



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 70001-33-33-008-2014-00294-01
M. DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTRO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuestos por la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual no accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA¹.

En ejercicio del medio de control de reparación directa, los señores **AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA** (víctima directa), **ARELYS DEL CARMEN MENCO VANEGAS**, **JENNIFER HERNÁNDEZ MENCO**, **EXNEYDER HERNÁNDEZ MENCO**, **YOJANA DEL CARMEN HERNÁNDEZ GAVIRIA**, **MARELVIS HERNÁNDEZ GAVIRIA**, **ALIRIO JOSÉ HERNÁNDEZ GAVIRIA**, **YASMIN HERNÁNDEZ GAVIRIA**, **ROGER HERNÁNDEZ GAVIRIA** y **APOLINAR HERNÁNDEZ CASTRO** (víctimas indirectas), por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la **NACIÓN RAMA JUDICIAL** y la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** con el fin de que se declarará administrativamente responsables a las entidades demandadas, por los daños antijurídicos que le causaron, con ocasión de la privación injusta de la libertad

¹ Folios 1-9 cuaderno de primera instancia.

de que fue víctima AMERILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA, durante el período comprendido entre el 13 de junio de 2013 a 07 de febrero de 2014..

Como consecuencia de lo anterior, se condenara a las entidades demandadas a pagar los perjuicios materiales e inmateriales, así:

- **DAÑO EMERGENTE:** las sumas de dinero que el demandante invirtió en el pago de honorarios al abogado que asumió su defensa dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, las cuales calculó en \$13.000.000.
- **LUCRO CESANTE:** por los salarios dejados de percibir por la víctima directa en el interregno en que estuvo privado de la libertad, en la suma de \$4.652.183.
- **PERJUICIO MORAL:** a la víctima directa, setenta (70) SMLMV y cien (100) SMLMV para cada uno de sus familiares.

Como **supuestos fácticos** se afirmó en la demanda que:

El 13 de junio de 2013 el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA fue detenido por orden del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Sucre, Sucre, previa solicitud realizada por la Fiscalía General de la Nación quien consideraba al mencionado señor como responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Luego de legalizarse la captura ese mismo día, se le imputó el delito señalado agravado por las circunstancias de ser la víctima menor de catorce años y pariente de su compañera permanente, frente a lo cual no aceptó cargos. En la misma diligencia, se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención en establecimiento penitenciario y carcelario.

La Fiscalía General de la Nación, el 8 de noviembre de 2013, acusó ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre, Sucre, al señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA por considerarlo autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado. Posteriormente, el 23 de enero de 2014 se adelantó audiencia preparatoria de juicio oral en la cual se declaró inocente.

El 5 de febrero de 2014 se llevó a cabo audiencia de juicio oral, en la cual la Fiscalía Trece Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre, Sucre, pidió que no se adelantará dicha audiencia en atención a que carecía de los elementos probatorios para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado. Dicha petición fue acogida por el juez de conocimiento, resolviendo precluir el proceso y declarar extinguida la acción penal a favor del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA, ordenándose la libertad inmediata del detenido.

Siendo así, el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA estuvo privado de la libertad desde el 13 de junio de 2013 hasta el 7 de febrero de 2014, que equivale a 6 meses y 24 días.

Al momento de ser privado de la libertad, el señor Hernández Gaviria realizaba actividades de trabajo de campo, devengando en promedio un salario mínimo legal mensual. Asimismo, convivía con la señora ARELYS DEL CARMEN MENCO VANEGAS, teniendo como hijos JENNIFER HERNÁNDEZ MENCO y EXNEIDER HERNÁNDEZ MENCO. El señor APOLINAR FRANCISCO HERNÁNDEZ CASTRO es padre del privado de la libertad, mientras que los señores YOJANA DEL CARMEN, MARELVIS, ALIRIO JOSÉ, YASMIN Y ROGER HERNANDEZ GAVIRIA son hermanos de la víctima directa.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 19 de diciembre de 2014 (Folio 1-9 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 28 de abril de 2015 (Folios 95 y ss C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 22 de junio de 2015 (Folios 100 y ss C. Ppal.).
- Contestación a la demanda Rama Judicial: 21 de octubre de 2015 (Folios 108 - 112 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda Fiscalía General de la Nación: no contestó la demanda.
- Audiencia inicial: 24 de febrero de 2016 (Folios 162-164 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 20 de abril de 2016 (Folios 170-172 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 22 de septiembre de 2017 (Folios 192-204 C. N°1.).
- Recurso de apelación: 6 de octubre de 2017 (Folios 210-212 C.N°1.).
- Auto que concede recurso de apelación: 17 de octubre de 2017 (folios 213 y ss)

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del proceso de la referencia únicamente la NACIÓN – RAMA JUDICIAL contestó la demanda en los siguientes términos²:

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda en la medida que no existe responsabilidad administrativa y patrimonial de la Rama Judicial por existir

² Folios 108-112 C. Ppal

ausencia total de la relación causal entre la ocurrencia del hecho generador y el actuar de la entidad.

Aseveró que en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad el título de imputación a aplicar, según la jurisprudencia vigente, es el régimen objetivo de responsabilidad, pero a pesar de eso es necesario que concurren los elementos indispensables para declarar la responsabilidad, siendo menester también encausar la temática bajo la égida de falla del servicio.

Manifestó que en el caso de marras, se tiene que la Fiscalía General de la Nación solicitó al Juez de Control de Garantías que se le impusiera medida de aseguramiento al señor AMARILDO HERNÁNDEZ GAVIRIA, ello en razón a que existía suficiente material probatorio donde se podía determinar la comisión de los delitos imputados, para lo cual el togado haciendo uso del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, logró inferir razonadamente que el señor mencionado posiblemente pudo haber cometido los delitos imputados. En esa diligencia, el juez hizo un análisis del material probatorio recaudado, incluyendo el informe policivo que daba cuenta que la detención del señor HERNÁNDEZ GAVIRIA al parecer accedió sexualmente a una menor de catorce años. De manera que la medida de aseguramiento impuesta por el Juez de la República estuvo ajustada a derecho teniendo como apoyo los elementos probatorios allegados a la Fiscalía quien fue la que pidió dicha medida.

1.4 LA SENTENCIA APELADA³.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el 22 de septiembre de 2017, en la cual negó las súplicas de la demanda conforme los siguientes argumentos.

Sostuvo que una vez analizadas las piezas probatorias aportadas al proceso, entre ellas, las actas y audios de las audiencias de imputación, audiencia de acusación, audiencia preparatoria de juicio oral, y audiencia de juicio oral, en las cuales extrae las intervenciones de la Fiscalía General de la Nación, del abogado defensor del acusado y del juez de conocimiento, el A quo consideró que al momento de ser proferida la medida de aseguramiento en contra del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA existían graves indicios en su contra como era: (i) denuncia penal de fecha 31 de mayo de 2013 suscrita por el señor Camilo Martín Menco Gómez; (ii) valoración por psicología de fecha 31 de mayo de 2013 suscrita por funcionaria de ICBF; (iii) entrevista a la menor N.M.A. de fecha 31 de mayo de 2013; (iv) dictamen médico legal rendido por el doctor Álvaro Munive Peláez, los cuales lo señalaban como el presunto

³ Folios 192-204 cuaderno de primera instancia.

autor de la conducta desplegada contra la niña. De manera que al solicitar la orden de captura, formular la imputación y solicitar la medida de aseguramiento, contaba la Fiscalía General de la Nación con suficientes elementos materiales probatorios que indicaban que el hoy demandante había posiblemente accedido carnalmente a la menor de edad, pruebas que a su vez sirvieron de apoyo para que el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre, Sucre, impusiera la medida de aseguramiento.

Indicó que el sujeto pasivo del delito investigado era una menor de edad de catorce años, por lo que las autoridades debían actuar de manera pronta y eficaz, de suerte que con la detención se buscaba preservar los derechos superiores de la menor, por ello no puede imputarse responsabilidad a las entidades demandadas por cumplir con el deber de investigación y juzgamiento que les han sido encomendado máxime cuando se trata de delitos graves.

Por tal motivo para el juez de primera instancia, el daño sufrido por el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA no tiene el talante de antijurídico, pues existían graves indicios en su contra que hicieron pensar a los entes demandados que era autor del abuso sufrido por la menor, pues existía en su contra una serie de elementos probatorios en su contra que se encuentran consignados en el escrito de acusación, que revisten de credibilidad en la medida que permiten evidenciar que el mencionado señor provocó el movimiento del aparato acusador y de la administración de justicia penal, siendo precluida después la investigación, dentro de la etapa de juicio oral, en la medida que la Fiscalía se quedó sin prueba que permitiera enervar la presunción de inocencia del acusado.

1.5 EL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación manifestando que en la valoración hecha por el A quo al caso de marras, introduce una exigencia nueva respecto de la responsabilidad del Estado cuando una autoridad judicial priva de la libertad a un individuo, como es la verificación sí al momento de proferirse la medida de aseguramiento existían indicios serios que condujeran a suponer que el imputado había participado en el ilícito por el que se averiguaba. De suerte que existe error en la decisión objeto de apelación pues establece un requisito no previsto en la ley para efectos de valorar la privación injusta de una persona.

Seguidamente mencionó:

“(…) una de las razones del desacuerdo con el argumento expuesto por el juez para desestimar las pretensiones fue la de no coincidir con el mérito probatorio que le dio a los elementos que disponía la fiscalía para hacer la imputación y solicitar la detención intramural. En efecto, no es entendible que a una prueba obtenida con evidente desconocimiento de la ley se le asigne la condición de elemento de convicción para privar de la libertad a un ciudadano y luego, la misma prueba la deseche en la etapa procesal subsiguiente por quebrantar el ordenamiento jurídico, con lo que se desvirtuó la acusación. Es esta situación la que me lleva a disentir del análisis del juzgador de primera instancia dado que la validez y legalidad de las probanzas debe estar garantizada en todo momento, incluida la etapa de legalización de captura e imposición de medida de aseguramiento.”

1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El recurso fue admitido por el Tribunal el 20 de noviembre de 2017 (Folio 4 C. de Apelación).

Por auto del 16 de enero de 2018 se ordenó correr traslado para alegar y al Ministerio Público para conceptuar (Folio 9 C. de Apelación).

En esta etapa procesal, se pronunció la parte demandada NACIÓN – RAMA JUDICIAL⁴ aseverando que la decisión proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo es completamente ajustada a la más adecuada forma de entender, interpretar y aplicar los principios de la responsabilidad extracontractual en materia de privación injusta de la libertad donde partimos del deber de reconocer, e incluso de oficio, la existencia de eximentes de responsabilidad, y la necesidad de valorar, en todos los casos, la inexistencia del deber de soportar la privación de la libertad por parte del demandante. A eso suma que en los asuntos como el presente, el juez puede y debe profundizar en todas las pruebas existentes en el proceso, con el fin de ahondar en la determinación o exclusión de la responsabilidad, y de esta manera no darle un alcance automático a la absolución penal para transformarla en indemnización, como suele ocurrir, sino que por el contrario, debe darse alcance a todos los poderes en cumplimiento de los deberes constitucionales, valorando los elementos probatorios indispensables para demostrar la existencia de un ilícito civil que se constituyó como causal excluyente de responsabilidad.

⁴ Folios 13-16 C. de Apelación.

Por su parte el extremo de la Litis también presentó sus alegaciones de segunda instancia en las cuales ratifica la postura asumida en la apelación.⁵

El **Ministerio Público** presentó concepto de fondo⁶ en esta oportunidad indicando que en el asunto de la referencia no tiene lugar uno de los eventos constitutivos del daño antijurídico, por cuanto al momento de restringir la libertad personal existían motivos fácticos y jurídicos, para adoptar la medida, conforme lo establecido en la ley, por consiguiente no debe aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad. No se puede concluir que siempre que se dicte sentencia absolutoria, o preclusión, el Estado deba responder patrimonialmente, porque si ello fuera así, es preferible no capturar a los delincuentes y dejarlos libres, no atiborrar las cárceles con presuntos delincuentes cuando se sabe que los jueces no fallaran en el término de ley.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Reparación Directa, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los antecedentes reconstruidos, en especial lo esbozado en los recursos de alzada, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico, *¿si el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA tenía el deber de soportar la medida de aseguramiento con medida privativa de la libertad dictada en el proceso penal seguido en su contra por el delito de abuso carnal abusivo con menor de catorce años?*

De ser negativa la respuesta, determinar si *¿las entidades demandadas son responsables administrativa y patrimonialmente responsables de la privación injusta de la libertad sufrida por el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA?*

2.3 ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

2.3.1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. CLAUSULA GENERAL. ELEMENTOS.

⁵ Folios 23-28 C. de Apelación.

⁶ Folios 29-33 C. de Apelación.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en su inciso primero establece la que se ha denominado, clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional que opera siempre que se verifique (I) la producción de un daño antijurídico (II) que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas.

El daño antijurídico, siguiendo la línea de pensamiento expuesta por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, “*consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar*”⁷. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas”⁸, dado que la antijuridicidad del daño no estriba en que la conducta sea contraria a derecho, sino, siguiendo la orientación española, en que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

García Enterría, enseña que, “*para que exista lesión en sentido propio, no basta que exista un perjuicio material, una pérdida patrimonial; es absolutamente necesario que ese perjuicio patrimonial sea antijurídico, antijuridicidad en la que está el fundamento, como ya anotamos del surgimiento de la obligación reparatoria*”. Agregando más adelante que, “*la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura de daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate*”⁹.

Por su parte, la imputación del daño es “la atribución de la respectiva lesión, la cual desde el punto de vista jurídico supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política”¹⁰.

Se ha dicho entonces que, “*La imputación variará dependiendo del sistema de responsabilidad frente al que se esté. Si es un sistema objetivo, no será necesario probar la presencia de culpa, pero en cambio, si se trata de un régimen subjetivo, será*

⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero

⁸ Expediente No. 18001-23-31-000-1996-09831-01(19388). Consejera Ponente: Olga Melida de De la Valle Hoz

⁹ García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, novena edición 2004, edit. Thomson Civitas. Página 378-379

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández

*obligatorio demostrar la culpa de la persona pública (o alguien que la represente) para poder cumplir con el requisito de la imputación*¹¹, lo cual muestra, que en manera alguna pueda entenderse que en Colombia se implantó un régimen absoluto de responsabilidad objetiva con la constitución de 1991, siendo en todo caso, las particularidades del caso, las que conduzcan a determinar bajo que óptica se debe realizar el juicio de imputación.

Recapitulando, para que surja el deber reparatorio, es necesario la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo a la Entidad Pública, sea a través de su acción u omisión, teniendo cabida en cada caso, el estudio de los distintos títulos de responsabilidad que con el transcurrir la jurisprudencia contenciosa fundada en el artículo 90 de la C. P., ha decantado, así como la existencia o no de causas excluyentes de responsabilidad.¹²

2.3.2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. ESTADO ACTUAL DEL PRECEDENTE.

El derecho fundamental a la libertad constituido en un derecho fundamental de aplicación inmediata, ligado estrechamente a la presunción de inocencia de una persona, mientras no sea condenada.

Valga la pena mencionar que los derechos fundamentales a la libertad personal y la presunción de inocencia, se encuentran consagrados tanto en nuestra Constitución Política como en las normas internacionales como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³ y demás de rango legal que establecen el trámite de los procesos penales.

El marco normativo que regula el tema del derecho a la libertad en nuestro país, se encuentra consagrado en los artículos 13 y 28 de la C.P., que a su vez se acoplan a lo establecido por el artículo 29 *ibídem*, normas estas que por su importancia, la Sala transcribe:

¹¹ ARENAS, Mendoza Hugo Andrés, El régimen de responsabilidad objetiva, Editorial Legis, Página 166. Edición 2013.

¹² Tomas Ramón Fernández, refiriéndose al tópico de la Responsabilidad de La Administración, ha señalado que, “el centro de gravedad del sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, en la lesión que la persona afectada por actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin justa causa alguna que los justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. Ver Responsabilidad del Estado, pagina 15. Departamento de Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires. Edit. Rubinzal-Culzoni. 1ª reimpresión 2011.

¹³Artículo 9º “*Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.*”

“ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.”

“ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

...”

“ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.”

En virtud de esto, la libertad personal como precepto de rango constitucional se convierte en un bien jurídico de protección frente a cada individuo en particular, y a raíz de ello se desarrolla el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad.

En lo relacionado con el tema de la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado a través de su Sección Tercera ha construido una línea jurisprudencial, elaborada a partir de la Constitución Política de 1991, y bajo los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 (Código de Procedimiento Penal), derogado por la Ley 600 de 2001.

No obstante lo anterior, no se ha llegado a tener una postura uniforme en relación con el tema en mención a la hora de interpretar y aplicar el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, razón por la cual, la Sala abordara el análisis correspondiente a raíz de las normas que regulan la responsabilidad del Estado, a fin de determinar cuál es régimen de responsabilidad aplicable sobre el *sub lite*, tanto de la norma en comento, como también de la normativa vigente, contenida en los artículos 66 a 69 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia).

El artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991:

“ARTÍCULO 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho

a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.”

La anterior norma, guardaba las hipótesis de responsabilidad del Estado, bajo el entendido de que el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando al interior del proceso se logre determinar que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió y la conducta es atípica.

Por otro lado, la regulación contenida en la Ley 270 de 1996 establece la responsabilidad del Estado Juez, así:

“ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.”

El anterior marco normativo contiene las hipótesis de que el Estado puede resultar responsable, si logra determinar causas como:

- Privación injusta de la libertad.
- Error jurisdiccional.
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora bien, una vez analizados los supuestos de responsabilidad contenidos en ambas regulaciones, se puede extraer, que el régimen de responsabilidad contenido bajo los parámetros del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991 es un régimen de responsabilidad objetiva en la medida en que no requiere la existencia de falla del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de sí en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo o no error judicial; caso contrario se puede observar de los supuestos constitutivos de la Ley 270 de 1996 que llevan inmersos la necesidad de entrar a demostrar el error judicial o el defectuoso funcionamiento, situación que se ajusta claramente a los lineamientos del régimen de

responsabilidad subjetiva del Estado, ya que centra más en la conducta del autor del daño que en el daño mismo y el hecho que lo produjo, casos en los cuales el juzgador debe hacer un juicio de reproche de la actividad jurisdiccional para entrar a determinar la existencia de la responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, es de gran importancia para esta Colegiatura identificar cuál es el título de imputación aplicable al caso concreto de privación injusta de la libertad, bien a través de un sistema subjetivo de falla del servicio, o mediante uno de naturaleza objetivo, razón por la cual se trae a colación la postura actual de la jurisprudencia contenciosa administrativa sobre la imputación jurídica a atribuir, la cual básicamente tiene que ver con el argumento de que hay lugar a la indemnización por privación injusta de la libertad cuando, además de los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación, en los términos del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, se logra probar la existencia de un daño causado por esa privación, daño que debe ser a todas luces antijurídico, arribando a la conclusión de que tal responsabilidad es igualmente objetiva. Así las cosas, no es relevante establecer si la detención fue ordenada equivocadamente por la autoridad judicial. En esos casos, para que la entidad demandada se exima de responsabilidad, es necesario que demuestre que existió una causa extraña.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado amplía la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, pero que posteriormente hubo absolución hallándose una duda razonable o aplicación del *in dubio pro reo*, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios ocasionados al individuo, siempre que este no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, es decir, se cataloga la privación legal de la libertad como injusta, dado que si el órgano represor del Estado no logra desvirtuar la presunción de inocencia a favor del detenido, la detención se convierte en una carga excesiva impuesta por el Estado y de allí nace el deber de reparar, independientemente de que se exija un juicio negativo frente a la actividad Estatal.

En síntesis, las anteriores posturas fueron consignadas por el H. Consejo de Estado mediante pronunciamiento que la Sala transcribe en su aparte más importante:

“En interpretación de dicho artículo, el Consejo de Estado había entendido que la responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad era siempre de carácter subjetivo, y que debía demostrarse que la medida de detención fue ordenada en forma equivocada por la autoridad competente, con la configuración de una falla del servicio cuya demostración incumbía a quien solicitaba la reparación. Según esta tesis jurisprudencial, la falla del servicio se demostraba si la decisión judicial que dio lugar a la privación de la libertad, es abiertamente contraria a la ley. Igualmente, se consideraba que, cuando en una investigación existen serios indicios que comprometen la responsabilidad penal de una persona, se entiende que la detención de dicha persona es una carga pública que ésta debe soportar...”

En un segundo momento, la jurisprudencia consideró que, cuando se demostraba que la absolución del implicado se produjo por alguno de los eventos consagrados por el artículo 414 del antiguo Código de Procedimiento Penal, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía analizarse conforme al régimen objetivo de responsabilidad, sin que fuera necesaria la demostración de una falla del servicio. En aquellos casos no contemplados en el artículo 414 mencionado, como es el caso de la absolución por aplicación del principio in dubio pro reo, se impone al demandante la carga de demostrar que la privación de la libertad se produjo por un error judicial cometido por la autoridad competente.

...

En el orden de ideas anteriormente expuesto, el criterio que rige actualmente los pronunciamientos de esta Corporación **en relación con la responsabilidad que le asiste al Estado por los casos de injusta privación de la libertad -aún en aquellos casos en los que se analiza la absolución de una persona penalmente encartada por aplicación del principio in dubio pro reo-**, es que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo, en la que no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en un error, y en la que la administración de justicia podrá exonerarse sólo si demuestra que **existió culpa exclusiva de la víctima**. Al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño surgido de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano”¹⁴ (Negrillas de la Sala).

Teniendo en cuenta que la tesis que actualmente rige el tema de la responsabilidad del Estado, va más allá de la aplicación textual de los postulados del artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, los que no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aún en eventos en los que el

¹⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Sentencia del 12 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-1998-01785-01(18902) Actor: JUAN ALBERTO CAICEDO Y OTRA. Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

sindicado ha sido absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, sin perder de vista lo dispuesto por la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), el H. Consejo de Estado bajo la interpretación de las normas antes descritas, arriba a la conclusión que el régimen correctamente aplicable es el régimen objetivo, como quiera que en los casos de privación injusta de la libertad, más allá de entrar a demostrar el error judicial, se debe establecer que aunque la actividad investigativa que dio lugar a la privación injusta de la libertad se hubiese hecho correctamente, lo cierto es que el individuo no estaba en el deber jurídico de soportar los perjuicios ocasionados por la privación de la que fue objeto.

Ahora bien, es menester clarificar que si bien la imputación jurídica en materia de privación injusta de la libertad se circunscribe, según el precedente vigente, a la responsabilidad sin culpa (objetiva), ello no es óbice para que el juez contencioso administrativo tenga la potestad de sumergirse en el acervo probatorio penal a efectos de analizar si el daño (restricción de la libertad) debe ser soportable o no por la víctima, con el propósito de evidenciar si éste tuvo injerencia exclusiva y determinante en la medida de aseguramiento de detención preventiva a partir de una conducta socialmente reprochable pero que no fue objeto de sanción penal.

Luego entonces, el operador jurisdiccional al momento de examinar el acaecimiento del hecho generador del daño (pruebas que dieron lugar a la medida de aseguramiento), debe indagar con base en los elementos de convicción, si la víctima tuvo participación determinante en la producción del daño, es decir, establecer si ese daño se originó de manera ajena a una conducta civilmente doloso y/o gravemente culposa de quien reclama la indemnización; de no ser extraña, se genera el deber de reparar, lo contrario, daría lugar a que el pretensor tenga el deber de soportar el daño como quiera que si no fuera por su mala e irregular conducta no se hubiese puesto en movimiento el aparato acusador y la administración de justicia penal, así haya terminado el proceso con decisión de absolución y/o preclusión, lo que a la postre puede enervarse cualquier responsabilidad del Estado con fundamento en la culpa o hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad.

Sobre el particular eximente de responsabilidad, y particularmente respecto de la valoración de la conducta de quien se duele como víctima, cuya connotación y alcance es diametralmente diferente en el proceso penal en relación con su estudio en el escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, el H. Consejo de Estado ha postulado¹⁵:

¹⁵ Sentencia de 14 de diciembre de 2016, radicado 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615), Sección Tercera, Subsección B. C. P. Dr. RAMIRO PASOS GUERRERO.

“Finalmente, el circuito normativo de la responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad no se ocluye con el art. 68 de la Ley 270 de 1996, sino que a este pertenece igualmente el art. 70 ejusdem, que refiere a los eventos en los cuales el daño se atribuya a una culpa exclusiva de la víctima, capaz de abatir la responsabilidad que ab initio le puede caber al Estado. Esta disposición tiene su arraigo en un principio básico del derecho que indica que nadie puede sacar ventaja de su propia torpeza [nemo auditur propriam turpitudinem allegans], pero, además, en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el ordenamiento interno se sustenta desde los arts. 83, 90 y 95 de la Constitución.

4.1.1. **El juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima.** El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, “en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio”. **Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta, que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido.** De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; **tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C., traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente.**

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que “los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos”. **En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante.** El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance:

“Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales: i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprehensible, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño

a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad.”

Esta postura de la máxima Corporación Contenciosa Administrativa tiene plena aplicabilidad en materia de privación de la libertad como consecuencia de la endilgacion de un hecho punible gravoso cometidos contra menores de edad, como son acto sexual abusivo con menor de catorce años y/o acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en donde en defensa de los derechos superiores de los menores, realiza un riguroso examen de la conducta del absuelto a fin de evidenciar, si en el marco civil, es dolosa o gravemente culposo que diera lugar a que por ese exclusivo hecho se profiriera la medida restrictiva de la libertad. En el mismo precedente citado en el párrafo anterior, el Consejo de Estado expone:

“4.2.4. El dolo civil de la víctima. Rememora la Sala que a XXXXX se le adelantó investigación por los presuntos actos de abuso sexual en contra de un menor de seis años de edad y, que fueron recogidos a partir de la versión que el menor le expuso a su padre.

La premisa de apertura a este análisis viene marcada por el reconocimiento a la intangibilidad de la presunción de inocencia que fue blindada en el escenario de la investigación penal, y que, ni puede ser controvertida ni alcanzada por las valoraciones que aquí se hagan. Esa hermeticidad, a su vez, facilita el ejercicio de interpretación que le corresponde al juez de lo contencioso y le permite asumir una exploración axiológica amplia, pues en últimas, nada de lo que aquí se diga tiene por objeto abatir la decisión penal. De esta forma, las valoraciones de la Sala son por completo autónomas e independientes y se reservan a los fines y efectos de esta jurisdicción.

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

Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna

consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros.

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

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

Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal. **Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria.** Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, **en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional.**

De ahí, que las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans (...)

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

(...)

Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicato con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferior, conforme al relato más consistente del menor, que XXXXX quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño. Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de la pruebas, XXXXX XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

Siendo así, el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta Sala con ocasión del caso que se viene analizando, termina por sostener que, si bien, se constató que XXXXX padeció un daño antijurídico con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, el mismo es imputable a su propio actuar civilmente doloso, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece.

Adicionalmente, bajo la férula del interés superior del menor aquí expuesto y constitucionalmente relevante, para la Sala es claro que aquellos casos donde se involucren menores de edad, conllevan deberes de garantía acentuados.”

En ese orden, el estado actual del precedente judicial determina que si bien es antijurídica toda restricción del derecho a la libertad, cuando al procesado se le imponga medida de aseguramiento y con posterioridad sea absuelto de toda responsabilidad o precluída la investigación, lo cual convierte la privación de la libertad en daño indemnizable, no obstante, tal postulado no es absoluto puesto que cuando está en entredicho derechos superiores de sujetos de especial protección constitucional, como son los intereses de los niños, involucrados en hechos que atenta contra su integridad física, psicológica y sexual, es necesario verificar la conducta, desde la esfera civil, del pretensor a fin de evidenciar por si su culpa o hecho se dio origen a la privación de la libertad ordenado por el operador judicial.

Ahora bien, los intereses superiores de los menores tienen especial regulación y protección en el ámbito internacional y local, dando relevancia al amparo y cuidado de sus derechos por parte de la familia, la sociedad y el Estado en procura del bienestar de aquellos. Al efecto, la jurisprudencia constitucional sobre la materia ha sostenido¹⁶:

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 260 de 2012.

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho.

Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes:

En primer lugar encontramos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

*Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “**todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado**”, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “**todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado**”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.*

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

En el ámbito americano, la protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito

de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19[9] (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Siendo éstos algunos de los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo acciones en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado.

Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Nuestra Carta Política en su artículo 44 dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. *Así la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les compete.*

(...)

La Corte ha señalado que el interés de los niños “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, ha dicho que igualmente ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

(...)

El interés superior del menor, consagrado como se vio tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento interno, deberá orientar cualquier actuación que se tome al momento de

determinar las políticas de acceso de los niños, niñas y adolescentes a las sociedades de la información y el conocimiento, a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral.”

Nótese que tanto los instrumentos internacionales vigentes en el ordenamiento interno en virtud del bloque de constitucionalidad, como la Carta Política consignan las prerrogativas que los menores ostentan y la superioridad de éstas respecto de los demás derechos, cuya protección inicialmente se predica e inicia desde la familia, por ende todos sus integrantes, sin importar que el parentesco sea por consanguinidad o afinidad, son los primeros que tienen la obligación de defenderlos y garantizándolos, de no ser así, debe impulsarse todas las actuaciones administrativas y judiciales para avalar aquellos derechos, como también imponerse las sanciones personales (penales, administrativas, civiles) de rigor a aquel familiar que incumpla aquellos imperativos.

Con sustento en las anteriores anotaciones, se dispone la Sala a pronunciarse de fondo en los siguientes términos:

2.3.3. EL CASO CONCRETO.

Analizada la postura de las partes y la decisión de primera instancia, la Sala procede a resolver el presente asunto.

De las pruebas aportadas al plenario se desprende que el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA fue vinculado a un proceso penal en el que se le sindicó, imputó y acusó de haber cometido el delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CARTOCE (14) AÑOS EN LA MODALIDAD DE AGRAVADO**; por ello, fue privado de la libertad en centro carcelario, desde el día 05 de julio de 2013 hasta el 07 de febrero de 2014 (Folio 87. C1), por disposición del Juzgado Promiscuo del Municipio de Sucre, Sucre (Folio 23 C. 1).

La Fiscalía General de la Nación, luego de desarrollarse la diligencia de legalización de captura, imputación y medida de aseguramiento en centro carcelario, radicó escrito de acusación ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre, Sucre, el día 8 de agosto de 2013, según la cual se acusa al señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA del delito de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CARTOCE (14) AÑOS EN LA MODALIDAD DE AGRAVADO** (folios 22-25 C. 1). La respectiva diligencia de formulación de acusación se llevó a cabo el 28 de agosto de 2013 la cual continuó el 8 de noviembre de 2013 (folios 37 y 49-51 C. 1).

Seguidamente, dentro del rito del proceso penal oral, se adelantó Audiencia Preparatoria al Juicio Oral, el 23 de enero de 2014, en la cual como hecho importante

la defensa pidió la exclusión de la prueba de dictamen pericial forense hecho a la menor N.M.A., realizado por el médico Álvaro Munive, por violar el debido proceso bajo el supuesto que no cumplen con los formalismos de ley para su práctica en la medida que no fue autorizada por los padres de la menor y/o por su representante legal, sino aparentemente su abuelo. Escuchada la proposición de la defensa, la juez de conocimiento aceptó la solicitud y excluyó aquel dictamen como elemento material probatorio dentro del proceso.

Consecuencialmente, el día 5 de febrero de 2014 la fiscalía en el marco de la Audiencia de Juicio Oral solicitó la preclusión de la investigación, atendiendo a las causales 2, 4, 5, 6 y 7 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, más exactamente la causal 6ª, esto es, la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia dada la ausencia de pruebas producto de la exclusión del dictamen pericial (ver folios 79 y 80 acta de audiencia de juicio oral y público)

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Sucre, Sucre, en la misma Audiencia de Juicio Oral y Público admitió la solicitud de preclusión solicitada por la Fiscalía General de la Nación, a su vez declaró extinguida la acción penal a favor del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA, y ordenó la libertad inmediata del indiciado, comunicando la decisión al centro de reclusión, mediante oficio N° 0129 de fecha 7 de febrero de 2014.

Acorde con lo anterior, está probado que el demandante fue objeto de una medida restrictiva de la libertad producto de una investigación penal originada por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS EN LA MODALIDAD DE AGRAVADO. Como quiera que en el asunto de marras está en discusión derechos de un menor, pese a que hubo una privación de la libertad aunado a que no se profirió sanción penal por la causal prevista en el numeral 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, de manera automática no da lugar a catalogar el daño como antijurídico, pues resulta imperioso verificar la conducta del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA, desde el ámbito civil (culpa grave o dolosa), a fin de determinar si la misma provocó que se impusiera la respectiva medida de aseguramiento carcelario, y por ende, se capaz de soportar dicha situación.

Para efectos de lo anterior, es necesario, tal como se advirtió en el numeral anterior, inmiscuirse en las piezas procesales de la controversia penal adelantada contra el señor Hernández Gaviria, no con miras a verificar si el mismo el culpable o no del delito acusado, pues ello ya quedó dilucidado en aquel escenario judicial, sino con el fin de esclarecer si existió una conducta reprochable cuya incidencia fue determinante en la medida de aseguramiento.

Reposa en el plenario escrito de acusación radicado por la Fiscalía General de la Nación, el 8 de agosto de 2013, en el cual se sustentó la acusación por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CONTRA MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO, bajo los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

“la menor N.M.A. de once años de edad nacida el 2 de enero de 2002, sobrina de la señora ARELIS DEL CARMEN Menco VANEGAS – compañera permanente del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA – con ocasión de iniciar sus estudios de bachillerato llegó el 2 de enero de este año a vivir en la residencia de dicha tía. Pero que desde que residió allí, el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA empezó según dicho de la menor a tocarla en sus senos, en su vulva y en su cuerpo y en días posteriores aprovechando que estaba sola este señor accedió sexualmente a la menor, cada vez que ésta se encontraba sola.

En razón a la programa metodológico desarrollado se pudo identificar e individualizar el mencionado señor además de otros elementos materiales probatorios tales como denuncia penal entre otros con los que se solicitó la respectiva orden de captura, la cual se llevó a efecto con sus respectivas audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento el día 13 de junio del presente año ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sucre, Sucre. Se le imputó la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años de edad agravado en conformidad de los artículos 208 (por ser menor de 14 años) y 211 numeral 5º (por ser familiar de la compañera permanente) (...).”

Pese a que en el expediente no reposan las actas y/o audios de las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, realizadas en el caso del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA, en las cuales se adviertan las pruebas aportadas por la Fiscalía para soportar la solicitud de medida de aseguramiento en centro carcelario, es posible deducir a partir del escrito de acusación cuales eran esos elementos materiales probatorios que aportados por el ente acusador para validar la solicitud de restricción de la libertad, a saber: (i) denuncia de fecha 31 de mayo de 2013 suscrita por el señor CAMILO MARTÍN Menco GÓMEZ; (ii) informe ejecutivo de fecha 2 de junio de 2013 suscrito por FREDY CANDELARIO MERCADO ACOSTA investigador líder; (iii) valoración por psicología suscrita por la doctora DIANA LUCIA SIERRA RODRÍGUEZ del ICBF de fecha 31 de mayo de 2013; (iv) entrevista a la menor N.M.A., de fecha 31 de mayo de 2013.

En cuanto al elemento probatorio de dictamen médico legal del doctor ÁLVARO MUNIVE PELAEZ de la planta del Hospital Santa Catalina de Sena de Sucre, Sucre, el cual fue excluido en audiencia preparatoria de juicio oral por cuanto su práctica violó el debido proceso, no hay certeza sobre su existencia y práctica al momento de imponerse la medida de aseguramiento en centro carcelario, pues si bien el mismo aparece anunciado en el escrito de acusación enlistándose en el acápite de “*datos personales de testigos o peritos cuya declaración se solicita*”, fue hasta ese momento en que fue revelada a la defensa la existencia de esa experticia forense, coligiéndose entonces que no hay certeza de la existencia de ese medio de convicción al momento de imponerse la medida restrictiva de la libertad.

Por tal motivo, la Sala no puede apoyarse en ese dictamen forense para determinar la conducta del pretensor, máxime que la misma tampoco aparece aportada en el plenario, ni tampoco se halla en las piezas procesales de aquella controversia penal. De suerte que se apoyará esta Colegiatura en los medios de convicción e información legalmente obtenida hasta el momento de la medida de aseguramiento, los cuales fueron señalados en líneas anteriores.

Siendo así, la Sala rescata la intervención de la Fiscalía en la audiencia de juicio oral, la cual se resalta que solo hasta la acusación fue revelada a la defensa y al juez de conocimiento el dictamen forense, valiéndose de otras probanzas para solicitar la medida de aseguramiento, aunado a que narra las circunstancias de modo en que se llevaron a cabo el recaudo de esas pruebas, a saber:

“(...) en determinado momento se actuó imponiéndole medida de aseguramiento, legalizándole la orden de captura y formulándole imputación porque se encontraron elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente adquirida que daban como resultado una inferencia de responsabilidad penal, de culpabilidad penal en este hecho, además se le recibió el concepto a la menor por personas capacitadas para recibirle esa exposición como fueron la Comisaria de Familia y una Psicóloga de la Comisaría de Familia, donde constataron que la menor efectivamente narró que había sido víctima de este pavoroso delito, igualmente se presentó una denuncia por parte del abuelo no sabemos si es paterno o materno, incluso no sabemos si fue el abuelo, pero de todas maneras ella residía con un señor de edad en una residencia alejada de sus padres, éste señor fue presentó una denuncia como su abuelo en donde narra esas circunstancias que se investigan, teniendo estas evidencias, teniendo esta información legalmente obtenida fue así como la Fiscalía lo acusa, acusa al señor Amarildo Antonio Hernández Gaviria como presunto autor material de este delito, el delito no es otro que el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (...) agravado con una pena mínima de 16 y una pena máxima de 30 años. (...) pero aquí además de demostrar por medios como los que se estaban tratando de demostrar por la Fiscalía que fueron medios de

*información legalmente obtenida a través de declaraciones y entrevistas y exposiciones rendidas ante un Comisario de Familia y ante un psicólogo o psicóloga por una menor, debería ir más allá la ley o la Fiscalía, tratar de demostrar que efectivamente ocurrió el acceso carnal, entonces se necesita demostrar este acto su Señoría por medio de una experiencia material (...) se necesita demostrar la existencia por medio idóneo del acceso carnal, esta demostración su Señoría requiere un peritaje médico forense, un peritaje médico sexológico, igualmente ese dictamen médico sexológico se efectuó, **hay un dictamen que fue descubierto a la Defensa en el escrito de acusación** y más adelante enunciado en la formulación de acusación y mucho más adelante en la audiencia preparatoria solicitado para su admisión ante su Despacho. Este concepto del médico legista debía reunir ciertos y específicos requisitos para que se le considerara toda la validez procesal posible, en efecto el artículo 250 del Código de Procedimiento Penal nos señala que debe haber un consentimiento dirigido por los padres o por el representante legal de los menores, en este caso es una menor y esas auscultaciones, ese experticio médico, que le hace un médico de turno de una E.S.E. debe estar facultado por el padre por la madre o por un representante legal cuando sea el menor incapaz, en este caso no hubo eso su señoría, no sé por qué policía judicial no advirtió que si no cumplía con esa condición, esa prueba podría ser declarada inválida o excluida en el caso que se solicitara su admisión en la Audiencia Preparatoria y es que la ley ha determinado que esta práctica debe ser de origen médico, de origen forense a través de un peritaje, porque es el único medio que nos puede demostrar si la niña fue o no desflorada. Al quedar esa prueba por fuera del debate judicial al cual nos enfrentaríamos hoy, muy pocas posibilidades o nulas posibilidades tendría la Fiscalía de demostrar que efectivamente **la niña fue examinada y que el examen logró conceptuar por el médico forense, por el perito que había sido desflorada y que esa desfloración naturalmente era antigua dadas las circunstancias mismas que rodearon el hecho** (...) al no existir el concepto del perito médico forense, a la Fiscalía le es totalmente imposible entrar a demostrar que la niña fue desflorada (...)"*

Partiendo de lo anotado, si bien no existía un dictamen legal forense que evidenciara el acceso sexual a la menor N.M.A., si habían pruebas al momento de formularse la imputación e imponerse la medida de aseguramiento, que avizoraban que el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA había accedido sexualmente a aquella menor, en la medida que aparecen información de tal hecho narrada por la misma víctima ante funcionarios especializados en la materia adscritos al ICBF y la Comisaria de Familia, como lo reveló la Fiscalía General de la Nación, luego entonces en aras de proteger los intereses de la menor, preservar sus derechos y garantizar la comparecencia del imputado al proceso, era prudente una medida que le restringiera la libertad.

No hay duda que el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA en calidad de compañero permanente de la tía de la víctima, convivió con la menor de edad en razón a asuntos académicos, por lo que teniendo determinado grado de parentesco por afinidad la menor con el pretensor, aunado a que solo ostentaba la edad de once (11) años, y como integrante del núcleo familiar de la menor de edad, aquel tenía la guarda,

cuidado y el deber de garante sobre ella, la cual puso en entredicho al tener una conducta civilmente dolosa que puso en peligro la integridad sexual y vida digna de la menor. Es decir, siendo el señor HERNÁNDEZ GAVIRIA familiar de la adolescente incumplió con el deber normativo y social de proteger sus derechos, obligación que le asiste tal como lo expuso el precedente constitucional reseñado en líneas anteriores, lo cual resulta desde la arista de la responsabilidad estatal inexcusable puesto que la conducta desplegada va en contra vía de los postulados internacionales e internos afines a los derechos de los niños, de ahí que sea reprochable la actitud del demandante que sacando provecho de su anormal, irregular y defectuoso proceder pretenda la reparación de unos presuntos daños cuando él dio lugar a su nacimiento.

En ese estado de cosas, el actor no puede obtener ninguna ventaja o beneficio indemnizatorio en gracia a su propia conducta intencional para ahora solicitar la reparación causada por una privación de la libertad que a consideración de este Tribunal estaba en el deber de soportar, pues gracias a esa actitud censurable se puso en movimiento el aparato acusador, teniendo como fundamento la misma información suministrada por la menor, obtenida de forma legal a través de funcionarios especializados, imponiéndose la medida de aseguramiento.

Según lo narra la Fiscalía en el escrito de acusación - insiste la Sala con base en la narración hecha por la menor N.M.A. -, fue de manera reiterada en que el actor puso en amenaza y peligro su integridad sexual, primeramente a través del contacto de sus órganos genitales y posteriormente accediendo carnalmente en ella, lo que se deduce la manifiesta intensión, de la arista civil, de inferir daño y lesión a la persona y vida sexual de la menor, que desde el punto de vista del ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado es reprochable en la medida que valiéndose un comportamiento intencional puso en movimiento al aparato acusador y la administración de justicia penal con la solicitud y posterior imposición de la medida de restricción de la libertad, y que al obtener una preclusión del caso por una circunstancia neta y exclusivamente formal, pretenda sacar ventaja de obtener una reparación, cuando fue por su conducta que indujo a la imposición de aquella medida.

De lo anterior se desprende que, si bien en el Juicio no fue posible demostrar, más allá de toda duda, la responsabilidad penal del imputado, lo cierto es que, para lo que importa al proceso Contencioso Administrativo, los elementos de convicción allegados al plenario permiten concluir que el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA sí se vio involucrado en hechos que dieron lugar al inicio de la investigación penal, y por ende, a la imposición de la medida de aseguramiento, la cual, se sustentó no solo en la misma información de la víctima menor, sino también por los conceptos

de los funcionarios de familia así como del investigador del caso.

Al margen de la sentencia absolutoria que impartió la libertad al señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA, lo cierto es que fue su propio proceder la que puso en funcionamiento el aparato judicial del Estado, y de paso, provocó las decisiones y medidas que lo afectaron, es decir, la privación de la libertad de la que fue víctima el señor mencionado, bajo la imposición de una medida de aseguramiento, obedeció a su propio actuar, toda vez que, como quedó visto, participó en los hechos que dieron lugar a su aprehensión en exponer los derechos e integridad sexual de una menor de edad, que dieron lugar al inicio de la investigación penal, razón por lo cual la Fiscalía General de la Nación solicitó la imposición de la medida de aseguramiento.

En ese orden, para la Sala, la conducta del señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA es la causa eficiente y determinante de la imposición de la medida de aseguramiento que en su sentir, le genera el daño que ahora se trata de endilgar el Estado, puesto que sus acciones determinaron su aprehensión y por ende la imposición de la medida de aseguramiento, con el agravante que se trata de intereses superiores como son los de los menores de edad, se haya justificado aún más la privación de la libertad, pues ello denota la gravedad del delito y por ende surge la necesidad de salvaguardar la seguridad de la menor y de la sociedad.

Por consiguiente, dando respuesta al planteamiento jurídico propuesto, se tiene que el señor AMARILDO ANTONIO HERNÁNDEZ GAVIRIA tenía el deber de soportar la medida de aseguramiento con medida privativa de la libertad dictada en el proceso penal seguido en su contra por el delito de abuso carnal abusivo con menor de catorce años.

En consecuencia de lo anterior, la Sala dispondrá **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

2.4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo* la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de las entidades demandadas. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI". Las copias que se soliciten de los fallos de primera y segunda instancia, se tramitarán por la secretaría del Juzgado de primer grado.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala conforme consta en el acta No. 44 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA