LA MENOR.

La FISCALÍA no tuvo el buen juicio de evaluar aspectos muy importantes de la principal prueba incriminatoria, como fuera el testimonio de la menor (...), menor de edad, de tan solo 11 años, con una fuerte tendencia a decir mentiras, donde acusaba de cometer ilícitos a otras personas (...).

La FISCALÍA no tuvo el buen juicio de cotejar la incriminación de la menor (...) en relación con el testimonio de la misma madre de la niña y de su hermana, en el sentido de que el señor BB HH trataba muy bien a la niña, como si fuera casi su hija.

*La FISCALÍA no tuvo el buen juicio de analizar los resultados de un dictamen de siquiatria forense, el que determinó que: “[la menor] **tiene algunas alteraciones de conducta que pueden ser facilitadas por la disfuncionalidad del medio**”.*

*La FISCALÍA no tuvo el buen juicio de analizar que se trataba de una menor de 11 años, proclive a la mentira, **siendo esta la única prueba de cargo**: las demás pruebas en su conjunto salvaguardan la dignidad y el buen trato dado por mi cliente a su hijastra: Luego, donde quedan DERECHOS TAN RECONOCIDOS EN NUESTRO ESTADO [de] DERECHO, como el derecho a la libertad o el derecho al buen nombre, que se ven vulnerados por una única declaración que es verdaderamente insulsa, pueril e infantil, y que hizo que un buen ciudadano pasara 6 meses en la CÁRCEL, privado de su buen nombre.*

(...)

Al no haberse ni probado, ni tipificado el ilícito penal, podemos decir que el señor PP EE BB HH, no estaba obligado a soportar tal detención, lo que hace que el Estado debe responder por los perjuicios padecidos, máxime por una detención que fue producto del desatino de la FISCAL 18 SECCIONAL DE MANIZALES, lo que hace que debe ser indemnizado por el ESTADO (resaltado del texto).

II. Trámite procesal

6. La demanda fue admitida mediante providencia del 14 de marzo de 2008 (f. 45, c. 1). El 3 de febrero de 2009 la Rama Judicial la **contestó** y se opuso a las pretensiones invocadas. Al respecto indicó que toda persona puede ser investigada y detenida mientras se adelanta el proceso, siempre y cuando exista un indicio grave de responsabilidad en su contra. En ese sentido, consideró que no podía atribuírsele responsabilidad al Estado cada vez que se cause inconvenientes a los particulares en ejercicio de la función de administrar justicia. Para el caso concreto, advirtió que la privación del señor BB no podía ser calificada como injusta, teniendo en cuenta que su absolución se produjo en aplicación del principio del *in dubio pro reo* (f. 60-72, c. 1).

7. Finalmente propuso la excepción de indebida integración del contradictorio, teniendo en cuenta que fue la Fiscalía Dieciocho Seccional de Manizales la entidad que encontró mérito para iniciar la investigación, entidad que si bien hacía parte de la rama judicial, tenía un estatus especial que le permitía acudir directamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así como autonomía presupuestal y patrimonio propio.

8. A su vez, la Fiscalía General de la Nación contestó la demanda mediante escrito presentado el 4 de febrero de 2009, en donde solicitó que se denegaran las

pretensiones invocadas en el libelo introductorio. Para el efecto indicó que en la etapa de instrucción se dictó medida de aseguramiento en contra del señor BB HH por existir sendas pruebas que comprometían su responsabilidad, en especial la declaración de la denunciante, quien indicó que la menor le había referido que el procesado le había tocado sus partes privadas. Adicionalmente, adujo que si bien el juez de instancia absolvió al sindicado, lo hizo porque había dudas respecto de su culpabilidad, pero no porque hubiera demostrado su inocencia. En ese entendido, concluyó que en el caso concreto la entidad se limitó a cumplir con sus funciones constitucionales y legales (f. 99-110, c. 1):

Resulta entonces claro, Honorable Magistrado a la luz de los criterios jurisprudenciales descritos y del análisis de los hechos que son materia de debate procesal, que la privación de la libertad de PP EE BB HH fue una decisión proferida dentro del marco de la ley represora y tuvo como fundamento las pruebas allegadas a la investigación penal, de las cuales teniendo en cuenta la valoración hecha por parte de la Fiscalía de conocimiento estuvo ajustada a la constitución a la ley y jamás fue injusta desproporcionada o arbitraria.

9. De otra parte, propuso la excepción de culpa determinante de un tercero, en la medida en que fue la presunta menor víctima y su tía quienes efectuaron incriminaciones en contra del ahora demandante PP EE BB HH, manteniendo hasta la etapa de juicio sus aseveraciones, las cuales no pudieron ser finalmente demostradas. Asimismo señaló:

No se encuentra prueba que el señor PP EE BB HH hubiere querrellado a las citadas personas por falso testimonio, y que legalmente se demostrara que faltaran a la verdad en lo que hace a las acusaciones que formularon [en] contra del actor. Esto cuando menos [es] un indicio de aceptación del dicho por parte del señor PP EE BB HH y demuestra que no se utilizó por el hoy actor esta actividad para la búsqueda de la verdad, dicha circunstancia en el caso en concreto se puede interpretar como la no utilización [de] los recursos de los cuales disponía para su defensa.

10. Tras haberse corrido traslado para **alegar de conclusión en primera instancia**, la parte demandante reiteró los argumentos vertidos en la demanda. Adicionalmente, adujo que el Consejo de Estado indicó que era procedente aplicar un régimen de responsabilidad de carácter objetivo, incluso en los eventos en los cuales la absolución se hubiera producido en aplicación del principio del *in dubio pro reo* (f. 129-145, c. 1).

11. La Nación-Rama Judicial también repitió lo que había señalado en instancias anteriores (f. 147-148, c. 1). La Fiscalía General de la Nación, por su parte, manifestó lo siguiente (f. 156-161, c. 1):

Como puede observarse la decisión adoptada, por el Juzgado de conocimiento fue porque no existían los requisitos indispensables para condenar al acusado BB HH, de acuerdo a la libre valoración de las pruebas que tuvo el funcionario de segunda instancia, no quiere significar, sin lugar a equívocos, que no era procedente proferir medida de aseguramiento y resolución de acusación, considerando las pruebas existentes hasta el momento y las normas vigentes que preveían para proferir las mismas la presencia de varios indicios graves en su contra.

*De tal manera que el Fiscal instructor estimó, como quedó plenamente acreditado, que el señor BB HH, según dichas probanzas **pudo haber tenido participación en los hechos investigados, advirtiendo la existencia de tales medios probatorios, por lo cual **NO TENÍA OTRO CAMINO que proferir las Resoluciones o actos (medidas de aseguramiento y preclusión de la investigación) que ahora se pretende controvertir por el actor**** (resaltado del texto).*

12. Surtido el trámite de rigor, y practicadas las pruebas decretadas, el Tribunal Administrativo de Caldas dictó el 2 de febrero de 2012 **sentencia de primera instancia** en la que declaró probada la excepción de indebida integración del contradictorio propuesta por la Rama Judicial y negó las pretensiones de la demanda (f. 164-188, c. ppl.).

13. En primer lugar, en cuanto a las excepciones propuestas, indicó que se encontraba acreditado que la Fiscalía General de la Nación estaba debidamente facultada para representar a la persona jurídica de la Nación. De modo que, “(...) *en caso de que en el presente proceso se condene a la Fiscalía General de la Nación, tal condena debe ser satisfecha por ésta, con su propio presupuesto, dada la autonomía presupuestal que le otorgó el constituyente (art. 249 C.P) y que fue posteriormente reconocida y desarrollada por el legislador (Ley 270 de 1996)*”.

14. Aclarado lo anterior, en cuanto al título de imputación a aplicar, consideró que el Consejo de Estado había señalado que en cada caso particular le corresponde al juez valorar la situación, a fin de “(...) *evitar la aplicación de criterios rígidos o absolutos en la solución de asuntos como el que aquí se debate*”.

15. Con todo, para el caso concreto consideró que a fin de estudiar si podía calificarse de injusta la privación de la libertad del señor BB era preciso establecer

si se produjo una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales en desmedro del investigado.

