

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-012-2017-00092-01
Demandante	ORLANDO MENDOZA CAMPILLO
Demandado	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL
Tema	<i>Privación injusta de la libertad</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 procede, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia del 28 de septiembre de 2018², proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se declaró probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³

3.1.1.Pretensiones⁴:

En ejercicio de la presente acción, los demandantes elevaron las siguientes pretensiones:

PRIMERA. - Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la demandada por los perjuicios causados a los demandantes con la privación injusta de la libertad del señor Orlando Mendoza Campillo, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, en el que resultó absuelto.

SEGUNDA. – Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada a reconocer y pagar por los siguientes conceptos:

Perjuicios morales:

- Al señor Orlando Mendoza Campillo (víctima directa): la suma de 90 SMLMV.
- A la señora Ana Lizeth Ramírez Arrieta (compañera permanente): la suma de 90 SMLMV.

¹ Fols. 556-568 cdno 3 (fols. 311-335 exp. digital)

² Fols. 540-552 cdno 3 (fols. 279-304 exp. digital)

³ Fols. 49-103 cdno 1 (fols. 105-213 exp. digital)

⁴ Fols. 1-2 doc.02 exp. digital

13-001-33-33-012-2017-00092-01

- A Orlando Joseph Mendoza Ramírez (hijo): la suma de 90 SMLMV.
- A Osiris Eliana Mendoza Ramírez (hija): la suma de 90 SMLMV.
- A Dioselina Campillo De Mendoza (madre): la suma de 90 SMLMV.
- A las hermanas: Blanca Celina, Blanca Nubia, Luz Marina, y Marlen Mendoza Campillo, la suma de 45 SMLMV.
- A los nietos: Maylen Camila, María José y Juan David Caro Mendoza, la suma de 45 SMLMV.
- A los sobrinos: Ingri Julieth, Yulli stefani, y Vanessa Rodríguez Mendoza; Darwin Joseph, Cindy Lizeth, Zurisaday y Shirley Dayana Ramírez Mendoza; Carlos Andrés, Luis Eduardo, Wilson Orlando, Neyder Yesid Morantes Mendoza; Herly Patricia y Cristian Eduardo Mancilla Mendoza, la suma de 31.5 SMLMV.

Perjuicios materiales (lucro cesante):

La suma de \$22.392.651,67, por concepto de las sumas que dejó de percibir como conductor de su vehículo, durante el término que permaneció privado de la libertad.

Daño a la vida en relación:

- Al señor Orlando Mendoza Campillo (víctima directa): la suma de 90 SMLMV.
- A la señora Ana Lizeth Ramírez Arrieta (compañera permanente): la suma de 90 SMLMV.
- A Orlando Joseph Mendoza Ramírez (hijo): la suma de 90 SMLMV.
- A Osiris Eliana Mendoza Ramírez (hija): la suma de 90 SMLMV.
- A Dioselina Campillo De Mendoza (madre): la suma de 90 SMLMV.
- A las hermanas: Blanca Celina, Blanca Nubia, Luz Marina, y Marlen Mendoza Campillo, la suma de 45 SMLMV.
- A los nietos: Maylen Camila, María José y Juan David Caro Mendoza, la suma de 45 SMLMV.
- A los sobrinos: Ingri Julieth, Yulli stefani, y Vanessa Rodríguez Mendoza; Darwin Joseph, Cindy Lizeth, Zurisaday y Shirley Dayana Ramírez Mendoza; Carlos Andrés, Luis Eduardo, Wilson Orlando, Neyder Yesid Morantes Mendoza; Herly Patricia y Cristian Eduardo Mancilla Mendoza, la suma de 31.5 SMLMV.

TERCERA.- Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la demandada a reconocer y pagar intereses moratorios.

3.1.2. Hechos⁵

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El 17 de marzo de 2013 la señora Milena Ramírez Arrieta se acerca a la SIJIN, con su menor hija de sexo femenino quien se encontraba llorando, y junto con ellas el señor Orlando Mendoza Campillo a quien la señora Ramírez acusaba de cometer minutos antes actos sexuales con su hija CAMR de 6 años de edad, siendo trasladada la menor a la Clínica la Misericordia para valoración médica, mientras que el señor Mendoza confesaba que si había abrazado y besado a la infanta. El examen físico reveló inflamación en labios mayores vulvares sin laceraciones, indicando como diagnostico principal se indicó, *“problemas relacionados con el abuso sexual del niño por persona ajena al grupo de apoyo primario”*. Adicionalmente, la menor acusaba al demandante de haberle hecho tocamientos físicos en su cuerpo, por lo que se le leyeron sus derechos como capturado, sin embargo, fue dejado en libertad por la Fiscalía local 10 por no haber sido en situación de flagrancia.

El 30 de enero de 2014 se emitió orden de captura por solicitud de la Fiscalía Seccional 24, siendo reiterada el 11 de noviembre de 2014 por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Magangué, siendo materializada desde el 28 de diciembre del mismo año en la ciudad de Cúcuta.

La audiencia concentrada fue celebrada el 29 de diciembre de 2014, en el que se legalizó su captura, se formuló imputación por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, imponiéndosele medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, por parte del Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Cúcuta.

En fecha 19 de marzo de 2015, se llevó a cabo audiencia de acusación y posteriormente, el 17 de junio de 2015, se celebra la audiencia preparatoria y finalmente, la audiencia de juicio oral el 23 de febrero de 2016, en el que la Fiscalía solicitó la absolución del señor Mendoza Campillo, siendo aceptada por el Juzgado Penal del Circuito de Magangué con Funciones de Conocimiento, ordenando su libertad inmediata.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Rama Judicial⁶

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos se atiene a lo probado.

⁵ Fols. 67-83 cdno 1 (fols. 141-173 exp. digital)

⁶ Fols.382-401 cdno 2 y 3 (fols. 363- 400 cdno 2 y fol. 1 cdno 3 exp. digital)

13-001-33-33-012-2017-00092-01

Como razones de su defensa, manifestó que es la Fiscalía General de la Nación la encargada de recopilar evidencia física y material de prueba bajo el procedimiento de la Ley 906/2004, por lo que al haber sido absuelto el demandante por solicitud del ente investigador, es responsabilidad de esta entidad los perjuicios que se alegan, imposibilitando al juez de conocimiento asumir el rol de acusador oficioso como si lo permitía la Ley 600/2000.

Indicó que, accedió a la declaratoria de absolución basada en la solicitud de la Fiscalía, en donde en audiencia de juicio oral realizó una serie de análisis probatorio, encontrando probado 4 estipulaciones: (i) la minoría de edad de CAMR, (ii) la identificación del acusado sustentado en la individualización que hizo el patrullero que lo capturó; (iii) el arraigo del proceso y (iv) la carencia de antecedentes del acusado. Adicionalmente, se recepcionó el testimonio del medico que atendió la menor, el cual indicó que un eritema en labios mayores vulvares, no siempre son producto de un abuso sexual, si no a factores como la mala higiene de la zona, rascado o residuos de orina.

Por otro lado, la psicóloga del ICBF manifestó que la menor solo identificó al señor Orlando por su nombre sin tener claro el apellido, asegurando que es su mamá la que se lo sabe, y afirmando que es el esposo de su tía Ana. En cuanto a los médicos que la atendieron, solo se refirieron a lo consignado en sus informes, sin que fuera posible el testimonio de la menor o de su madre.

Finalmente, se resolvió que el peritazgo de la psicóloga no era prueba suficiente de la comisión del delito, así como tampoco el simple nombre del denunciado, y ante la negativa de la madre de la menor de testificar, no había lugar a condenar por los delitos que se endilgaba.

Como excepciones propuso la siguiente: (i) hecho de un tercero.

3.2.2. Fiscalía General de la Nación⁷

Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos se atiene a lo probado.

Frente al caso concreto, manifestó que si bien conforme a la Ley 906 de 2004, la Fiscalía es el titular de la acción penal, sus poderes no se reducen solo a solicitar al juez la toma de decisiones, correspondiéndole al juez de control de garantías pronunciarse sobre las solicitudes de manera razonable, adecuada, necesaria y proporcional, imponiendo medida de aseguramiento si así lo considera, como ocurrió en el presente asunto, por cuanto el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Cúcuta, en audiencia concentrada, legalizó la captura, imputó y decretó la medida de

⁷ Fols. 405-437 cdno 3 (doc. 9-73 cdno 3 exp. digital)

13-001-33-33-012-2017-00092-01

aseguramiento., la cual fue avalada y coadyuvada por el Ministerio Público, y la defensa del acusado no interpuso recurso alguno.

Agregó que, por falta de pruebas se resolvió la absolución por el principio de indubio pro reo, resaltando que, se encontraba frente a un delito con menor de edad, imponiendo la ley colombiana una mayor fortaleza en estos.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva; (ii) culpa exclusiva de la víctima; (iii) inexistencia del daño antijurídico; y (iv) genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Mediante providencia del 28 de septiembre de 2018 el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió controversia sometida a su conocimiento, declarando probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima y denegando las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

"PRIMERO: Declarar probada la excepción denominada culpa exclusiva de la víctima planteada por la demandada, NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

SEGUNDO: Denegar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Condenar en costas a la parte vencida, incluyendo agencias en derecho por el equivalente al 3% del valor de la pretensión mayor estimada en la demanda que fue calculada al equivalente a 90 SMLMV. Su liquidación se efectuará por secretaria.

(...)".

El Juez en sus consideraciones encontró probado el daño con el tiempo de reclusión acreditado, desde el 27 de enero de 2015 hasta el 25 de febrero de 2016, a órdenes del Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías Ambulante de Cúcuta, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, el cual terminó con sentencia absolutoria.

Frente a la imputación, manifestó que existió una conducta o comportamiento del demandante que configura una causal de exoneración de responsabilidad, como es la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto del material probatorio se desprendió su actuar diligente y culposos, al encontrarse en los hechos denunciados por la madre de la menor presuntamente abusada al llevar a la menor el 27 de marzo de 2013 a dar una vuelta en su camión, y que llegando a su casa la denunciante recibe una llamada donde le informan que la menor se encontraba llorando y había manifestado que su tío Orlando la estaba tocando y besando, hecho que fue confirmado por el actor ante la SIJIN. Agregó que, su conducta comprometió gravemente su situación, sumado a ello en el informe practicado a la menor se diagnosticó inicialmente,

⁸ Fols. 540-552 cdno 3 (fols. 279-304 exp. digital)

13-001-33-33-012-2017-00092-01

“problemas relacionados con abuso sexual del niño por persona ajena al grupo de apoyo primario”, resultado reforzado con la valoración psicológica efectuada por el ICBF.

Adicionalmente, el A-quo resaltó que, al tratarse de un delito contra la libertad, integridad y formación sexual de niños, se aplican las reglas dentro de las cuales se señala que si existiere merito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, concluyó que fue el demandante quien con su conducta provocó que se adelantara la investigación penal en su contra, pese a que no se lograra desvirtuar su presunción de inocencia, lo cual no es óbice para eximir al Estado de su obligación de investigar.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁹

Como razones de inconformidad la parte demandante manifestó reparos frente a los argumentos para declarar la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto no es cierto que el actor no perteneciera al círculo de la familia de la menor, por cuanto la madre de esta en su denuncia, señaló que el señor Mendoza Campillo, es muy allegado a la familia por ser esposo de una sobrina suya y que este mismo, aclaró que el a la menor solo la besaba o tocaba porque la quería como una sobrina, existiendo el interés del actor para sacar a la menor de edad del ámbito de vigilancia y control de la madre, para llevarla a dar una vuelta en el camión, desvirtuando lo afirmado por el actor al manifestar que no habían motivaciones para explicar el interés del acusado para sacar a la menor del ámbito en mención.

Por otro lado, adujo que jamás aceptó haber realizada conducta poco apropiadas como besos o abrazos a la niña, por cuanto, de su declaración se desprende que solo la besaba o tocaba porque la quería como una sobrina, alegando que, de haber producido dichos actos, el proceder de las autoridades policiales debió ser la captura en flagrancia por la aceptación del delito, hecho que no sucedió en este caso.

En ese sentido, puso de presente que el fallo absolutorio se profiere, por falta del material probatorio, y adicionalmente, por falta de certeza sobre la participación del acusado frente al hecho, lo que conlleva a la responsabilidad objetiva por una parte de la Fiscalía por no probar la comisión del delito y de la Rama Judicial por la imposición de medidas y decisiones.

Finalmente, manifestó que no se cumplían los requisitos para declarar probada la culpa exclusiva de la víctima, por carecer de dolo o culpa.

⁹ Fols. 556-568 cdno 3 (fols. 311-335 exp. digital)

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta del 12 de diciembre de 2018¹⁰ se repartió el presente asunto a este Tribunal, por providencia del 12 de abril de 2019 se inadmitió el recurso de alzada¹¹, siendo objeto de recurso de reposición en subsidio queja, siendo resuelto de manera negativa el 01 de marzo de 2021¹² ordenando dar trámite como recurso de súplica, posteriormente, por auto del 30 de abril de 2021¹³ la Sala de Decisión resolvió revocar y ordenar su admisión, admitiéndose por proveído del 30 de agosto de la misma anualidad¹⁴, y ordenándose correr traslado para alegar.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹⁵: Presentó alegatos de conclusión, trayendo a colación la sentencia del 15 de noviembre de 2019, en lo que se refiere a la presunción de inocencia, solicitando se revoque la sentencia apelada y se concedan las pretensiones de la demanda. Se deja constancia que el apoderado no contaba con poder de sustitución para actuar.

3.6.2. Fiscalía General de la Nación¹⁶: Presentó alegatos de conclusión, citó como fundamento de su escrito la sentencia de unificación SU-072 de 2018, solicitando se confirme la sentencia apelada.

3.6.3. Ministerio Público: no rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

¹⁰ Fols 1 cdno 4 (doc. 1 exp. Digital)

¹¹ Fols. 5-6 cdno 4 (doc. 5-6 exp. Digital)

¹² Fols. 23 cdno 4 (doc. 47-48 exp. Digital)

¹³ Fols. 27-29 cdno 4 (Doc. 55-59 exp. Digital)

¹⁴ Fols. 33-34 cdno 4 (Doc. 67-68 exp. Digital)

¹⁵ Fols. 36-42 cdno 4 (Doc. 73-85 exp. Digital)

¹⁶ Fols. 43-51 cdno 4 (Doc. 87-103 exp. Digital)

5.2. Problema Jurídico

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte apelante en su recurso, conforme lo establece el art. 328 del CGP.

En primer lugar, se entrará a estudiar si:

¿Se encuentra demostrada en el proceso, la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad del señor ORLANDO MENDOZA CAMPILLO, o existe una eximente de responsabilidad como es la culpa exclusiva de la víctima?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto se encuentra demostrado, que existe culpa exclusiva de la víctima en este evento, toda vez que su conducta irregular fue determinante para la realización del daño, por lo que en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 15 de agosto de 2018, no basta solo con demostrar la existencia de la privación de la libertad y la ausencia de la condena, para concluir que existe responsabilidad por privación injusta de la libertad.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

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. Puede sostenerse entonces, que en aquellos eventos en los que una persona es injustamente privada de la libertad, en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y, por ende, sufre un daño antijurídico, genera en cabeza del Estado la obligación de reparación a la luz de los postulados del artículo 90 de la Constitución Nacional.

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 sobre el tema, 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 y la normativa vigente, contenida en los artículos 66 a 69 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia).

13-001-33-33-012-2017-00092-01

Sea lo primero mencionar lo que estipulaba 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.”*

Por otro lado, la regulación contenida en la Ley 270 de 1996, norma vigente en esta materia, establece en su articulado respectivo lo siguiente:

“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.”

En sentencia de Unificación SU- 072/2018, LA Corte Constitucional estableció que, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.** Al respecto, manifestó lo siguiente:

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de

13-001-33-33-012-2017-00092-01

casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces¹⁷, disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.

Nótese que en el primer evento basta con desplegar todo el aparato investigativo para establecer si fenomenológicamente hubo una alteración de interés jurídico penal. No puede, entonces, el juez o el fiscal imponer una medida privativa de la libertad mientras constata esta información, dado que esta debe estar clara desde los albores de la investigación. No en vano las diferentes normativas procesales han elaborado un esquema del cual hace parte una fase de indagación encaminada, entre otros propósitos, a establecer justamente si se presentó un hecho con trascendencia en el derecho punitivo que pueda ascender a la categoría de conducta punible.

El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.

Lo anterior implica que en las demás eventualidades que pueden presentarse en un juicio de carácter penal, no pueda asegurarse, con la firmeza que exige un sistema de responsabilidad estatal objetivo, que la responsabilidad del Estado es palmaria y que bastaría con revisar la conducta de la víctima.

Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual¹⁸ el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que la inmediatez probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento¹⁹ y, en ese orden,

¹⁷ Artículos 39 y 306 de la Ley 906 de 2004.

¹⁸ Ley 600 de 2000, artículos 39, 40 y 74, entre otros.

¹⁹ “Ley 906 de 2004. ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias

13-001-33-33-012-2017-00092-01

una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial²⁰, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.

Todo ello además exige tomar en cuenta que el nuevo sistema de procesamiento penal, inserto en la Ley 906 de 2004, es de naturaleza tendencialmente acusatoria y ha introducido figuras procesales propias de tal forma de investigar y acusar, entre las cuales ha de mencionarse –por ser relevantes para el asunto subjudice, el principio de oportunidad, la justicia premial y los preacuerdos y negociaciones.

Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el ciudadano procesado, capturado en flagrancia o incluso mediando su aceptación de los cargos –confesión--, por razones de política criminal, después de varios meses de encarcelamiento efectivo, es beneficiado con la aplicación del principio de oportunidad (art. 324 y ss. del C. de P.P), caso en el cual a la postre será absuelto".

La Corte Constitucional en dicha providencia, adujo que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: i) en primer lugar se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad de la que en este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores; ii) en segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad desde una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad; iii) en tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una responsabilidad

excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.

²⁰ Artículo 203 y ss del C.P.P"

13-001-33-33-012-2017-00092-01

por el régimen subjetivo, esta se analiza por un régimen objetivo (daño especial); iv) en cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay sustento para declarar la responsabilidad estatal, ya fuere en un régimen subjetivo o uno objetivo, se procederá a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Libro de control de retenidos de la Policía Metropolitana de Cúcuta²¹.
- Certificado expedido por el complejo carcelario y penitenciario de Cúcuta, en el que consta que el demandante estuvo privado de la libertad en centro de reclusión, desde el 27 de enero de 2015, capturado el 28 de diciembre de 2014, hasta el 25 de febrero de 2016²².
- Expediente penal²³.
- Escrito de acusación²⁴.
- Acta de audiencia de formulación de imputación del 29 de diciembre de 2014²⁵.
- Acta de audiencia de acusación celebrada el 19 de marzo de 2015²⁶, con escrito de descubrimiento probatorio de la Fiscalía.
- Acta de audiencia preparatoria llevada a cabo el 17 de junio de 2015²⁷.
- Oficio No. S-2014 -727479/SIJIN-GRAIJ del 28 de diciembre de 2014, por el que se informa sobre los antecedentes penales del actor²⁸.
- Valoración realizada por la ESE Hospital la Divina Misericordia a la menor CAMR²⁹.
- Informe de valoración psicológica realizada a la menor CAMR por parte del ICBF³⁰.
- Informe pericial de clínica forense rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a la menor CAMR³¹.

²¹ Fols. 174-179 cdno 1 (doc. exp. digital)

²² Fol. 180 cdno 1 (doc. exp. digital)

²³ Fols. 181-356 cdno 1 y 2 (doc. exp. digital)

²⁴ Fols. 181-185 cdno 1

²⁵ Fols. 186 cdno 1

²⁶ Fol. 213-215 cdno 2

²⁷ Fol. 229-232 cdno 2

²⁸ Fols. 278 cdno 2

²⁹ Fols. 279-281 cdo 2

³⁰ Fols. 282-290 cdno 2

³¹ Fols. 291-293 cdno 2

13-001-33-33-012-2017-00092-01

- Acta de audiencia de juicio oral celebrada el 21 de octubre de 2015³².
- Sentencia absolutoria del 23 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Magangué³³.
- Boleta de libertad y acta de notificación al acusado³⁴.
- Testimonio Martha Pinto Pérez y Ana Sixta Porras Ortiz³⁵.
- CD audiencias penales.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme a los argumentos que plantea la parte demandante en el recurso de apelación, se procederá a verificar si en el caso concreto están acreditados los presupuestos que permitan determinar la responsabilidad que se le imputa a la Policía Nacional.

Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018³⁶ estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad de la que en este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores. 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho. 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad estatal se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, si se considera que se debe declarar la responsabilidad estatal, ya sea bajo un régimen subjetivo o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico. 5. En todos los casos debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad. 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

5.5.2.1 El daño

El daño es conocido doctrinalmente, como el detrimento que es provocado a una persona en su integridad o en sus bienes que no tiene el deber de soportarlo ocasionado por el actuar o la omisión de una entidad estatal o de un particular que cumpla funciones administrativas.

En el presente caso, el daño se configura con la restricción de la libertad que se le impuso al señor Orlando Mendoza Campillo, el cual conforme al

³² Fols. 297-298 cdno 2

³³ Fols. 328-339 cdno 2

³⁴ Fols. 350-351 cdno 2

³⁵ Fols. 463 cdno 3

³⁶ sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

13-001-33-33-012-2017-00092-01

certificado expedido por el complejo carcelario y penitenciario de Cúcuta, el demandante fue capturado el 28 de diciembre de 2014 y estuvo privado de la libertad en centro de reclusión, desde el 27 de enero de 2015 hasta el 25 de febrero de 2016³⁷, para un total de 12 meses y 29 días.

5.5.2.2 La imputación

Tal como lo hemos analizado en capítulos precedentes, para que un daño sea reparado por la administración debe demostrarse que el mismo es imputable a ella; es decir, que le es atribuible por su acción u omisión.

De acuerdo con lo expuesto, debe evaluarse entonces si la privación de la libertad señor Orlando Mendoza Campillo fue injusta, y es atribuible al Estado, representado en este evento por la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Antes de abordar el análisis de los fundamentos que permitan adoptar una decisión de fondo, es necesario precisar que la privación injusta de libertad como presupuesto de responsabilidad del Estado, no privilegia un régimen de imputación en específico. La jurisprudencia actual tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, pregonan que para analizar y determinar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad no se privilegia un régimen objetivo, sino que, de acuerdo con las particularidades del caso y de la decisión que se adopte por el juez penal de conocimiento, se determinaría si el deber de reparar se fundamenta en la falla o falta del servicio o se aplica un régimen objetivo por daño especial.

5.5.2.2.1. Análisis de la legalidad de la medida de aseguramiento

En todo caso, es requisito esencial evaluar la legalidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento dictada, por ser la decisión que determina la restricción de la libertad y, además, se deberá analizar si la actuación de la víctima dio lugar a la medida restrictiva que se le imputa, es decir, si se configura la culpa exclusiva de la víctima.

Por su parte, la Ley 1098 de 2006 definió varias reglas y criterios que se deben tener en cuenta en aquellos procesos penales en los que la víctima es un menor de edad. En relación con la imposición de medidas restrictivas de la libertad, el artículo 199 señaló que, en los procesos seguidos por delitos cometidos en contra de la libertad, integridad y formación sexual de un menor de edad, “[s]i hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, **esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión**” (Negrillas fuera de texto). Por

³⁷ Fol. 180 cdno 1 (doc. exp. digital)

13-001-33-33-012-2017-00092-01

tanto, “[n]o serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad”. Además, negó la posibilidad de otorgar cualquier beneficio o mecanismo sustitutivo de la pena en estos casos.

Es menester resaltar que la Corte Constitucional en reciente sentencia T-045 de 2021, estableció que la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.

Hecha la anterior aclaración, se precisa que en el presente caso la teoría de la parte demandante, está sustentado bajo la premisa de la absolución del señor Mendoza Campillo y no configuración de un hecho de la víctima, presumiéndose la responsabilidad de las demandadas. Sin embargo, conforme lo establecido en párrafos anteriores, no solo basta con demostrar el fallo absolutorio, sino que, además, es necesario demostrar que la medida de aseguramiento que se dictó resultó infundada, desproporcional e ilegal, y que el demandado no actuó con dolo o culpa grave que se hicieran merecedoras de la misma.

En vigencia de la Ley 906 de 2004, que fue el momento en el que se dispuso a detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar la medida de aseguramiento privativa de la libertad estaban previstos en su artículo 308 y son los siguientes: a) La procedencia de la medida según el tipo de delito o la pena del delito imputado (art. 313), b) Existencia de evidencia física y elementos probatorios que permitiera inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga (Art. 308), c) Que la medida sea necesaria porque: (i) se requiere evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; (ii) el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, o (iii) resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

El presente asunto, en virtud al informe ejecutivo rendido por el PT Jaider David Quevedo Cerpa adscrito a la Sijin-Magangué, se realizó la captura del demandante³⁸: *“El día 17 de marzo de 2013 las 13:55 hora se acerca a las instalaciones de la sijin una persona de sexo femenino quien responde al nombre de MILENA RAMÍREZ ARRIETA la cual se encontraba angustiada, en compañía de su hija quien lloraba en ese momento, con ellas llegó el señor ORLANDO MENDOZA CAMPILLO de 50 años de edad, a quien la señora MINELVA acusaba de cometerle minutos antes actos sexuales con su hija de nombre CAMR³⁹ de seis (06) años de edad, por lo anterior procedimos a trasladar a la menor de manera*

³⁸ Fol. 182 cdno 1

³⁹ Omite la sala el nombre de la menor.

13-001-33-33-012-2017-00092-01

enérgica al Hospital La Divina Misericordia con el fin de que le fuera realizada valoración medica urgente, mientras el señor ORLANDO MENDOZA CAMPILLO explicaba lo sucedido en las instalaciones de la Sijin, indicando de que si había abrazado y besado a la menor, de esta manera en diagnostico físico emitido por el médico que valoró a la menor, manifiesta que **se evidencia eritema (irritación) en labios mayores vulvares introito vaginal, sin laceraciones e indica en su diagnostico principal, problemas relacionado con el abuso sexual del niño por persona ajena al grupo de apoyo primario**. de esta manera teniendo en cuenta el concepto médico e indicaciones dadas por la misma menor quien acusaba al particular ORLANDO MENDOZA CAMPILLO, de haberle hecho tocamientos físicos indebidos en su cuerpo, se procedió a darle a conocer al mencionado los derechos que le asisten como persona capturada, por el delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS".

Conforme al escrito de acusación⁴⁰, una vez informado a la Fiscalía lo anterior, se remitió a la menor al ICBF⁴¹, entidad que una vez la valoró por psicología determinó lo siguiente: "se encuentra dentro de la valoración múltiples conductas, que permiten dictaminar un trauma de carácter sexual, así como el cumulo de registros en entrevistas que lo afirman. Las conductas que refuerzan este resultado tienen como incidencia en la parte psicológica, lo que nos permite afirmar que en su desarrollo sexual esta afectado. En términos generales su afecto y emoción se encuentran disminuidos a causa del evento traumático. Se establece que en su testimonio tiene un alto contenido de credibilidad, ya que no se establece mitomanía o fantasía, se observa que su discurso es claro, fluido y que el desarrollo nemico de la idea directriz tiene congruencia con el relato".

En la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2014, el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal De Magangué, resolvió la solicitud de orden de captura elevada por la Fiscalía en la que manifestó que su petición estaba sustentada en: (i) es un delito con pena mayor a 4 años; (ii) por tratarse la infante de una menor victima de abuso sexual; (iii) el acusado se había trasladado a la ciudad de Bucaramanga (iv) el informe psicológico realizado por ICBF y el informe médico; (v) denuncia de la madre de la menor; y (vi) relato de la madre de la menor. Ahora bien, las razones del juez en mención se sustentaron en las pruebas antes relacionadas, resaltando las conclusiones arrojados en el examen psicológico, y la valoración médica, las cuales fueron citadas en párrafos anteriores.

Se avizora en el expediente, la valoración citada anteriormente, realizada por la ESE Hospital la Divina Misericordia a la menor CAMR⁴², en la que anotó como observación que se evidenciaba eritema en labios mayores vulvares e introito vaginal sin laceraciones de himen integro ano y región perianal normal con esfínter externo de buen tono, como diagnostico principal se determinó lo siguiente: "PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL ABUSO DEL NIÑO POR PERSONA AJENA AL GRUPO DE APOYO PRIMARIO"⁴³.

⁴⁰ Fols. 181-185 cdno 1

⁴¹ Fols. 282-290 cdno 2

⁴² Fols. 279-281 cdno 2

⁴³ Problemas relacionados con el contacto o intento de contacto del pecho y los genitales del niño o los de otra persona, exposición sexual en confrontación próxima o intento de desnudar

13-001-33-33-012-2017-00092-01

En audiencia de juicio oral se recepcionó el testimonio del Dr. Jainer Benito Jiménez, quien fue el médico que atendió a la menor en la ESE Hospital la Divina Misericordia⁴⁴, quien en resumen manifestó que estando el día 17 de marzo de 2013, en el servicio de urgencia recibió a la menor con su madre, quienes manifestaron que la niña había sido víctima de abuso sexual, del resultado del examen expuso que, había algo que no coincidía con el examen normal, presentándose un eritema en labios mayores vulvar, explicándolo como una zona roja a nivel de cualquier parte del cuerpo debido a un proceso inflamatorio, de rascado, traumático, simple sin complicaciones, maltrato o roces. Frente al caso concreto, indicó que en el caso de la menor puede ser por causa de mala higiene, o una manipulación manual, el cual tiende a desaparecer dentro de las 24 horas siguientes. En cuanto al himen integro explicó que se traduce a que no hay desfloración. Al ser interrogado, también expresó que, si bien no pudo concluir con el examen realizado que se trata de un abuso sexual, tampoco se descarta que sucediera.

Llama la atención de esta Sala que, en el informe de valoración psicológica realizada a la menor CAMR por parte del ICBF⁴⁵, la víctima si identifica de manera clara a su presunto agresor, permitiéndose citar de manera textual la entrevista a ella realizada:

“¿sabes porque estás aquí? R/ si, porque me van a hacer una entrevista para que cuente lo que me paso.

¿cuéntame que te sucedió? R/ mi mamá me dijo que contara todo lo que me paso.

¿Qué te paso?

R/ el señor me dijo que me iba a llevar a parquear el carro y no lo hizo, y el fue, y se tomo una costañita y me metió la mano y después mi mama me llevo a la fiscalía.

¿cuando hablas de el señor que te hizo algo, de quien estás hablando?

R/ del señor que me hizo eso, y yo estaba llorando y el se fue.

¿Qué te hizo ese señor?

R/el le dijo a mi mama que me bañara y me cambiara, que el me iba a llevar a parquear el carro y no lo hizo, me llevo para otra parte, el me metió la mano aquí adelante (se toca la vulva), y me hizo duro y eso me dolía y después me llevaron al médico.

¿Qué más te hizo?

R/se bajó el pantalón y el pantaloncillo y se sacó el pipi, ya mi me bajo el cuco y me metió la mano y después me salto encima de él y yo me puse a llorar y él me bajo y me llevo para mi casa y el se fue y yo me quede llorando y se lo conté a mi mama y a la muchacha que trabaja en mi casa y me llevo al doctor para ver que era lo que tenía y tenía la vulva colorada.

¿Cómo se llama el señor que te hizo eso?

R/ se llama Orlando

¿le sabes el apellido?

o seducir al niño, por una persona considerablemente mayor, no perteneciente a la familia del niño, sea por la posición o nivel de esa persona o contra la voluntad del niño.

⁴⁴ Min. 6:54 – 29:00

⁴⁵ Fols. 282-290 cdno 2



13-001-33-33-012-2017-00092-01

R/ mi mamá se lo sabe, creo que es Mendoza.

¿Cuándo pasó eso?
R/ ahorita, hoy mismo.

(...)

¿tu conocías a Orlando?

R/ es el esposo de mi tía Ana.

¿Quién es tu tía Ana?

R/ la sobrina de mi mama.

¿tu me puedes decir como es Orlando?

R/ es un muchacho gordo, con pantalón, suéter de rayas, zapatos negros, es bajito, es blanco.

¿es joven o es viejo?

R/ no es tan viejo.

¿Qué es el tuyo?

R/ tío.

(...)

¿él te decía que no dijeras nada?

R/ no, yo estaba callada y después me puse a llorar, empezó a preguntarme que si yo quería una papita y gaseosa, y yo le dije que no.

(...)

¿el antes había hecho eso?

R/ no, solo ahorita.

¿Por qué el va a tu casa?

R/ porque él necesita una pieza, porque el necesita un camión y como mi mamá tiene dos hoteles, el se queda allá.

¿tu tenías mucha confianza con él?

R/ si

¿Cómo te sientes ahora mismo?

R/ me siento mucho mejor sin ese señor haciéndome eso. Aunque ahora tengo la vulva enferma y le doctor me va a mandar una crema, pero ahora estoy tranquila.

Ahora bien, dicha valoración, en resumen, concluyó un relato consciente, normal, orientado, inteligente, crítico y objetivo. Evidenció miedo a un nuevo episodio, mostrándose tranquila con tristeza, apatía y rebeldía. El concepto profesional arrojado, determinó que existía un trauma de carácter sexual, corroborando que el testimonio de CAMR no era mitómano o fantasioso.

13-001-33-33-012-2017-00092-01

La Dra. Diana Paola Camero Sampayo, psicóloga del ICBF que entrevistó a la menor⁴⁶, fue llamada a audiencia de juicio oral en el que manifestó, las técnicas empleadas por el ICBF para la realización de las entrevistas. Ratificó el trauma de carácter sexual, y su afecto se encuentra disminuido, reflejaba conductas de ansiedad, tristeza, culpa, entre otras.

Del informe pericial de clínica forense rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses a la menor CAMR⁴⁷, se estableció que, a la fecha de realización del examen, esto es, 20 de marzo de 2013, no presentaba lesión alguna. En el interrogatorio practicado al Dr. Argemiro Antonio Martínez García⁴⁸,

Al interrogar al PT Jaider David Quevedo Cerpa adscrito a la Sijin-Magangué, quien realizó la captura del demandante⁴⁹, hizo un relato de los hechos, mismos que coinciden con el informe ejecutivo antes referenciado.

En la continuación de la audiencia de juicio oral celebrada el 23 de febrero de 2016, la Fiscalía General desistió de los testimonios de la menor, la madre denunciante y una patrullera de la Policía Nacional por no poderse recepcionar los mismos, por lo que se vio obligada a solicitar la absolución⁵⁰ del procesado por el principio de "*Indubio pro reo*", por no poderse probar los hechos de su acusación, sin que ello significara que no había pruebas para ello.

A partir de estas consideraciones, la Sala advierte que es deber del juez de la responsabilidad analizar, en primera medida, si el Estado actuó o no conforme a derecho. Por tanto, si su actuación no estuvo ajustada al ordenamiento jurídico, el caso deberá abordarse bajo la óptica de la falla del servicio. En caso contrario, el juzgador deberá determinar si el perjuicio que sufre la víctima debe ser reparado bajo la consideración de que es un daño especial -no lo sufre la generalidad de la población- y, por su gravedad, no podría considerarse que debe soportarlo o tolerarlo por el solo hecho de vivir en sociedad. Bajo este título de imputación denominado por la jurisprudencia como "daño especial", debe considerarse que es a partir de la gravedad y anormalidad del daño que debe establecerse el derecho a la indemnización.

Encuentra esta Sala que, del anterior recuento, es dable determinar que, al momento de la imputación y decisión sobre la medida de aseguramiento, existían elementos materiales probatorios que permitían inferir la responsabilidad en el ilícito endilgado al demandante, dada la investigación que se estaba surtiendo, aunado a ello, el delito era cometido frente a una persona de especial protección constitucional, como es una menor de edad,

⁴⁶ Min. 29:45

⁴⁷ Fols. 291-293 cdno 2

⁴⁸ Cd juicio oral 13430600111820130045600_134303104001_04_06

⁴⁹ Cd juicio oral 13430600111820130045600_134303104001_04_06

⁵⁰ Carpeta de juicio- febrero 2016 23-02-2016. Min. 11:25- 27:42

13-001-33-33-012-2017-00092-01

agravado a que, el delito era de índole sexual, sin embargo, en virtud a que las razones para absolverlo fueron la imposibilidad de practicar la totalidad de las pruebas por razones atribuibles a terceras personas, distintas a la Fiscalía, la defensa o el juzgado, se estudiará si esta conclusión es suficiente para declarar la responsabilidad de las demandadas, por el principio de indubio pro reo.

De los documentos que constan en el expediente, es dable determinar que, al momento de la imputación y decisión sobre la medida de aseguramiento, existían elementos materiales probatorios que permitían inferir la responsabilidad en el ilícito endilgado al demandante, dado que, la menor en la entrevista realizada si identifica al acusado, indicando no solo su nombre, sino también su parentesco y descripción física del mismo. Adicionalmente, relata los hechos y situaciones padecidas: *“se bajó el pantalón y el pantaloncillo y se sacó el pipi, ya mi me bajo el cuco y me metió la mano y después me salto encima de él y yo me puse a llorar y él me bajo y me llevo para mi casa y el se fue y yo me quede llorando y se lo conté a mi mama y a la muchacha que trabaja en mi casa y me llevo al doctor para ver que era lo que tenía y tenía la vulva colorada”*.

Por otro lado, no puede perderse de vista que se trataba del esposo de la tía de la menor, es decir, una persona cercana a su círculo familiar, quien sí aceptó según el informe ejecutivo rendido por el PT Jaider David Quevedo Cerpa, haber besado y abrazado a la menor, y conforme al examen médico practicado a la menor esta presentaba eritema en labios mayores vulvares e introito vaginal sin laceraciones de himen integro ano y región perianal normal con esfínter externo de buen tono, como diagnóstico principal se determinó lo siguiente: *“PROBLEMAS RELACIONADOS CON EL ABUSO DEL NIÑO POR PERSONA AJENA AL GRUPO DE APOYO PRIMARIO”*. En ese orden de ideas, era apenas lógico la necesidad de imponer una medida de aseguramiento teniendo en cuenta la gravedad del delito, la persona contra la cual se realizó, así como los testimonios y pruebas practicadas.

Por lo tanto, conforme las pruebas que constan en el expediente es dable concluir que la medida restrictiva de la libertad se ajustó a los postulados y exigencias formales establecidas en el Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, en lo que atañe al juicio o reproche de responsabilidad patrimonial que se le puede endilgar a la demandada, concluye la Sala que, de las pruebas que constan en el expediente, no es posible determinar que la Fiscalía General de la Nación, haya incurrido en una falla en el servicio, toda vez que como lo señaló el fiscal en su solicitud de absolución, no se trató de una indebida actuación por parte del ente investigador, sino de la imposibilidad de comparecencia de la madre de la menor, esta última, al manifestar no querer seguir exponiendo a su hija en el proceso, y de la patrullera de la Sijin Cindy Johana Suárez Tejero por falta de permiso para su asistencia.

Es decir, bajo el análisis de la responsabilidad bajo la egida de la falla en la prestación del servicio, no es posible determinar en el caso bajo estudio que la

13-001-33-33-012-2017-00092-01

medida restrictiva de la libertad haya resultado desproporcional, ilegal e irrazonable.

En ese sentido y atendiendo a lo manifestado en párrafos anteriores, a la luz del régimen subjetivo de responsabilidad, no basta con acreditar la existencia de un fallo absolutorio o una preclusión, para determinar la responsabilidad de la autoridad judicial, sino que, además, es necesario demostrar, determinar y probar que la restricción de la libertad era innecesaria, improcedente, ilegal o desproporcional a los hechos que le sirvieron de causa.

Cabe resaltar que, la Fiscalía General mantuvo durante todo el proceso los fundamentos de su acusación, pese a que en etapa de juicio oral solicitó su absolución reiterando todo el tiempo, que no se trataba de una falta de comisión del delito por parte del acusado, ni mucho menos falta de pruebas en su totalidad, sino, a una insuficiencia en la recaudación de los testimonios claves dentro de la investigación.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que el principio de presunción de inocencia prevalece cuando en el trámite del proceso penal se encuentran motivos para absolver al procesado, o se recolectan pruebas que resultan insuficientes para endilgar responsabilidad al investigado, como ocurrió en este caso. Pero no por ello el juez de lo contencioso administrativo puede concluir que, como consecuencia de la referida decisión absolutoria, se desvirtúan los elementos de juicio que dieron lugar a la solicitud de medida de aseguramiento; o que la limitación a la libertad, per se, tiene la connotación de injusta, pues el examen de responsabilidad administrativa del Estado se sustenta en presupuestos diferentes al del juicio penal, que tiene por objeto el estudio de la posible comisión de un hecho punible y la protección de los bienes jurídicos de los individuos.

Dicho en otras palabras, en el presente caso no se está desconociendo la presunción de inocencia del señor Orlando Mendoza, la cual permaneció y se mantuvo incólume con el fallo absolutorio. Sin embargo, para efectos de determinar la responsabilidad extracontractual de la demandada, no basta con acreditar la absolución, sino que también se debe demostrar o probar que la decisión que le impuso la medida de aseguramiento fue contraria a los postulados establecidos en la Ley 906 de 2004 y, eso es lo que no se evidencia en el caso bajo estudio, ya que la teoría del caso fue desarrollada bajo la presunción de una responsabilidad objetiva y no de carácter subjetivo.

Es necesario precisar que, esta sala de decisión, aun bajo el conducto del título de imputación subjetivo, ha declarado la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, cuando se ha determinado la preclusión o fallo absolutorio, pero concomitantemente se ha demostrado que la negligencia por parte del órgano investigador en recopilar elementos

13-001-33-33-012-2017-00092-01

materiales probatorios suficientes para demostrar la responsabilidad en el ilícito, o porque se demostró que la medida restrictiva fue desproporcional e innecesaria frente a los hechos demostrados en el curso de la audiencia preliminar.

En conclusión, por no haberse acreditado los hechos que permitan imputar el daño a la demandada, hay lugar a concluir que no concurren los elementos estructurantes exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

5.5 De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal".

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

De igual forma, se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁵¹, ha adoptado un criterio objetivo-valorativo de la imposición de condena en costas, precisando que no se debe atender a la conducta de las partes para determinar su procedencia, es decir, si las mismas actuaron con temeridad o mala fe, por el contrario, su imposición atiende a aspectos objetivos relacionados con la causación de las costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, en este caso a los demandantes, no obstante, se encuentra demostrado que su recurso de alzada se amparó en fundamentos legales y jurisprudenciales que consideró respaldaban su tesis, por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena, en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁵¹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 21 de enero de 2021. Radicación: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016; y sentencia del 07 de abril de 2016. Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). M.P. William Hernández Gómez.

13-001-33-33-012-2017-00092-01

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

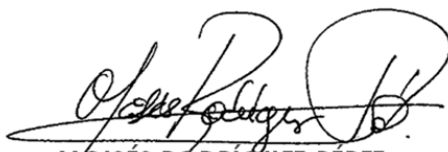
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas a la parte demandante en esta instancia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.031 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ⁵²
En comisión de servicios

⁵² En comisión de servicios otorgada por el Consejo de Estado.