16. En esa medida, procedió a estudiar si la medida de aseguramiento y la resolución de acusación cumplieron con los postulados normativos contenidos en los artículos 355, 356, 357 y 297 de la Ley 600 del 2000 -Código de Procedimiento Penal vigente para la época-, para concluir lo siguiente:

Vista la providencia que decreta la medida de aseguramiento en contra del demandante, la relación probatoria que hace la misma y el fallo absolutorio, se advierte claramente que la detención preventiva del señor PP EE BB HH fue producto de la evaluación detallada de las pruebas testimoniales y documentales que llevaron a la Fiscalía General de la Nación, a concluir que existían indicios graves que hacían viable la medida de aseguramiento de conformidad con el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal Vigente para la época; así mismo lo refirió el Juez Primero Penal del Circuito de Manizales, cuando manifestó la existencia de irregularidades en la conducta del actor, aunque no se haya dado la materialidad del hecho para determinar su responsabilidad.

Por otra parte, el delito de Actos sexuales con Menor de Catorce (14) años, imputado al demandante, contenido en el artículo 209 del código penal vigente para la época de los hechos (ley 599 de 2000), acoge las exigencias sustanciales contenidas en la ley 270 de 1996 para decretar la privación preventiva de la libertad, las cuales se cumplieron por parte de las entidades demandadas.

En ese sentido, es necesario recordar que los menores gozan, por designio constitucional, de una protección privilegiada por el Estado Colombiano, y sus derechos fundamentales están consagrados en la Constitución Política de Colombia (...).

Por lo expresado, es claro para esta Sala que no se configuró daño antijurídico al señor PP EE BB HH, ya que estaba obligado a soportar las cargas derivadas del ejercicio propio de las funciones la Jurisdicción Ordinaria, en materia de investigación penal.

En conclusión: la privación de la libertad de PP BB HH no reviste el carácter de injusta, por cuanto las demandadas actuaron conforme a los parámetros legales, y no advierte la Sala la configuración de una acción arbitraria o desproporcionada por parte de las autoridades judiciales, que permita llegar a establecer la existencia de un daño antijurídico y la consecuente declaración de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, como fuera solicitada por los demandantes, razón por la cual, se negarán las pretensiones de la demanda.

17. Contra la anterior decisión, el 15 de febrero de 2012, la parte actora interpuso oportunamente **recurso de apelación** con el propósito de que se revocara y, en su lugar, se accediera a la totalidad de las pretensiones elevadas en la demanda (f. 191-208, c. ppl.). Al respecto, advirtió que no era cierto que el sindicato estuviera en la obligación de soportar las cargas derivadas de la privación injusta de la que fue objeto, teniendo en cuenta que la acusación se fundamentó

únicamente en la declaración de una menor con desajustes psicológicos y que la libertad es un derecho fundamental constitucional y convencionalmente protegido. En ese entendido, toda vez que posteriormente el señor BB fue absuelto mediante sentencia ejecutoriada, debía declararse la responsabilidad del Estado y condenarlo a pagar los perjuicios causados.

18. En la oportunidad para **alegar de conclusión durante la segunda instancia**, la Fiscalía General de la Nación reiteró el contenido de los alegatos que presentó ante el juez de primera instancia (f. 217-223, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

19. La Sala es competente para resolver el presente caso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón a la naturaleza del asunto. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos, y en segunda instancia en el Consejo de Estado, sin que sea relevante lo relacionado con la cuantía¹.

20. Adicionalmente, se advierte que el asunto puede ser decidido con prelación de fallo, por tratarse de una privación injusta de la libertad que entró al despacho para ser resuelta en el año 2012, de conformidad con lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 25 de abril de 2013².

II. Hechos probados

¹ La Ley 270 de 1996 -vigente para el momento de interposición del recurso de apelación en el caso en estudio- desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. En relación con la competencia funcional en el juzgamiento de las controversias suscitadas por tales asuntos, determinó que, en primera instancia, conocerían los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado. Para tal efecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, expediente 2008-00009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Allí se decidió que este tipo de casos, entre otros, se fallarían sin sujeción al turno, pero respetando la fecha de ingreso.

21. Según las pruebas incorporadas al expediente, están debidamente acreditados en el proceso los siguientes hechos relevantes para la *litis*³:

22. El 27 de junio de 2003, la Fiscalía Dieciocho Seccional Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Manizales abrió investigación previa con el fin de tramitar la denuncia presentada en contra del señor PP EE BB HH, por los presuntos actos sexuales abusivos en los que habría incurrido con la hija de su compañera permanente, una menor de 11 años (copia de la providencia, f. 11, c. 2).

23. El 16 de noviembre de 2004 se vinculó al señor BB al proceso como persona ausente (copia de la providencia, f. 20, c. 2). Mediante providencia del 29 de septiembre de 2006 se resolvió su situación jurídica y ante la ausencia de evidencias en su contra, la Fiscalía se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento (copia de la providencia, f. 31-33, c. 2).

24. El 31 de enero de 2007 la Fiscalía calificó el mérito del sumario y dispuso acusar al señor PP EE BB HH de haber incurrido en la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años agravado, al tiempo que le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (copia de la providencia, f. 61-68, c. 2):

En lo que hace alusión a la demostración de la ocurrencia del hecho típico, se tiene entonces la narración de [la tía de la menor], persona unida por lazos de consanguinidad quien, por decirlo de alguna manera, sacó a la luz la situación anómala que se estaban presentando con su sobrina de escasos 11 años, ello por cuanto instintivamente se percató de lo que venía ocurriendo al quedar la niña sola al cuidado del compañero de la madre cuando ésta tenía que ausentarse para proveer el sostenimiento del hogar, sospechas que se vieron ratificadas cuando la menor es interrogada y decide contarle a su mamá lo que estaba sucediendo.

Pero no solo se tiene este testimonio directo sino que se cuenta con la atestación principal que es la vertida por la propia víctima, quien con

³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, en los procesos contencioso administrativos son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil sobre la admisibilidad de los medios de prueba, la forma de practicarlas y los criterios de valoración. La Sala valorará los documentos presentados en copia simple, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2013, expediente 25022, C.P. Enrique Gil Botero, en la cual se estableció que las copias simples serían valoradas en “(...) *los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas*”.

lujo de detallas señala las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se presentaron los acontecimientos. [La menor] es segura, cierta y sin miramientos, expone sus sentires y se refiere a lo que aconteció de manera clara y escueta, conforme su propia formulación infantil.

Nótese como la madre le creyó a su hija, pese a tacharla de mentirosa, y fue con tal convicción que terminó la relación con PP de quien dice ser un buen hombre; pero las mentiras de [la menor] frente a la madre lo fueron por otros hechos aislados, no mintió en cuanto a sus vivencias de tipo sexual a tan temprana edad, su discurso siempre fue el mismo.

Además, en el testimonio de la madre se evidencia una situación recurrente en los presuntos abusadores, que la utilizan como medio de defensa: [la madre de la menor] refiere que recriminó a PP por los hechos que [la menor] le contó, y éste de manera ambigua niega que se haya presentado el abuso [pero] luego afirmó que fue la niña quien lo sedujo, lo que permite pensar que si la niña actuó de tal manera –según él- es porque los actos sí se presentaron, pero si se le creyera en gracia de discusión el argumento de la actitud provocadora de la infante, era el adulto quien tenía la capacidad para disponer de su sexualidad no una niña de escasos 11 años, una incapaz de la que el adulto se aprovechó.

(...)

De cualquier forma, se itera, existe suma claridad en lo que tiene que ver con la ocurrencia del suceso, ello por los testimonios de quienes de una u otra forma fueron sus protagonistas y además, por los resultados del dictamen sexológico donde informa la Legista que no se hallaron huellas físicas de lo narrado por la menor, pero sabido es que en tratándose de actos sexuales abusivos, éstos NO DEJAN RASTRO; a su vez se encuentra con el reconocimiento psiquiátrico del Galeno de Medicina Legal experto en la materia, quien refiere lo concerniente con la credibilidad que le merecen los relatos de [la menor] y que sus mentiras lejos de restarle convencimiento la hacen una víctima susceptible al abuso sexual, porque los abusadores piensan que no le van a creer.

25. Por cuenta de dicha orden el señor BB HH fue capturado el 16 de febrero de 2007 (copia del certificado expedido por el director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Manizales, f. 4, c. 2).

26. El 27 de junio de 2007, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales profirió sentencia mediante la cual absolvió al señor PP EE BB HH del punible de acto sexual abusivo con menor de catorce años que se le imputaba, tras encontrar que no se había desvirtuado su presunción de inocencia (copia de la sentencia⁴, f. 14-22, c. 1):

Como usualmente acontece en asuntos de esta naturaleza, dada su particularidad, se cuenta generalmente con las versiones contradictorias de la ofendida y el acusado, pero en este caso, especialmente se ha generado controversia para demostrar la materialidad del suceso y

⁴ Dicha providencia quedó ejecutoriada el 9 de julio de 2007, de conformidad con el auto expedido en la referida fecha, que obra a folio 26 del cuaderno 1.

obviamente su autor. Primero porque no hubo evidencia física de que para junio de 2003 la menor (...) hubiese sido agredida sexualmente, debido a que revisada por el médico legista no se encontraron signos de manipulación sexual o de daño físico; y, segundo, porque desde la génesis del investigativo la denunciante aseguró que su sobrina (...) de once años –edad establecida con el registro civil de nacimiento-, había sido manipulada libidiniosamente por el señor PP EE BB HH, quien además para la época de los presuntos abusos era el compañero sentimental de la progenitora de la menor.

Y de otro lado, que el acusado se ha sostenido en sus descargos, en la audiencia pública, que nunca agredió el pudor sexual de la menor (...), a quien siempre cuidó, respetó y quiso como si fuera su propia descendiente, su hija, indicando que ignora las razones por las cuales la niña le incriminó tocamientos eróticos solamente hasta cuando por problemas de pareja se separó de su progenitora, e informó que habían existido muchas divergencias en el hogar debida a que la niña acostumbraba sustraer dinero de la tienda de su mamá y atribuirle sin ningún reparo tales hechos a él, aunque contrariamente en la escuela aducía que la plata, era él el que se la regalaba, lo que era totalmente falso.

El enjuiciado en forma reiterativa se declaró ajeno a las imputaciones de la menor (...), precisando que usualmente no se quedaba solo con la niña, pues se dedicaba a la atención de una tienda que tenían en la misma vivienda, circunstancia corroborada por la (...) –hermana de la víctima- quien puntualizó que durante la convivencia del procesado con su progenitora, éste se comportaba de forma respetuosa y que [la presunta víctima] se ha manifestado como una niña con gran capacidad para la ideación de mendacidades.

Ciertamente esta declarante desde los inicios de la investigación y hasta el juicio, afirmó que su hermanita (...) es mentirosa, con inclinaciones a explorar las actividades sexuales de otras personas, incluso a espiar a su propia mamá, situación que no pudo denegar la misma señora (...), al decir que, su hija en verdad es dada a las falsedades, hurtaba dinero de la tienda y le endilgaba tales hechos al señor PP, e incluso no asistía a la escuela sosteniendo, sin ningún reparo, que sí cumplía sus obligaciones estudiantas. Se conoció en este caso que la menor (...) tiene “algunas alteraciones de conducta, que pueden ser facilitados por la disfuncionalidad del medio”, como bien lo dictaminó el psiquiatra forense, además, que en la actualidad hubo de ser internada en un centro de rehabilitación, a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Así pues, para demostrar la materialidad de los hechos solamente se cuenta con la relación que de los mismos hizo la menor víctima a su tía y ante las autoridades que avocaron la investigación, porque se repite, no presentó en su corporeidad huella física que corroborara la incriminación. Tampoco militan en este evento elementos de convicción que desvirtúen las manifestaciones exculpativas del procesado PP EE HH BB, por el contrario las declaraciones de la señora (...) y de (...) tornan verosímiles tales aseveraciones y adentran al Despacho en un estado de fluctuaciones que le impiden asumir con seguridad una postura no sólo frente a la ocurrencia del suceso, sino respecto al compromiso del procesado.

Y es que como lo dijo el Representante del Ministerio Público en el debate público, en este caso al cumplir el imprescindible análisis para finiquitar la causa, se encuentra un conjunto de incertidumbres respecto al

comportamiento y el compromiso jurídico penal del procesado, porque la menor (...) no resulta una fuente digna de credibilidad según se conoció a través de integrantes del núcleo familiar, convalidada en parte con la experticia psiquiátrica, por consiguiente es imposible en estos términos edificar en su contra un juicio de responsabilidad.

Contrario a la postura de la representante de la Fiscalía, quien informó que realmente existieron manipulaciones sexuales provenientes del señor PP EE BB (...), con sustento en la declaración de la víctima, este juzgado proclama, en este evento, que no se puede arribar a idéntica deducción, aunque no deja de considerar extraño que la impúber teja la versión ofrecida sin algún fundamento o adiestramiento, entonces este sería un argumento válido para afectar al procesado con una sentencia condenatoria, pero como ya se esbozó, al encontrar que se trata de una niña proclive a la mentira y las múltiples circunstancias nebulosas – variando su dicho en aspectos como: La localización de los tocamientos; sobre la relación del acusado con su progenitora; el tiempo que conocía al agresor-, difusoras de una gama de cuestionamientos sin respuesta, surge ostensible todo un cúmulo de dudas que por mandato legal deben resolverse a favor del procesado.

27. El señor BB HH recuperó su libertad el 28 de junio de 2007, con la celebración de una diligencia de compromiso y el pago de una caución (copia del acta de compromiso, f. 24, c. 1; copia de la boleta de libertad, f. 25, c. 1; copia del certificado expedido por el director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Manizales, f. 4, c. 2).

28. El privado de la libertad PP EE BB HH es hijo de la señora Noelia HH -o II HH- (copia del registro civil de nacimiento, f. 9, c. 1) y es hermano de los señores VV, MM, NN, AA, María OO, LL y UU BB HH (copia de los registros civiles de nacimiento, f., 5-12 c. 1).

29. Para el 14 de febrero de 2007 el señor BB HH laboraba como pintor a órdenes del señor JJ Didier HH. Una vez recobró su libertad recuperó su puesto de trabajo. Para el 13 de febrero de 2008 devengaba mensualmente la suma de un millón de pesos (\$ 1 000 000) (copia de la certificación expedida por el señor HH⁵, f. 13, c. 1).

IV. Problema jurídico

⁵ “La presente hace constar que el señor PP EE BB HH, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.259.172 de Aguadas Caldas; labora para esta empresa como pintor desde el día 02 de Enero de 1998 y en la actualidad percibe ingresos mensuales de \$1.000.000 (Un millón de pesos mct). Es de anotar que dejó de laborar desde el 14 de febrero de 2007 hasta el 02 de junio del mismo año, por haber sido recluido en la cárcel Nacional de Varones de Manizales de donde le otorgaron libertad por declararlo inocente. En la actualidad se encuentra activo y con contrato a término indefinido. Para constancia se firma en Manizales a los 13 días del mes de Febrero de 2008”.

30. Le corresponde a la Sala determinar si hay responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad a la que fue sometido el señor PP EE BB HH por cuenta del proceso penal adelantado en su contra, teniendo en cuenta que, posteriormente, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales lo absolvió del delito que se le imputaba en aplicación del principio del *in dubio pro reo*. Para el efecto, deberá verificarse, especialmente, si no se configuró un hecho de la víctima susceptible de romper el nexo causal.

V. Análisis de la Sala

31. De conformidad con los elementos de prueba obrantes en el expediente, se encuentra probado **el daño** causado a los demandantes, comoquiera que está debidamente acreditado que el señor PP EE BB HH estuvo vinculado a un proceso penal como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, en el marco del cual se dictó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

32. En cuanto al **régimen de responsabilidad** aplicable en estos casos, se debe precisar que el fundamento legal de la responsabilidad a cargo del Estado por daños causados con ocasión de la privación injusta de la libertad estaba constituido por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que disponía:

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

33. En interpretación de dicho artículo, el criterio de esta Corporación en relación con la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad, es el siguiente:

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante

sentencia absolutoria definitiva o su equivalente⁶, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicato, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el sindicato no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicato, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél⁷.

34. Bajo estos lineamientos, la privación injusta de la libertad implica una responsabilidad de carácter objetivo en la que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla; al damnificado le basta con acreditar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención. Con esa demostración, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos.

35. Sobre el asunto, es preciso advertir que para el momento en el que se dispuso la captura del señor BB HH ya había entrado en vigencia la Ley 270 de 1996, cuyo artículo 68 establece que “*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios*”, e igualmente se había expedido la Ley 600 del 2000 que derogó expresamente lo dispuesto en el Decreto 2700.

36. Ahora bien, la Sala se aparta de la opinión del tribunal, comoquiera que esta Corporación ha considerado que si bien el artículo 68 de la referida ley se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la

⁶ [18] “A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art. 443) o auto de cesación de procedimiento (art. 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquélla para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp: 12.076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp: 13.449”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

actuación de cualquiera de sus ramas u órganos haya sido “abiertamente arbitraria”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos.

37. Al mismo tiempo, el Consejo de Estado ha señalado que las hipótesis de responsabilidad objetiva establecidas en el artículo 414 del Decreto 2700, con independencia de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, no por una aplicación ultractiva de dicho precepto, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, puesto que, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión. Se ha dicho:

Es importante precisar que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación⁸.

*En consecuencia, la Subsección no avala una aplicación ultractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma.*

Es decir, cuando se absuelve al procesado porque el hecho no existió, no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

Lo anterior, lejos de suponer una aplicación ultractiva del derogado artículo 414 del decreto ley 2700 de 1991, implica el reconocimiento de que en esos supuestos resulta injustificado imponer al administrado la carga de acreditar que la administración pública incurrió en una falla del servicio. Por el contrario, la fuerza y contundencia de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el

⁸ [3] “Sobre el particular, consultar la sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

hecho no constituía conducta punible), refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso⁹.

38. Además de los tres eventos previstos en el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia del 17 de octubre de 2013, consideró que también debía aplicarse un régimen de responsabilidad objetivo en los eventos en los que el sindicado es absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, es decir, cuando las pruebas dentro del proceso penal no generan en el juzgador una certeza más allá de toda duda razonable respecto de la configuración de la conducta típica, antijurídica y culpable. Al respecto se ha dicho:

15.3. *Lo anterior también resulta extendible a aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sujeto privado de la libertad se sustentó en la aplicación del principio in dubio pro reo, más aún si se tiene en cuenta, que en la mayoría de estos casos, las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo, estuvieron estrictamente ajustadas a la normatividad correspondiente. Así mismo, es menester dejar claro, que la injusticia que reviste la privación de la libertad en éstos eventos, no deriva de la ilicitud en el proceder de los funcionarios judiciales, sino en que la víctima no se encontraba en el deber jurídico de soportar los daños ocasionados como consecuencia de habersele impuesto una detención “preventiva” mientras se le adelantaba un proceso penal, el cual culminó con una decisión absolutoria, evidenciándose así que el Estado, quien fue el que ordenó esa detención, fue incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia de la que siempre gozó el afectado: antes, durante y después de la actuación penal desplegada en su contra.*

15.4. *En suma, también se le habrá causado un **daño especial** a la persona privada de su libertad de forma preventiva y que posteriormente fue absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño fue con la finalidad de alcanzar un beneficio para la colectividad, interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias, y que con todo esto, únicamente se afectó de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, se ocasiona con esto una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, lo que indica que esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en armonía con el artículo 90 constitucional. Para llegar a tal afirmación, esta Corporación, en sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹⁰, realizó el siguiente cuestionamiento:*

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia del 19 de octubre 2011, exp. 1994-02193 (19151), C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁰ [13] “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de octubre de 2013, exp. 23346, M.P. Mauricio Fajardo Gómez”.

¿Podrá sostenerse entonces que ese individuo está en el deber jurídico de sacrificar su libertad o, lo que es lo mismo, de soportar la privación de su libertad, única y exclusivamente para que la sociedad pueda beneficiarse de la observancia y de la aplicación de las normas penales que regulan esa clase de procesos? ¿A qué quedaría entonces reducido el valor de la libertad, aquél que justifica y explica la existencia¹¹ misma de la Constitución Política y que a la vez constituye uno de sus principales cometidos y fines esenciales –como que la limitación al ejercicio del poder público sólo cobra sentido en función de asegurar la efectividad real de la libertad de los asociados–? ¿Acaso pasaría de constituir un propósito esencial –fin esencial– para convertirse en un simple medio que facilite la existencia de la sociedad y la convivencia en comunidad, de tal manera que los individuos tuvieran el deber de soportar su privación y su sacrificio en aras de facilitar la consecución de ese nuevo fin?¹².

39. De acuerdo con estos lineamientos, contrariamente a lo que sostuvo el *a quo*, el caso bajo estudio implica una responsabilidad de carácter objetivo en la que no es necesario probar que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de falla; al damnificado le basta con acreditar que estuvo privado de la libertad en el trámite de un proceso judicial, que culminó con una decisión favorable a su inocencia y que le causó un daño con ocasión de la detención. Con esa demostración, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos.

40. En el **caso concreto**, se advierte que el señor PP EE BB HH fue absuelto mediante sentencia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Manizales, en la cual se dijo que si bien obraba en su contra la declaración rendida por la presunta víctima, esta no resultaba suficiente para deducir la responsabilidad penal del sindicado más allá de toda duda razonable, comoquiera que las demás pruebas obrantes en el expediente -esto es, la declaración de la hermana y de la madre de la menor- hacían factibles las exculpaciones realizadas por el ahora demandante al tiempo que cuestionaban la probidad del dicho de la presunta ofendida.

¹¹ [14] “En los regímenes absolutistas, no democráticos, en los cuales no existe –en el verdadero sentido de su expresión–, **libertad** para los individuos y en los cuales, por tanto, no existe propósito real de garantizarla de manera efectiva, tampoco existe una verdadera Constitución Política, por elemental sustracción de materia, en la medida en que carecería de sentido limitar el ejercicio del Poder, porque su abuso frente a los individuos no desencadenaría consecuencia alguna para el Estado y, por ello mismo, tampoco se requeriría una separación de poderes porque en esa misma línea dejaría de tener sentido un sistema de pesos y contrapesos que sólo se justifica y se explica en función de la protección de los Derechos de los asociados, amén de que la consagración de una Carta de Derechos en esos escenarios no tendría más propósito que el de cumplir un papel puramente formal y teórico”.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 26 de junio de 2014, exp. 2003-02376 (29890), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

41. En los términos de la jurisprudencia atrás transcrita, estos hechos bastarían para que se configure la responsabilidad del Estado por la privación de la que fue objeto el señor BB HH, pues contrario a lo que consideró el tribunal *a quo*, no era necesario que se produjera una falla de servicio en la actuación de la administración de justicia para tornar en antijurídico el daño que sufrió el ahora demandante al ver limitado su derecho fundamental a la libertad.

42. Sin embargo, como pasa a verse, en el presente caso se configuró un hecho de la víctima por la actuación dolosa del demandante, circunstancia que, por romper el nexo causal, da lugar a denegar las pretensiones de la demanda.

43. Sobre dicha causal de exoneración, esta Corporación ha manifestado que aplica en los eventos en los cuales la víctima con su actuación exclusiva y determinante fue quien dio lugar a que se profiriera en su contra la medida de aseguramiento. Al respecto, el numeral 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece esta posibilidad, al preceptuar que:

(...) Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (...).

44. Adicionalmente, la Ley 270 de 1996 en su artículo 70 señaló que el hecho de la víctima da lugar a exonerar de responsabilidad al Estado, así: *“(...) El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley”*. De conformidad con lo dicho, el referido fenómeno se configura cuando el afectado dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o culposa en términos netamente civiles, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles.

45. Ahora bien, es importante anotar que las consideraciones relativas a si el hecho de la víctima, esto es, la actuación dolosa o gravemente culposa de la persona privada injustamente de su libertad, fue determinante para la producción de este daño, es decir, si fue o no su causa eficiente, se circunscriben al análisis de imputabilidad de este último, indispensable en cualquier juicio de

responsabilidad, pero de ningún modo implican un juicio sobre lo bien o mal fundado de la actuación de la autoridad que haya dispuesto la captura o la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

46. En efecto, al margen de que la actuación de la víctima fuera o no de aquéllas que dan lugar a la captura; o constituyera o no un indicio de responsabilidad que, de acuerdo con la normativa penal, habilitara proferir medida de aseguramiento -análisis propios del régimen de responsabilidad subjetivo, esto es, el fundado en la falla del servicio-, lo que interesa para el estudio de la causal eximente de responsabilidad del hecho de la víctima es que su conducta, dolosa o gravemente culposa desde la perspectiva civil, haya sido la causa eficiente del daño, es decir, la razón sin la que aquél no se habría producido, estudio que puede ser adelantado sin que ello signifique que, al mismo tiempo, se esté valorando si la autoridad penal correspondiente actuó correctamente o no a la hora de tener en cuenta dicha conducta para efectos de ordenar la privación de la libertad.

47. En el *sub lite*, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, en especial de las providencias proferidas en el curso de la investigación penal, se encuentra que las mismas pruebas que facilitaron que se expidiera una sentencia absolutoria en materia penal, valoradas desde una óptica civil, permiten concluir que el señor BB sí incurrió en una conducta reprochable al afectar la dignidad sexual de la menor que tenía a su cargo.

48. Y es que no puede perderse de vista que dado que los procesos penales y de responsabilidad administrativa atienden a finalidades disímiles y se rigen por normas, principios y objetivos diferentes, puede ocurrir que la misma conducta que, en materia penal, dio lugar a proferir medida de aseguramiento en contra del sindicado pero, a la larga, no cumplió con los requerimientos necesarios para fundar una condena -lo que en esa materia conlleva necesariamente a una sentencia absolutoria-, desde la perspectiva civil constituya dolo o culpa grave y rompa el nexo de causalidad que puede establecerse entre el daño cuya indemnización se reclama y la actuación de la Fiscalía General de la Nación.

49. En el proceso penal, obran las copias de sendas declaraciones que rindió la menor, en las que se lee:

(...) *Manizales, diez de julio de dos mil tres*¹³ (...) *mi mamá empezó a hacer turnos en un restaurante y yo me quedaba sola en mi casa y entonces el señor PP EE BB HH llegaba al medio día y el me cogía y me decía que venga juguemos y él me llegó a tomar en la “cuquita, en el culito” y yo me iba y él me iba a coger para besarme y yo no me dejaba. Mi mamá hacía los turnos en el restaurante los días viernes, sábados y domingos. Los tocamientos que me ha hecho él ocurrieron cuatro veces y en los días en que mi madre estaba trabajando. Los tocamientos que me hizo PP EE los realizó por encima de mi ropa, no me llegó a desnudar y tampoco él se desvistió (...) Los tocamientos ocurrieron en el mes de junio de este año (...) yo no le dije a nadie, es que él me dijo “no le vaya a contar a su mamá”, pero no me amenazó de ninguna manera (...) yo le vine a contar a mi mamá cuando él ya se había ido de la casa. Ella me dijo que se sentía culpable por haberme dejado sola con él (...) ella lo llamó para hacerle el reclamo de los tocamientos que me hizo y él le decía que no dijo que era yo quien me insinuaba a él y entonces me decía que cuando saliera del baño jugábamos y yo me vestía y me metía debajo de las cobijas para evitar que me tocara y entonces iba a la pieza y me decía que fuéramos a jugar entonces yo me ponía brava y él se iba para otra pieza (f. 15, c. 2).*

*Manizales, quince 15 de Mayo de dos mil seis (2006)*¹⁴ (...) *Que él me empezó a tocar el cuerpo el me tocaba los senos y la vagina, por encima de la ropa en (sic) no más me pasaba la mano y ya (explica con la mano) no se demoraba tocándome. En los senos también me cogía y me sobaba (explica como lo hacía), eso ocurrió cuatro veces, la última fue hace dos años yo estaba en sexto y no he perdido años. La última vez fue hace dos años porque yo estaba en séptimo cuando nos pasábamos de casa y él se había ido dos semanas antes, yo tenía como doce años (...) PREGUNTADO. Qué otras personas se dieron cuenta que este señor te tocaba. CONTESTÓ. Nadie más porque siempre estábamos solos, nadie vio, yo le conté nada más a mi mamá y a mi tía. PREGUNTADO. Alguna vez tu mamá le reclamó lo que estaba haciéndote en presencia tuya, en ese caso que respondió PP EE. CONTESTÓ. Él dijo que era mentira que él o había hecho eso y yo le dije delante de mi mamá que sí lo había hecho y el no dijo nada y ahí mi mamá le dijo que no lo quería volver a ver. (...) PREGUNTADO. Dinos si alguna vez trató de tocarte metiéndote la mano por dentro de la ropa. CONTESTÓ. No señora. PREGUNTADO. Cuándo te tocaba tú que le decías a él. CONTESTÓ. Yo le decía que no me tocara que me respetara y él me decía que eso era jugando que me dejara (f, 24-25, c. 2).*

50. Si bien es cierto que a lo largo del proceso penal tanto la hermana (f. 28-29, c. 2) como la madre de la menor (f. 26-27, c. 2) son contestes en señalar su tendencia a decir mentiras -aunque esta última, en lo relativo al hecho puntual, es enfática en señalar que sí le creyó a su hija, tanto así que terminó la relación amorosa que mantenía con el ahora demandante-, esta circunstancia, para la Sala, no es suficiente para restarle mérito probatorio a su dicho.

¹³ Rendida cuando la menor tenía 11 años.

¹⁴ Rendida cuando la menor tenía 14 años.

51. Efectivamente, en primer lugar se advierte que el hecho de que la menor con anterioridad dijera falacias respecto de asuntos particulares -relativos a la toma de dinero de su madre y al cumplimiento de sus obligaciones escolares-, no significa necesariamente que cualquier dicho suyo constituya una falta a la verdad, en especial si se trata de un asunto de tal trascendencia como el presunto acoso que sufrió. De otra parte, se tiene que varias de las mentiras que se le achacan acaecieron con posterioridad a los hechos denunciados, de donde no es factible que con base en ellas se pretenda infirmar su dicho. Pero más importante aún, se tiene que respecto de la credibilidad de la menor se practicó un dictamen pericial, por parte de una psiquiatra forense, en el que se consignó lo siguiente (f. 46-50, c. 2):

VERSIÓN QUE HACE EL EXAMINADO SOBRE LOS HECHOS¹⁵

“Mi mamá me dijo que por lo que pasó con mi padrastro, eso fue hace más o menos tres años, yo vivía en San Sebastián y a mi mamá le tocaba irse a trabajar, entonces el padrastro empezó a tocarme y yo le decía que no me tocara que le decía a mi mamá y me decía que si lo contaba, nos echaba de la casa y entonces una vez le dije a mi mamá y mi mamá lo echó de la casa y no lo volví a ver. Él se llama PP EE, vivió con mi mamá desde que yo tenía seis años hasta que yo tenía 12 años. Él empezó a hacer eso cuando yo estaba viendo televisión, él lograba mientras que la gente no iba a comprar, porque teníamos una tienda y mi mamá salía a trabajar. Tenía once años cuando empezó a hacer eso, no más lo hizo cinco veces, él me tocaba las partes íntimas, la vagina y los senos, lo hacía por encima de la ropa, yo lo quitaba y él me cogía con fuerza, lo hizo varias semanas, no sé por qué hacía eso. No le decía a mi mamá porque me daba miedo que mi mamá no me creyera. Le conté a mi mamá porque yo ya estaba cansada, yo le dije que él me estaba tocando mientras ella se iba a trabajar. Mi mamá habló con él y él dijo que eso era mentira, ella lo echó de la casa y se quedó con nosotras. (...) PP con ella en otras condiciones “era cariñoso cuando estaba mi mamá. No me gritaba ni nada, él no me gritaba ni me castigaba”.

Luego la menor refiere “PP me tocó en días diferentes”, sobre la primera vez que estaba vestida con un pantalón y un buzo, “estábamos en la pieza mía, la casa tenía dos piezas, en la pieza de allá dormía mi mamá con él y en la otra y yo si venía mi hermana con ella. Eso era como por la tarde, más o menos por ahí a las tres, él estaba en la tienda vendiendo y se fue para mi pieza y me empezó a tocar y él me decía que no y me cogía a la fuerza. La segunda vez fue en la misma pieza cuando terminó de atender, en la mañana “yo estaba viendo televisión, estábamos en vacaciones, entre la primera y la segunda vez que me tocó habían (sic) pasado un día”.

(...)

EXAMEN DEL ESTADO MENTAL ACTUAL

Apariencia general: Buena presentación personal.

Actitud: Colaboradora, con actitud sincera.

¹⁵ La declaración se rindió cuando la menor tenía 15 años.

Conciencia: Alerta.

Orientación: Orientada en persona, tiempo y lugar.

Atención. Euproséxica.

Lenguaje: Discurso coherente, con buena capacidad de comprensión y expresión.

Pensamiento: Lógico, con una abstracción conservada, sin ideas depresivas ni de tipo delirante.

Sensopercepción: Sin alteraciones alucinatorias.

Memoria: Sin alteraciones.

Afecto; Modulado.

Prospección: Parcial.

Inteligencia: Impresiona clínicamente como dentro del promedio.

Conducta motora. Adecuada. Marcha adecuada, buena coordinación.

DISCUSIÓN

La menor (...) procede de un medio familiar disfuncional, el padre ha estado ausente la mayor parte del tiempo y la relación con la madre ha sido generalmente distante, quedando bajo el cuidado de una tía generalmente. No hay antecedentes de afecciones al nacer y el desarrollo psicomotor se dio dentro de límites normales. Ha realizado estudios de primaria y de secundaria con un desempeño académico aceptable, refiriéndose quejas disciplinarias con frecuencia, especialmente por evasiones escolares, presentándose de acuerdo a la madre alteraciones conductuales en los últimos años y que parecen estar asociadas a la disfuncionalidad dentro del medio familiar,

No ha recibido tratamiento por psiquiatría y niega uso de estupefacientes. En el examen mental se aprecia una interacción conflictiva con la madre, su afecto se encuentra modulado, mantiene un discurso adecuado, coherente, no hay alteración a nivel cognitivo ni síntomas de tipo psicótico, y su nivel intelectual impresiona clínicamente como dentro del promedio. Aunque aún no se definen unos rasgos de personalidad en la menor por su edad, no se aprecia en ella un comportamiento que permita inferir que la joven es fácilmente influenciable por los demás.

Sobre los hechos que se investigan, menciona que fue abusada por su padrastro PP, en varias ocasiones, lo cual ocurría cuando su madre estaba trabajando, refiriendo que éste tocaba su área genital por encima de la ropa (...). En la entrevista se aprecia en la menor una actitud sincera, manifiesta los hechos con un relato coherente, respaldando su verbalización con el afecto y con una versión similar a la que ha dado en otras ocasiones en el proceso. Aunque se refieren por parte de su madre, diversos cambios de comportamiento de la menor desde hace varios años, durante la etapa escolar, manifiestos principalmente por rebeldía y evasiones de la escuela, estos parecen estar asociados principalmente a la disfunción que pueda darse dentro del medio familiar y no son consecuencia directa de los hechos. Si bien los cambios en conducta se refieren en la menor en algún momento podrían facilitar el uso de mentiras, de acuerdo a lo revisado en el proceso y la versión actual de la menor, no se considera que lo mencionado por ella sea producto de la mentira, sino que más bien esta condición en la menor puede favorecer de alguna manera el ser víctima con mayor facilidad de un abuso sexual.

CONCLUSIONES

1. En la versión que hace la menor (...) sobre los hechos, se parecían elementos que permiten dar credibilidad a su relato.

2. La menor (...) presenta algunas alteraciones de conducta, que

pueden ser facilitados por la disfuncionalidad del medio, sin que se aprecien criterios completos para un trastorno de conducta.

3. Como consecuencia de los hechos que se investigan actualmente no se evidencia en la menor la presencia de una perturbación psíquica.

4. Aunque aún no se definen unos rasgos de personalidad en la menor por su edad, no se aprecia en ella un comportamiento que permita ingerir que la joven es fácilmente influenciable por los demás (resaltado del texto).

52. En ese entiendo, considera la Sala que dado que un experto en el tema conceptuó que no había motivos para descreer de lo declarado por la menor, no puede el juez dejar de darle valor a su dicho para, en su lugar, privilegiar lo manifestado por el presunto victimario.

53. Para el efecto, debe tenerse en cuenta que siempre que se advierta la capacidad cognoscitiva de un menor para rendir declaraciones, debe dársele a su dicho la mayor credibilidad, sin que esto signifique, claro está, que el testimonio no pueda ser valorado de conformidad con las reglas de la sana crítica.

54. En ese sentido, se advierte que ignorarlo o menospreciarlo por el simple motivo de provenir de un infante, especialmente cuando ha sido avalado por un especialista en el ramo respectivo, no sólo vulnera sus derechos prevalentes sino que constituye una conducta antijurídica que lo revictimiza. Al respecto, esta Corporación se ha pronunciado en una providencia que, por su importancia, se transcribe *en extenso*¹⁶:

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

*Es más, las estadísticas oficiales ponen de presente la magnitud de la violencia sexual en contra de los menores de edad*¹⁷:

Las investigaciones desarrolladas por el Instituto Nacional de Medicina Legal, por ejemplo, han puesto de presente que a partir del criterio de la edad, los niños constituyen el grupo etario más afectado por los delitos sexuales, como lo demuestra el hecho de que entre los años 2003 y 2010, los menores representan entre el 70 y el 75% de las

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 2009-00369 (41208), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁷ [31] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez”.

víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales¹⁸.

Asimismo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha señalado que las niñas están más expuestas al maltrato infantil que los niños¹⁹, y que en el caso específico de la violencia sexual, el género femenino representa el 85% de los sujetos pasivos, mientras que el masculino tan solo el 15%²⁰. En el año 2011, por ejemplo, entre los 0 y los 4 años se recibieron 1.221 denuncias por delitos sexuales contra niñas, frente a 437 contra niños; entre los 5 y 9 años, la proporción es de 2.676 frente a 1.000, entre los 10 y los 14 años, de 4.574 frente a 756, y entre los 15 y los 17 años, de 1.841 frente a 254^{21 22}. Y en el año 2010, de los 17.318 exámenes médicos legales efectuados a menores, 3.024 corresponden a niños, y los restantes 14.294 a niñas; en el año 2011 la proporción se mantuvo, pues de los 19.617 exámenes practicados, 3.405 fueron para varones, mientras que 16.212 para mujeres menores de edad²³.

En cuanto a las circunstancias en las que ocurren generalmente las violaciones a los menores de edad, se señala²⁴:

(...) el escenario típico de la violencia y el maltrato infantil es el propio núcleo familiar del niño, y en el seno del hogar, cuyas dinámicas internas no están expuestas al control y al escrutinio público, en virtud del principio general que reconoce la autonomía y la intimidad de la familia²⁵. La conclusión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según la cual “desafortunadamente, el lugar donde ocurren estos hechos violentos contra niños, niñas y adolescentes, es el hogar y los demás entornos creados para su protección y desarrollo”²⁶, es respaldada por las estadísticas oficiales. Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y

¹⁸ [32] “[Cita del texto transcrito] “Examen médico legal por presunto delito sexual”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: [33] “<http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

¹⁹ [34] “[Cita del texto transcrito] “Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras”, en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013”.

²⁰ [35] “[Cita del texto transcrito] “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, Boletín de Coyuntura Nro. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

²¹ [36] “[Cita del texto transcrito] “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, en Boletín de Coyuntura No. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

²² [37] “[Cita del texto transcrito] “Examen médico legal por presunto delito sexual”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

²³ [38] “[Cita del texto transcrito] “Examen médico legal por presunto delito sexual”, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

²⁴ [39] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, citada”.

²⁵ [40] “[Cita del texto transcrito] En este sentido, el artículo 44 de la Carta Política establece que ‘la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables’”.

²⁶ [41] “[Cita del texto transcrito] “Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras”, en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 4”.

Ciencias Forenses, durante el año 2011 la mayor parte de delitos contra la vida e integridad personal, y contra la libertad y formación sexuales de menores de edad, corresponde a la violencia intrafamiliar; los principales agresores fueron los propios padres (62,3%) y en un grado significativamente más bajo las madres, seguidos por el padrastro (8.5%) y otros parientes consanguíneos y civiles (7%); el lugar donde ocurrió el maltrato es la vivienda (62.5%), mientras que su realización en lugares sometidos al control público o social es altamente improbable; y finalmente, la mayor parte de estas agresiones ocurrió en la noche, especialmente entre las 6 y las 9 p.m.²⁷.

En lo que toca a los efectos del abuso sexual para la integridad del menor, se viene llamando la atención sobre la proyección en el tiempo y devastación de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, así – se destaca-²⁸:

Además, si de por sí toda conducta delictiva implica una agresión objetiva y grave a los bienes jurídicos sobre los cuales se asienta la organización social, pues justamente por ello es considerada como delito, cuando la víctima es un niño, cuando lesiona bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad personal o la libertad y la formación sexual, los efectos nocivos de (sic) potencializan y se proyectan en todas las esferas de la vida, y a lo largo de toda la existencia del menor.

En este sentido, la facultad de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana señaló en su escrito de intervención que algunos de estos delitos, como el maltrato intrafamiliar o el abuso sexual en menores de edad, producen, dependiendo de variables como la edad y el género del niño, el vínculo con el victimario, el tipo y magnitud de la agresión y su proyección en el tiempo o el entorno social, económico y cultural, una afectación y un impacto negativo profundo a nivel emocional, social, cognitivo e ideológico, que se manifiesta a través de sentimientos de baja autoestima, visión negativa de la vida, ansiedad, depresión, proclividad al suicidio, inestabilidad emocional, alternaciones de la personalidad, conductas de auto-lesividad y anti-sociales, trastornos de la alimentación, dificultades de aprendizaje, somatización, entre muchas otras.

De igual modo, el Comité de los Derechos del Niño ha llamado la atención sobre “los efectos devastadores de la violencia contra los niños”, porque pone en peligro su supervivencia y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Un primer nivel de efectos a corto, mediano y largo plazo se presentan en los propios menores de edad, y comprende lesiones mortales y no mortales, problemas de salud física, dificultades de aprendizaje, consecuencias nocivas a nivel psicológico y emocional, problemas de salud mental, y comportamientos perjudiciales para la salud. A su vez, lo anterior tiene repercusiones significativas en el entorno familiar y social, como el deterioro de las relaciones personales, la exclusión escolar, los conflictos con la ley y la reproducción de la violencia. Todo lo anterior provoca unos costos humanos, sociales y económicos inaceptables²⁹.

²⁷ [42] “[Cita del texto transcrito] Pedro A. Carreño Samaniego, *Comportamiento de la violencia intrafamiliar*. Colombia, 2011, Instituto Nacional de Medida Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 2012. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/4-F-11-VIF.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013”.

²⁸ [43] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez”.

²⁹ [44] “Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 6 de septiembre de 2013”.

Sobre las dificultades y barreras a los que se enfrentan los menores para denunciar el abuso sexual, se viene poniendo de presente –se destaca-:

En este contexto en el que la violencia y el maltrato infantil permanece oculto y en principio inaccesible para el conjunto de la sociedad y para el Estado mismo, el sistema de administración de justicia se activa con el acto de denuncia de quienes tienen conocimiento de la comisión del delito, que por esta circunstancia, se convierte en un componente fundamental de la lucha contra la impunidad, y en particular, de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de los niños.

Adicionalmente, en la medida en que la administración de justicia no solo asegura los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, **pues los fiscales y jueces también deben adoptar las medidas de protección y atención a las víctimas que sean necesarias para garantizar su seguridad personal y familiar, y para resguardarlas frente a la publicidad que tenga la potencialidad de afectar su vida privada o dignidad**³⁰, la denuncia se convierte en el mecanismo que impulsa la seguridad personal de los menores³¹.

(...)

Ahora bien. Pese a que la denuncia constituye el mecanismo de activación del sistema de protección de derechos del niño afectados por la violencia y el maltrato infantil, la confluencia de distintos factores impiden al menor proponer directamente este acto.

Por razones de orden físico, los menores de edad se encuentran imposibilitados para hacerlo. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que dentro de la violencia y el maltrato infantil, la primera infancia es una de las más golpeadas por este fenómeno. Según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del total de niños afectados por la violencia intrafamiliar, los comprendidos entre los 0 y los 4 años representan el 20% del total de la población, cifra nada despreciable, habida cuenta de que en tal rango de edad no existe la más mínima posibilidad de defensa frente al agresor, y mucho menos de denuncia³².

Además, por distintos factores de orden psicológico y emocional, usualmente los niños “no saben o no identifican estos actos como agresiones”³³. **Como por regla general los victimarios son personas que integran su núcleo familiar o que hacen parte de su entorno social, de modo que quien ejerce violencia sobre el menor es al mismo tiempo la persona que le satisface sus necesidades emocionales, afectivas, materiales y económicas,**

³⁰ [45] “Fiscalía General de la Nación, *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Procedimiento Penal Acusatorio*, Bogotá, 2009. Documento disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/ManualdeProcedimientosdelaFiscaliaenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

³¹ [46] “[Cita del texto (sic) transcrito] Así por ejemplo, se podría incluir al menor en el Programa de Asistencia y Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, o solicitar una media especial de protección a un organismo de policía”.

³² [47] “[Cita del texto (sic) transcrito] Pedro A. Carreño Samaniego, *Comportamiento de la violencia intrafamiliar*. Colombia, 2011, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 2012. Documento disponible en: <http://www.Medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/4-F-11-VIF.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013”.

³³ [48] “[Cita del texto transcrito] “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, *Observatorio del Bienestar de la Niñez*, Boletín de Coyuntura No. 2, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 4. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013”.

calificar tales actos como reprochables, es un proceso complejo y difícil. Así por ejemplo, en las hipótesis de violencia sexual perpetrada por los padres u otros parientes próximos del niño, el vínculo entre el agresor y el agredido genera un mensaje contradictorio de afecto y protección, y de intimidación y violencia, que usualmente impide al menor reconocer dichas maniobras como auténticos actos censurables y reprochables.

A este ingrediente se añade que la estructura jerárquica y las dinámicas de la familia. **En un contexto de dependencia y subordinación, en el que los menores requieren de sus padres o de sus otros cuidadores para su subsistencia, y en el que el núcleo familiar se conforma a partir de relaciones verticales de poder, mediadas también por sentimientos de amor, cariño y apoyo, difícilmente se puede esperar que los menores superen estas barreras y acudan a las autoridades públicas para informar sobre las irregularidades ocurridas en su entorno cercano, y para incriminar a sus propios cuidadores o parientes.**

Incluso existen limitaciones de orden jurídico, pues el mismo ordenamiento prevé la incapacidad del menor de edad, y la necesidad de que éste interactúe en el mundo jurídico a través de otros actores, normalmente sus padres, quienes ejercen conjuntamente la patria potestad³⁴. Análogamente, en atención a sus particularidades, por regla general los niños no pueden trabajar, y su manutención y sostenimiento está a cargo de sus padres, a quienes corresponde la denominada “responsabilidad parental”. Aunque de manera progresiva, a los menores se les ha reconocido un ámbito irreductible de autonomía, que se incrementa en la medida en que adquieren consciencia de sí mismos y de sus preferencias e intereses vitales, tal reconocimiento es sustancial y cualitativamente distinto de la capacidad y de la facultad para defender directamente sus derechos e intereses legítimos.

Así las cosas, en condiciones regulares no es de esperar que el menor que ponga en conocimiento de las autoridades la comisión de los delitos cometidos en su contra. Antes por el contrario, es inusual es que un niño logre tal acto de denuncia³⁵.

Con fundamento, entre otras, en las anteriores razones, se viene reiterando el deber en el sentido de que en la investigación de los delitos sexuales contra los menores de edad se hagan prevalecer sus derechos fundamentales, fines a los que sirve el principio pro infans que impone a las autoridades judiciales “...la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, en especial la de dar credibilidad a sus declaraciones y resolver las dudas en su favor. Desconocimiento que los revictimiza, conduce a la vía de hecho, perpetúa la violencia,

³⁴ [49] “El artículo 62 del Código Civil establece que ‘las personas incapaces de celebrar negocios serán representados (...) por los padres, quien ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos (...)’”.

³⁵ [50] “Tan exótico resulta que, recientemente, un caso de denuncia por un menor de edad fue noticia de primera plana en un medio masivo de comunicación. No obstante, este hecho inusual ocurrió después de dos años de maltrato sistemático. Con el título “Niño de 11 años denunció que era violado por su papá”, en la versión digital de El Tiempo, el día 15 de octubre de 2013 se informó que un menor de edad acudió al CAI del Siete de Agosto en la ciudad de Bogotá para pedir ayuda, después de haber sido violado y maltratado por su padre durante cerca de dos años. Una vez activado el sistema de protección de derechos, el agresor fue llevado ante un juez de control de garantías que le dictó medida de aseguramiento por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales abusivos e incesto, y por orden del ICBF, quedó bajo la custodia de una de sus tías. Documento disponible en http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/menor-de-edad-en-bogota-dice-que-era-violado-por-su-papa_13125784-4. Último acceso: 18 de octubre de 2013”.

discriminación y puede comprometer la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario.

Así lo tiene decidido la Corte Constitucional³⁶ –se destaca–:

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

(...)

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.

(...)

La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.”

Una de las principales razones que finalmente soportaron la sentencia de primera instancia objeto de impugnación en este caso, tiene que ver con la disyuntiva para fallar y resolver el caso frente a la duda que le ofrecía el material probatorio al fallador de primer grado. Tales apreciaciones que constituyen no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del

³⁶ [51] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2010, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva”.

artículo 44 superior, ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de un atentado sexual. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. Los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados.

Asimismo, se tiene por sentado que a los menores no se los puede someter a revivir las escenas de violencia sufridas y que la ampliación de la denuncia debe estar principalmente orientada a la protección de la víctima.

En efecto, conforme con las exigencias constitucionales de hacer prevalecer los derechos de los menores de edad, la investigación de los delitos de abuso sexual de los que son víctimas debe estar principalmente basada en el apoyo de profesionales especializados que aseguren la protección del derecho del menor, para evitar, en particular, martirizarlos con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, a revivir las escenas tormentosas, so pretexto de corroborar lo sucedido.

Así señala en la jurisprudencia³⁷ –se destaca–:

Así pues, al tenor de las reglas de la sana crítica, son los profesionales de la salud, como cualquier perito, los que determinan qué técnicas utilizan pues son ellos quienes tienen los conocimientos que les permiten llegar a conclusiones que auxilian a la actividad judicial. Un sistema jurídico social y humanizado como el nuestro, que repara en la persecución del delito, no puede olvidar la situación del niño doliente. Martirizar con más preguntas a quien es ya hostigado con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, es violar flagrantemente los derechos de una niña de tres años que logró en ambas entrevistas, a su manera, y con sus propias palabras, aportar elementos útiles en la reconstrucción de lo sucedido. Pretender un interrogatorio más exhaustivo es recorrer el laberinto de Dédalo, so pretexto de asegurar y corroborar lo sucedido; **ello viola la Constitución y acentúa a la postre el proceso de revictimización de la menor.**

Por esas mismas razones, se limita la ampliación de la denuncia a los fines principales de proteger y promover los derechos de la víctima³⁸ – se destaca–:

La inadmisión de denuncias sin fundamento, y la limitación de la ampliación de denuncia a una oportunidad, persiguen uno o varios de los siguientes objetivos: (i) garantizar que el acceso a la justicia penal, se realice con preservación de su ámbito propio, es decir como recurso extremo para la protección de derechos, cuya violación afecta las condiciones básicas de existencia de una colectividad; (ii) promover el orden social y los derechos fundamentales de los asociados al excluir la temeridad en la formulación de denuncias penales, que representan un alto costo para los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre; (iii) promover el ejercicio responsable del deber constitucional de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia; (iv) preservar el aparato jurisdiccional de usos indebidos que pueden generar

³⁷ [52] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-078/10, ya citada”.

³⁸ [53] “Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-1177/05, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño”.

dispersión de esfuerzos y recursos, y afectar su efectividad; (v) **promover los derechos de las víctimas de los delitos, al establecer presupuestos que propicien desde un comienzo una ruta exitosa para la investigación.**

*Sucede frecuentemente que las mujeres y niñas que acuden a la justicia se enfrentan a la libertad del agresor, pues sus afirmaciones no merecen credibilidad, así la denuncia es varias veces ratificada, la mujer revictimizada y enfrentada a un investigador que, además, la incrimina. Ratificación que, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, no le corresponde a la denunciante, pues ha sido prevista para hacer constar la correspondencia de –se destaca– “...**los actos urgentes que realizó la Policía Judicial,** previamente a la elaboración del programa metodológico”³⁹.*

De donde, recibida la denuncia la Fiscalía no tendría que exigir el requisito de ratificación, dispuesto en el ordenamiento para las diligencias adelantadas ante la Policía Judicial, máxime cuando la ampliación de la denuncia no se sujeta a los fines de esa actuación, esto es el esclarecimiento de los hechos y la promoción de los derechos de la víctima.

Asimismo, es común observar que sin evacuar la totalidad de las pruebas decretadas se precluya las investigaciones por abuso sexual, buscando en las conductas normales de las víctimas elementos de reproche, tales como censurar la ropa, los modales y la confianza en el agresor (resalto del texto).

55. De conformidad con lo expuesto, es claro que el hecho de que sea un menor quien aduce haber sido abusado, no significa que su exposición tenga de suyo menos mérito probatorio que lo que señaló el adulto sindicado en sus descargos; por el contrario, entre la ausencia de más pruebas que se refieran al hecho, en aplicación del principio *pro infans*, debe absolverse la duda a favor de quien se encuentra en condiciones de especial vulnerabilidad.

56. Esos principios, aplicados al caso concreto, conducen a la Sala a concluir que debe preferirse la versión proveniente de la menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense, sobre la que hace el sindicado, teniendo en cuenta que ellos dos son los únicos testigos presenciales del hecho.

57. Si bien en esas condiciones puede ser que la prueba referida no resulte suficiente para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia civil, donde basta con la explicación más razonable de acuerdo a lo probado, sí alcanza para concluir que el ahora demandante incumplió de manera dolosa el deber que le imponía el artículo 44 de

³⁹ [54] “Cfr., *Fiscalía General de la Nación*, 2005, ISBN 958-97542-5-2, pág. 23”.

la Constitución Política de Colombia, en cuanto a la especial protección que le merecían los derechos prevalentes de los niños, entre ellos, el de su integridad psicofísica:

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

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

58. En ese entendido, es claro que el sindicato, con su conducta civilmente reprochable, dio lugar al daño antijurídico cuya reparación ahora demanda. En consecuencia, la Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, aunque por las consideraciones aquí expuestas.

V. Costas

59. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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, se

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo de Caldas.

SEGUNDO: En consideración a que de hacerse pública la presente providencia se puede afectar el buen nombre de los demandantes, previamente a publicarla en

línea y a consignarla en los libros copiadores de jurisprudencia, por Relatoría de la Sección Tercera **REEMPLÁCENSE** los nombres de los actores y los demás elementos que puedan identificarlos, por unos ficticios.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVOLVER** el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado