

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	25000 – 23 – 26 – 000 – 2011 – 01310 - 01
Actor:	LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO Y OTROS
Demandado:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
Instancia:	PRIMERA
Sistema:	ESCRITURAL
Tema:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD
Índice	SC03 – 09 – 20 – 2490

Asunto: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro de la presente acción, conforme con los siguientes:

II. ANTECEDENTES

LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO, en calidad de víctima directa y en representación de su hijo menor **KEVIN DAVID JIMÉNEZ CARRILLO**, **ROSALBA GUERRERO CABALLERO**, en calidad de madre de la víctima directa, y **LUIS HERNANDO CARRILLO GUERRERO**, en calidad de hermano de la víctima directa, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la reparación del daño que alegan causado con la privación injusta de la libertad de Leydy Johana Carrillo Guerrero.

2.1. Pretensiones.

“PRIMERA: que se declare que LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL son responsables por los perjuicios ocasionados a LEYDY JOHANNA CARRILLO GUERRERO, ROSALBA GUERRERO CABALLERO, KEVIN DAVID JIMENEZ CARRILLO, LUIS HERNANDO CARRILLO GUERRERO, como consecuencia de LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD de la que fue objeto la señora LEYDY JOHANNA CARRILLO GUERRERO al proferirse medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, posteriormente revocada al interior de la investigación penal precluida por atipicidad de

la conducta frente al tipo penal de actos sexuales con menores de 14 años por el que a ésta se le investigó y sancionó durante más de cinco meses.

SEGUNDA: como consecuencia de la declaración anterior se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados a la señora LEYDY JOHANNA CARRILLO GUERRERO, los cuales serán objeto de prueba en el proceso.

2.1 Por concepto de lucro cesante más sus intereses o actualización. Las pretensiones económicas se concretan en la suma mencionada anteriormente o en las sumas mayores o menores que resulten probadas en el proceso, mediante el correspondiente dictamen pericial.

2.2. Por el concepto de perjuicio moral subjetivado el monto máximo establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para el efecto.

2.3. Por concepto de daño a la vida de relación el monto máximo establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para el efecto.

2.4. Que se condene a los demandados al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley sobre las sumas mencionadas.

Subsidiariamente solicito se indexen las sumas ya mencionadas

TERCERA: Como consecuencia de la declaración pretendida en el numeral primero se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de **la totalidad de los perjuicios ocasionados** a la señora ROSALBA GUERRERO CABALLERO especialmente los siguientes:

3.1 Por concepto de perjuicio moral subjetivado proveniente de la privación injusta de la libertad de su hija la señora LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO el monto máximo establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para el efecto.

3.2 Por concepto de daño a la vida de relación proveniente de la privación injusta de la libertad de su hija la señora LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO el monto máximo establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para el efecto.

CUARTA: Como consecuencia de la declaración pretendida en el numeral primero se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados al menor KEVIN DAVID JIMENEZ GUERRERO especialmente los siguientes:

Por concepto de perjuicio moral subjetivado proveniente de la privación injusta de la libertad de su progenitora la señora LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO el monto máximo establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para el efecto.

QUINTA: Como consecuencia de la declaración pretendida en el numeral primero se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- DIRECCION EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados al joven LUIS HERNANDO CARRILLO especialmente los siguientes:

Por concepto de perjuicio moral subjetivado proveniente de la privación injusta de la libertad de su hermana la señora LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO el monto máximo establecido por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado para el efecto.

SEXTA: Que se tenga en cuenta lo dispuesto en el último inciso del artículo 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEPTIMA: Que se condene en costas a la parte demandada”.

La parte demandante presentó pretensiones subsidiarias similares a las ya expuestas, pero esta vez fundamentadas en la declaratoria de responsabilidad extracontractual a título de error judicial materializado en la decisión que impuso la medida de aseguramiento en contra de Leydy Johanna Carrillo Guerrero.

A su vez, realizó un estimativo de perjuicios reclamados que a continuación se resume:

Daño emergente	Salarios y prestaciones	\$20.000.000
	Gastos por privación de la libertad	\$50.000.000
	Honorarios profesionales del abogado que asumió su defensa penal	\$15.000.000
	Honorarios de Psicóloga	\$5.000.000
Lucro cesante	“Tomando como base la fecha del acaecimiento del hecho hasta la fecha de la sentencia”	\$25.000.000
	Interés causado hasta septiembre de 2009	\$375.000
	Interés desde octubre de 2009 hasta enero de 2010	\$786.800
Perjuicios morales	Por lo que sufrió la familia de la privada de la libertad, quien les proporcionaba ayuda económica	\$20.000.000
	Subjetivos y/o Subjetivados en 10.000 gramos oro	\$500.000.000
Indemnización futura	Por los ascensos en el cargo laboral e incrementos económicos que dejó de obtener	\$33.838.2000

2.2. Hechos.

Como hechos que fundamentan las pretensiones, el apoderado de la parte demandante señaló:

- La señora Leydy Johana Carrillo Guerrero se desempeñaba como docente en el Jardín Infantil “Mis Semillitas”, desde el 2 de febrero de 2009.

- La Unidad Judicial Municipal de Sylvania y Tibacuy dictó orden de captura en su contra, que se hizo efectiva el 30 de abril de 2009, fecha en la que tuvo lugar la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, por la presunta comisión de actos sexuales con menores de 14 años.

- El 5 de septiembre de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá profirió fallo absolutorio y revocó la medida de aseguramiento, al considerar que las pruebas periciales y testimoniales arrojaban duda razonable respecto de la responsabilidad penal de la imputada, de modo que permaneció privada de la libertad aproximadamente 6 meses.

2.3. De los argumentos de la parte actora.

El apoderado de los demandantes señaló que la providencia que impuso la medida restrictiva de la libertad no estuvo precedida de un análisis probatorio, ni atendió los argumentos de la defensa de la procesada, por lo que su motivación fue subjetiva y producto de la especulación

Manifestó que la responsabilidad extracontractual de las demandadas les es atribuible a título de privación injusta de la libertad o error judicial, para lo cual resalta que de los elementos valorados por la Fiscalía no podía deducirse el dolo del tipo penal imputado a la señora Carrillo Guerrero y puso de presente “...*el silencio que se guardó frente al levantamiento de la medida de aseguramiento y la preclusión de la investigación*”.

Adujo que la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero sufrió perjuicios (i) derivados del daño a la vida de relación, porque la privación de su libertad le impidió compartir su embarazo y el nacimiento de su primer hijo con su familia; (ii) patrimoniales por la pérdida de su empleo y la reducción de sus ahorros, y (iii) morales, por el desprestigio profesional, afectación a su buen nombre, tristeza y congoja soportadas. De igual manera, alegó que los perjuicios descritos se extendieron a los restantes demandantes, en calidad de hijo, madre y hermano de la afectada directa.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 30 de noviembre de 2011, ante la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, correspondiéndole por reparto al Despacho del Magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero (fl. 34, c. 1).

Mediante auto de 24 de febrero de 2012, la demanda fue inadmitida, con el fin de que los demandantes aportaran copias de sus registros civiles de nacimiento (fl. 35, c. 1).

Mediante auto de 23 de marzo de 2012, la demanda fue admitida en contra de la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, disponiéndose notificar a las partes, diligencias de las que obra constancia a folios 44 y 45 del cuaderno principal

3.1. De las contestaciones de la demanda.

3.1.1. Nación – Fiscalía General de la Nación (fls. 50 a 63, c. 1).

El apoderado de la Fiscalía General de la Nación se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó que los hechos señalados en la misma deben probarse.

Como sustento de la oposición, señaló que la investigación penal se realizó en ejercicio de las funciones señaladas en el artículo 250 de la Constitución Política y la medida de aseguramiento fue impuesta de conformidad con lo previsto en el artículo 306 de la Ley 906 de 2004, al cumplirse con los requisitos exigidos.

Destacó que para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento no era necesario un grado de certeza sobre la responsabilidad penal de la sindicada, grado de convicción exigido para la sentencia penal condenatoria.

A su juicio, la responsabilidad extracontractual no es atribuible a su representada a título de privación injusta de la libertad, error judicial o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, entre otras razones, porque no es predicable de manera automática de la revocatoria de la medida de aseguramiento, respecto de la que no está demostrado su carácter injusto a partir de las pruebas aportadas al proceso.

Propuso las excepciones de (i) falta de legitimación en la causa por pasiva y (ii) actuación excluyente de un tercero, sustentadas en que la decisión de imposición de la medida de aseguramiento fue dictada por un Juez de Control de Garantías, de acuerdo con lo previsto en la Ley 906 de 2004.

3.1.2. Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (fls. 64 a 68, c. 1).

El apoderado de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración se opuso a las pretensiones de la demanda.

Señaló que las actuaciones del Juzgado con Función de Control de Garantías estuvieron respaldadas por los elementos materiales probatorios, lo dispuesto en los artículos 239 y 240 del Código Penal, 308, 310, 312 y 313 de la Ley 906 de 2004.

Consideró que la medida de aseguramiento se impuso una vez superado el test de razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y cumplimiento de los fines legales y constitucionales, teniendo en cuenta que se trataba de un delito con alto impacto social.

Señaló que la definición en torno a la responsabilidad penal correspondía al Juez de Conocimiento en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento, y que la sentencia absolutoria a favor de la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero no era suficiente para convertir en injusta la privación de la libertad que soportó.

Propuso la excepción de ausencia de nexo causal.

3.2. Alegatos de conclusión

Surtidas las notificaciones, recibidas las contestaciones de la demanda y, por ende, constituida la relación jurídica procesal, a través de auto de 27 de julio de 2012 se decretaron pruebas (fls. 84 y 85, c. 1).

El 22 de noviembre de 2013, fue dictado auto que declaró el desistimiento de testimonios decretados y corrió traslado para alegar. Sin embargo, esta decisión fue revocada, con el fin de que poner en conocimiento de las partes el despacho comisorio adelantado por el Juzgado Segundo Municipal de Fusagasugá a través del cual se dispuso recaudar las pruebas testimoniales (fls. 139 y 210, c.1).

Luego, mediante el auto de 23 de mayo de 2014 se corrió traslado para alegar (fl. 216, c. 1). Sin embargo, a través de auto de 26 de septiembre de 2014, fueron decretadas pruebas de oficio: (i) copia auténtica, completa y legible del expediente correspondiente al proceso penal No. interno 2009 – 0101 y (ii) copia de la historia clínica de la menor que se presentó como víctima en el proceso penal (fl. 261, c. 1);

Luego, continuó el impulso del recaudo de las pruebas de oficio, y mediante auto de 18 de agosto de 2015 el proceso fue remitido a la Sección Tercera – Subsección “C” (fl. 301, c. 1).

Mediante auto de 8 de septiembre de 2015, nuevamente se corrió traslado para alegar; no obstante fue dejado sin efectos a través del auto de 24 de noviembre de 2015, con el fin de que se recaudaran la totalidad de pruebas requeridas en el auto de 26 de septiembre de 2014 (fl. 365, c. 1).

Posteriormente, fue impulsado el recaudo de las pruebas documentales faltantes, incorporándose al expediente la historia clínica de la menor y copias auténticas de parte del proceso penal, que fueron suministradas por la apoderada de los demandantes al Juzgado Penal del Circuito de Facatativá, teniendo en cuenta que el expediente se encontraba extraviado. Las copias se acompañaron del siguiente informe de la Secretaria de dicho Juzgado:

“INFORME SECRETARIAL. Fusagasugá, Cundinamarca, 31 de mayo de 2017.- Al Despacho del señor Juez ingresó el proceso radicado al número 252906108010200980172 Nro. 2009 – 101, adelantado en contra de la señora LEIDY JOHANA CARRILLO GUERRERO, informando que la apoderada reiteradamente ha solicitado copia integral y auténtica de todo el proceso, el que se traspapeló dadas las varias salidas del archivo y los varios trasteos que ha afrontado el Juzgado y el hecho de la carga laboral que ha dado lugar a que tengamos cuatro lugares de archivo, procediéndose a la reconstrucción del mismo, con la apoderada, doctora HELEN JOHANNA ARIZA CRUZ quien el día de hoy allegó las piezas faltantes y se procedió a la verificación de actas y decisiones con el historial del libro radicator, constatándose en su integridad que son fotocopias auténtica y conforman en su totalidad el expediente que culminó con sentencia absolutoria”

Finalmente, a través de auto de 3 de mayo de 2018, se colocó en conocimiento de las partes las copias del proceso penal, y el 31 de mayo de 2018, se dispuso dar traslado

a las mismas para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 397, c. 1).

3.2.1. Alegatos de la parte demandante

El apoderado de la parte demandante, a través de escrito visible de folios 173 a 180 del cuaderno 1, presentó sus alegaciones finales, señalando, entre otros argumentos, que la actuación de la Fiscalía fue precipitada, innecesaria e injustificada, porque nunca estuvo comprometida la integridad de la presunta víctima de la conducta penal.

Señaló que no aplica el eximente de responsabilidad de acto excluyente de un tercero, porque la Fiscalía actuó por cuenta propia, pues debía verificar la credibilidad de las pruebas antes de presentarlas al Juez de Control de Garantías.

Sostuvo que las pruebas presentadas en el proceso penal daban cuenta de la inocencia de la señora Carrillo Guerrero; particularmente, de acuerdo con los dictámenes médicos, no estaba demostrado que el eritema en la región vaginal y anal diagnosticado a la menor, tuviera como causa actos libidinosos sobre sus partes íntimas.

Si bien estos argumentos fueron presentados cuando se corrió traslado para alegar por primera vez, posteriormente, la apoderada solicitó que fueran tenidos en cuenta, por lo cual, en garantía de su derecho de defensa, se tienen en cuenta aunque no fueron presentados luego de dictado el auto que cerró el debate probatorio, tras haberse dictado auto de pruebas de oficio.

3.2.2. Alegatos de la Nación – Rama Judicial

El apoderado de la Nación – Rama Judicial señaló que para imponer la medida de aseguramiento, el Juzgado tuvo en cuenta la denuncia presentada por los padres de la menor de tres años, presuntamente víctima del acto sexual abusivo, quienes mantuvieron la acusación hasta la etapa de juicio oral, así como las conclusiones de la consulta médico legal.

Argumentó que la medida era necesaria por tratarse de un delito contra una menor de edad, cuya pena mínima excedía en grado sumo a los 4 años, punible que no permitía favorecer con beneficios o subrogados penales a la procesada, atendiendo la prohibición legal de que trata el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Resaltó que al Juez con Función de Control de Garantías no le era posible anticipar que en etapa de juicio oral no se obtendrían las pruebas necesarias para superar la duda razonable en torno a la responsabilidad penal de la imputada.

Destacó el principio del interés superior de la niñez y las presunciones de riesgo, la necesidad de activar todos los recursos necesarios para salvaguardar sus derechos, el contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia, la tendencia ascendente de dar mayor credibilidad a las declaraciones de los menores de edad, con el fin de reforzar los deberes de protección, teniendo en cuenta que por las circunstancias en que se cometen los actos de abuso sexual, la víctima es por excelencia el testigo único.

Entre las razones de defensa, incluyó que estaba probado (i) el hecho de un tercero, en cabeza de los padres de la menor que instauraron la denuncia en contra de la señora Carrillo Guerrero, y (ii) la culpa exclusiva de la víctima, debido a los comportamientos inadecuados de la señora Carrillo Guerrero, tales como sentar a la niña en sus piernas y practicar juegos inapropiados.

3.2.3. Alegatos Fiscalía General de la Nación

El apoderado judicial de la Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión, a través de escrito visible de folios 428 a 438 del cuaderno 1, en el que reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y señaló que no estaba probada la responsabilidad de su representada por inexistencia de falla en el servicio y ausencia del nexo causal.

Agregó que las actuaciones de la Fiscalía se enmarcaron en el desarrollo del principio *pro infans* y tuvieron en cuenta lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Además, alegó la configuración del eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, por estimar que el comportamiento de la docente fue inapropiado, tal y como lo reveló la entrevista de la menor realizada por el médico legista.

3.2.4. Concepto del Ministerio Público.

El Representante del Ministerio Público, guardó silencio durante el término conferido en el auto que cerró el debate probatorio. Sin embargo, antes de que se dictara el auto que decretó las pruebas de oficio, la Procuradora Doce Judicial II Administrativa había aportado al proceso concepto favorable a las pretensiones, apoyado en que bastaba la sentencia absolutoria en favor de la procesada para que se configurara la privación injusta de la libertad, aunque la misma hubiese sido resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Agregó que era innecesario determinar si la medida de aseguramiento estaba o no ajustada a derecho, porque no se estaba objetando su legalidad (folios 356 a 364, cuaderno 1).

IV. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN

4.1.1. Jurisdicción y competencia

El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo consagra el criterio orgánico para establecer que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe conocer de los litigios de las entidades públicas, por lo que basta verificar que la naturaleza de una de las partes sea pública, como lo es la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para que se trámite la controversia ante esta jurisdicción.

Por la naturaleza del asunto, esta Sala de Decisión es competente para conocer del proceso, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo señalado por el H. Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, en primera instancia, los Tribunales Administrativos conocen de las acciones de

reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia (por error judicial, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) y el H. Consejo de Estado conoce en segunda instancia. En razón de lo anterior, no es necesario considerar los factores territorial y de cuantía en el proceso¹.

4.1.2. De la procedencia de la acción

A través de la pretensión de reparación directa se busca que sean reparados todos los daños causados por una entidad estatal; esta acción encuentra su base jurídica en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual establece que el estado deberá responder por el daño antijurídico que cause.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 del C.C.A., cualquier persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otro motivo. En este caso, la demandante solicita la reparación del daño irrogado por las demandadas, a su juicio, por habersele privado injustamente de su libertad, razón por la cual la acción de reparación de directa es procedente.

4.1.3 De la caducidad

En general, la acción judicial se extingue por caducidad cuando vence el término previsto en la ley para demandar ante los jueces la satisfacción de una determinada pretensión.

En el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., está previsto que la acción de reparación directa puede interponerse en un término de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente causante del daño.

Cuando el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad, la injusticia o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente, es decir, desde el momento en que el sindicado recupera su libertad o quede ejecutoriada la providencia judicial que lo declara absuelto o dispone la preclusión de la investigación², dependiendo de qué sea lo último que ocurra.

En el *sub judice*, la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero recuperó su libertad el 7 de septiembre de 2009 (fl. 4, c. 4 de pruebas), pero solo hasta el momento en el que quedó ejecutoriada la providencia judicial mediante la cual se declaró la preclusión de la investigación, la demandante tuvo certeza sobre la injusticia de la medida privativa de la libertad. En el plenario no hay constancia de la fecha de ejecutoria de dicha

¹ Esta regla de competencia es aplicable, debido a que la demanda se instaura en vigencia del Código Contencioso Administrativo, pues el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011.

² Para ampliar sobre la caducidad de la acción de reparación directa en casos de privación injusta de la libertad, véase Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera - Subsección “A” Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D.C., sentencia de nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00189-01(38438).

providencia, sin embargo, si contáramos el término de caducidad desde la sentencia absolutoria emitida el 29 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta que según constancia de la Secretaria del Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, con ésta terminó el proceso³, a la fecha de radicación de la solicitud de audiencia de conciliación (29 de agosto de 2011), faltaba un mes y un día para el vencimiento de dicho término, la audiencia de conciliación extrajudicial tuvo lugar el 16 de noviembre de 2011⁴ y la demanda se interpuso oportunamente el 30 de noviembre de 2011, por lo cual no resulta necesario establecer la fecha de ejecutoria para inferir que la demanda fue interpuesta en término.

4.1.4. De la legitimación en la causa

En este caso, el daño irrogado es la privación de la libertad a la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero y la *causa petendi* es que tal medida se impuso injustamente o por medio de providencia incurra en error judicial.

Los demandantes están legitimados en la causa por activa, debido a que la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero es la directa afectada por haber sido privada de la libertad, y los restantes demandantes actúan en calidad de hijo, madre y hermano de la directa afectada, tal y como se acreditó con los registros civiles de nacimiento que a continuación se describen:

- Registro Civil de Nacimiento de Kevin David Jiménez Carrillo, de acuerdo con el cual nació el 20 de diciembre de 2009 y es hijo de Leydy Johana Carrillo Guerrero⁵.
- Registro Civil de Nacimiento de Leydy Johana Carrillo Guerrero, con la anotación de que la madre es Rosalba Guerrero Caballero⁶.
- Registro Civil de Nacimiento de Luis Hernando Carrillo Guerrero, con la anotación de que la madre es Rosalba Guerrero Caballero⁷.

La Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación están legitimadas formalmente en la causa por pasiva, porque fueron vinculadas por los demandantes; además se vislumbra una relación entre el cumplimiento de sus funciones y el que se presenta como hecho generador del daño por el cual exigen la reparación. Así, bajo el Sistema Penal Acusatorio, dispuesto en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General es el ente acusador, encargado de la investigación penal y de presentar la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, para lo cual expone sus argumentos y el respaldo probatorio de los mismos, actuaciones que pueden incidir en la privación de la libertad del procesado.

La Fiscalía General de la Nación solicita ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento, con fundamento en el material probatorio recaudado, para que éste, con base en los argumentos y la evidencia probatoria presentada, decida sobre la procedencia de la medida privativa de la libertad.

³ Fl. 2, c. 6

⁴ Fl. 1, c. 4

⁵ Fl. 24, c. 4

⁶ Fl. 37, c. 1.

⁷ Fl. 38, c. 1

En este orden de ideas, está claro que la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Rama Judicial participan de forma determinante en el trámite que conlleva a la privación de la libertad del procesado penalmente, por lo que están legitimadas en la causa por pasiva y debe examinarse la incidencia causal de sus actuaciones y omisiones, para establecer si son responsables del daño cuya reparación reclaman los demandantes.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

i. La Sala debe establecer si la privación de la libertad que soportó la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero, impuesta en el proceso penal adelantado en su contra por la presunta comisión del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, fue injusta y es responsabilidad de la Nación – Rama Judicial y/o de la Fiscalía General de la Nación, teniendo en cuenta que culminó con sentencia absolutoria por no haberse superado la duda razonable respecto de la materialidad de la conducta y la responsabilidad penal de la acusada.

En este análisis, corresponde examinar si están configurados los eximentes de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

ii. De manera subsidiaria, procede establecer si las demandadas son responsables de la privación de la libertad de la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero, porque la decisión que impuso la medida de aseguramiento incurrió en error judicial.

iii. En caso de que se declare la responsabilidad de las demandadas, la Sala deberá establecer si hay lugar a reconocer la indemnización de perjuicios pretendida por los demandantes.

4.3. TESIS

i. Procede declarar la responsabilidad extracontractual de la Nación – Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero, debido a que si bien la imposición de la medida de aseguramiento no fue irrazonable, arbitraria o desproporcionada, teniendo en cuenta los elementos probatorios que le fueron presentados al Juez de Control de Garantías y las previsiones legales cuando se trata de delitos sexuales en contra de menores de edad, en la etapa de acusación y juzgamiento, las pruebas no alcanzaban el grado de probabilidad y certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad de la acusada, de modo que en la sentencia absolutoria quedó evidenciado que no estaba en la obligación de soportar la privación de la libertad a la que fue sometida.

En consecuencia, el daño es atribuible a la Nación – Rama Judicial en aplicación del título objetivo de imputación de privación injusta de la libertad; sin embargo, es imputable a la Nación – Fiscalía General a título de falla en el servicio, puesto que quedaron evidenciadas falencias en el ejercicio de sus deberes de acusar e investigar, al formular la acusación y en etapa de juicio oral, que incidieron en que señora Leydy Carrillo Guerrero permaneciera privada de la libertad.

No hay lugar a declarar probado el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo de un tercero, por cuenta de las declaraciones de los familiares de la menor, puesto que la

antijuridicidad del daño se puso de presente en etapa de juicio oral a partir de la valoración en conjunto de las pruebas y su contradicción, con independencia de la legalidad y fundamentación de la medida de aseguramiento y, en todo caso, tanto la Fiscalía como los Jueces que conocieron el proceso tenían plena autonomía e independencia para asignar el valor suasorio a dichas declaraciones.

Tampoco está configurado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, al no demostrarse que la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero tuviera un comportamiento impropio o alejado de los deberes de conducta con los menores de edad, del cual sea predicable la culpa o el dolo con arreglo a las disposiciones en materia civil.

ii. Al prosperar parcialmente las pretensiones principales, no hay lugar a estudiar las de carácter subsidiario presentadas por los demandantes.

iii. En cuanto a los perjuicios indemnizables, procede su reconocimiento de acuerdo con lo probado y en los términos dispuestos por la jurisprudencia aplicable.

4.4. DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

El artículo 90 de la Constitución Política estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como *“aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el ‘perjuicio’ que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”*⁸, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión de una autoridad pública⁹.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado el concepto de los tres regímenes de responsabilidad expuestos supra, sobre los cuales, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-072 de 2018 estableció lo siguiente:

“(i) La falla del servicio. Este título de imputación ha sido entendido tradicionalmente como el equívoco, nulo o tardío funcionamiento del servicio público; sin embargo, la comprensión que se le ha dado al régimen de falla del servicio a partir de la expedición de la Constitución de 1991, ha variado, para ser considerada como la violación de una obligación a cargo del Estado, lo cual apareja que su naturaleza sea subjetiva, pues implica un reproche abstracto de la conducta estatal, sin el análisis de la culpa o el dolo en la conducta particular del agente estatal.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

⁹ *Ibidem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas”

Ahora bien, la Corte entiende que este régimen no puede ser explicado al margen del concepto de daño antijurídico y con ello se introduce una modificación de tal noción, en tanto el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la administración, sino del daño que ella causa, es decir, si cualquier actuar público produce un perjuicio en quien lo padece, y no estaba obligado a soportarlo.

La comprensión que esta Corporación tiene de la falla del servicio que se encuentra inmersa en el artículo 90 de la Constitución, permite estimar que la misma se presentará sin consideración exclusiva a una causa ilícita y, en tal virtud, también podrá considerarse la existencia de un daño antijurídico a partir de una causa lícita, con lo cual se allana el camino para la introducción de los otros dos regímenes que se mencionarán a continuación.

(ii) El riesgo excepcional. Este título de imputación se aplica cuando el Estado ejecuta una actividad lícita riesgosa o manipula elementos peligrosos, verbigracia, el uso de armas de fuego o la conducción de vehículos, y en ejercicio de dicha ejecución produce daños a terceros, quienes, de cara a la solicitud de indemnización, deben acreditar la producción de un daño antijurídico y la relación de causalidad entre este y la acción u omisión de la entidad pública demandada, lo que sugiere que este régimen de imputación, al no exigir el examen de la conducta del agente estatal se inscribe en un sistema de responsabilidad, objetivo.

(iii) El daño especial. Esta tipología de responsabilidad opera cuando el Estado, en ejercicio de una actividad legítima, desequilibra las cargas públicas que deben soportar los administrados. Su naturaleza es objetiva comoquiera que para su materialización no exige que el acto estatal haya sido ilegal, lo cual, necesariamente, excluye la posibilidad de efectuar señalamientos de orden subjetivo.

De este régimen la jurisprudencia del Consejo de Estado predica un mayor juicio de equidad, en tanto el mismo tiene como finalidad reparar el sacrificio que un ciudadano ha debido soportar en pro del bienestar general. Por su parte, la Corte ha considerado que en tales casos “la sociedad está obligada a indemnizar el daño excepcional o anormal ocurrido como consecuencia de la actividad lícita del Estado, toda vez que rompería con el principio de equidad que dicha actividad perjudicare sólo a algunos individuos”

4.5. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

La responsabilidad por privación injusta de la libertad implica la reparación del daño que causa la vulneración del derecho a la libertad, cuando al procesado se le priva de su pleno goce y ejercicio; por tal razón, el fundamento constitucional, además de la cláusula de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, se encuentra en el artículo 28 ibídem y en los artículos 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el fundamento legal de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se encuentra en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996, los cuales preceptúan:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior*

el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

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

La H. Corte Constitucional, a través de la sentencia C-037 de 1996, condicionó la exequibilidad del artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, señalando que debe entenderse el término “injustamente” como una actuación desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, en este sentido, para que exista responsabilidad del Estado la privación de la libertad debe ser contraria al derecho, irrazonable y arbitraria, por lo cual, su declaratoria debe obedecer a un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la imposición de la medida restrictiva de la libertad.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado consideró que la previsión del artículo 68 de la Ley 270 y el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, no impiden que, en virtud de lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, se impute responsabilidad al Estado por privar de la libertad a quien no incurrió en conducta punible, pese a que la actuación haya sido legal, porque en este caso el sujeto no tiene la obligación de soportar el daño irrogado y la responsabilidad se declara por la ruptura del principio de las cargas públicas¹⁰.

Con fundamento en los pronunciamientos jurisprudenciales reseñados, hasta hace poco, la posición predominante en el H. Consejo de Estado era que como regla general, cuando el daño cuya reparación se persigue es la privación injusta de la libertad, el régimen de imputación de responsabilidad del Estado es de carácter objetivo por daño especial¹¹, en tanto que no se valoraba la actuación subjetiva de la autoridad judicial y únicamente se requería acreditar: (i) la existencia de la medida restrictiva de la libertad; (ii) la existencia de una providencia judicial en la que se declaró la inocencia del sindicado, porque el hecho por el cual se le procesó no existió, él no lo cometió, no constituía una conducta punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, y (iii) la ausencia de causal de exoneración de responsabilidad, tal como el hecho exclusivo y determinante de la víctima, fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero.

Recientemente, en Sentencia de Unificación 072 de 5 de julio de 2018, la H. Corte Constitucional cuestionó la indefectible aplicación de un título de imputación objetivo, cuando quien fue privado de la libertad obtiene la absolución en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, toda vez que tal actuación pretermite lo dispuesto en la sentencia C- 037 de 1996, en cuanto a que debe mediar un análisis del que se concluya que la detención preventiva fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

Posteriormente, en Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, el H. Consejo de Estado modificó su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2016, Rad. No. 2006-01469-01(38952), C.P. Ramiro de Jesús Pasos Guerrero.

¹¹ Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Rad. No. 1996-07459-01(23354), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida¹².

No obstante, la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de agosto de 2018, proferida dentro del proceso tramitado bajo el número de radicado No. 2011-00235-01 (46947) fue dejada sin efectos a través de la sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2019-00169-01 Demandante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros Demandado: Consejo de Estado - Sección Tercera, ordenando a la demandada que en el término de 30 días, profiriera un fallo de reemplazo en el que, al resolver el caso concreto y teniendo en cuenta las consideraciones que sustentan la decisión de tutela, se valorara la culpa de la víctima sin violar la presunción de inocencia de la accionante.

Por lo anterior, no se dará aplicación a la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, sin embargo, conforme a los hechos probados en la demanda se realizará el respectivo juicio de imputación que corresponda conforme a los postulados enunciados, y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU 072 de 5 de julio de 2018.

4.6. DE LAS PRUEBAS Y LOS HECHOS PROBADOS

Con fundamento en el material probatorio válidamente recaudado, la Sala destaca las siguientes pruebas y hechos probados relevantes para resolver el problema jurídico:

- De acuerdo con la Historia Clínica de la menor D.G.P., quien fue presentada como víctima en el proceso penal seguido en contra de la señora Leydy Carrillo Guerrero, el 16 de abril 2009 la menor fue recibida en consulta médica, con motivo: *“paciente con episodio de sangrado vaginal (...) menor refiere que fue manipulada por la profesora”*, describe: *“...paciente en buen estado general (...) región genital con eritema (...) himen íntegro no signos de violencia”*, la impresión diagnóstica fue *“1. Trauma genital. 2. Abuso sexual??”*, el diagnóstico definitivo fue *“1. Trauma genital. 2. Acceso carnal. 3. Abuso sexual”*, acompañado de la anotación *“Paciente quien es traída sin denuncia por abuso sexual, se examina paciente sin signos de acceso carnal no se toman muestras (sigue parte ilegible) se indica proceso de denuncia y examen de medicina legal”*¹³.
- La Fiscalía General de la Nación solicitó la audiencia de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de la medida de aseguramiento en contra de Leydy Johana Carrillo Guerrero el 29 de abril de 2009¹⁴.
- El 30 de abril de 2009 fue realizada la audiencia de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de la medida de aseguramiento. En el acta de la diligencia, suscrito por el Secretario Audiencia Sistema Penal Acusatorio de la Unidad Judicial Municipal de Sylvania y Tibacuy con Función de Control de Garantías, fue consignado lo siguiente:

¹² Consejo de Estado, Sentencia de unificación de 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947.

¹³ Fl. 308, c. 1

¹⁴ Fls. 341 y 342, c. 4ñ.

“3- MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: Solicita la Fiscalía se imponga medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión, consagrada en el Código de Procedimiento Penal numeral 1 literal A del artículo 307 a la señora LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO, identificada con cédula de ciudadanía (...). Refiere como sustento de su solicitud, los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con que cuenta la Fiscalía, el cumplirse en el presente con los requisitos de carácter subjetivo consagrados en el numeral 2 del artículo 308, el que se desarrolla en el artículo 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal y como requisito subjetivo el numeral 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Penal. El apoderado de la víctima se adhiere a lo solicitado por la Fiscalía. El Defensor manifiesta que la imputada no constituye peligro para la víctima ni para la comunidad, por lo tanto pide que no se acceda a lo solicitado por la Fiscalía. El Despacho considera que se cumple tanto con los requisitos de carácter subjetivo como objetivo consagrados en el Código de Procedimiento Penal, y atendiendo la modalidad y gravedad del hecho punible, resultando adicionalmente esta medida proporcional, necesaria, adecuada y razonable por lo que accede a lo solicitado por la Fiscalía, en consecuencia procede a imponer medida de aseguramiento con detención preventiva en establecimiento de reclusión...”¹⁵

- El 30 de abril de 2009, hacia las 7:30 p.m., fue expedida Boleta de detención No. 19/09 en contra de Leydy Carrillo Guerrero, por imposición de la medida de aseguramiento en audiencia preliminar de la misma fecha, bajo la presunta comisión de actos sexuales con menor de 14 años¹⁶.
- Según constancia expedida por el INPEC, la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero ingresó a la Reclusión Nacional de Mujeres el 1 de mayo de 2009, sindicada de acto sexual con menor de 14 años y obtuvo su libertad el 7 de septiembre de 2009 en virtud sentencia absolutoria, mediante la boleta No. 1079¹⁷.
- Según certificado de libertad del INPEC, expedido el 7 de septiembre de 2009, la señora Carrillo Guerrero permaneció privada de la libertad desde el 1° de mayo de 2009¹⁸.
- Obra escrito de acusación de 29 de mayo de 2009 en contra de la señora Carrillo por el delito establecido en el artículo 209 del Código Penal "actos sexuales con menor de catorce años" con circunstancias de agravación del art. 211 numeral 2 del mismo Código, en el que la Fiscalía presenta como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

“EL DIA 17-04-08 EN LA CALLE 16 A No. 13-40, LA MENOR (...), DE TRES AÑOS DE EDAD, A LAS 19:45 HORAS APROXIMADAMENTE, SUBIÓ AL BAÑO Y LLAMÓ A SU ABUELA, QUIEN AL ACUDIR AL LLAMADO OBSERVÓ SANGRE EN LA PARTE GENITAL DE LA MENOR Y EN EL BAÑO.

¹⁵ Fls. 45 y 46, c. 4 de pruebas.

¹⁶ Fl. 152, c. 6

¹⁷ Fl. 4, c. 4 de pruebas

¹⁸ Fl. 55, c. 4.

AL TRASLADAR A LA MENOR AL MÉDICO DEL HOSPITAL SAN RAFAEL ENCUENTRA TRAUMA GENITAL, Y POSTERIORMENTE EL MÉDICO LEGISTA ENCUENTRA EN LA VAGINA Y EN LA REGION PERIANAL ERITEMA, AL IGUAL QUE FISURAS EN LA REGIÓN ANAL, CONSIDERÁNDOSE MANIOBRAS A NIVEL GENITAL Y ANAL, SIN SIGNOS DE PENETRACIÓN.

EL MÉDICO LEGISTA COMO NOTA DE INTERÉS INFORMA QUE LLAMA LA ATENCIÓN QUE LA MENOR COMENTA QUE EL EXAMEN MÉDICO REALIZADO EL DIA DE LA VALORACIÓN Y EL ANTERIOR ANTE EL MÉDICO ERA MUY PARECIDO A COSAS QUE HACE LA PROFESORA DE ELLA.

DURANTE ENTREVISTA DE LA MENOR CON EL PSICÓLOGO DE BIENESTAR FAMILIAR DE FUSAGASUGÁ, EN LA RESPECTIVA VALORACION PSICOLÓGICA, DICE QUE SU PROFESORA LEIDY, LA DEJO SOLA EN EL SALON DE CLASES, MIENTRAS LOS NIÑOS JUGABAN EN EL PARQUE, REPORTA JUGAR AL CABALLITO CON LA PROFESORA, SEÑALANDO MEDIANTE DIBUJOS LAS PARTES GENITALES QUE LE TOCABA CON LAS MANOS LA PROFESORA REFIRIÉNDOSE EN PALABRAS DE LA NIÑA “LA CUCA”.

LA MENOR VÍCTIMA ESTUDIA EN EL JARDIN INFANTIL SEMILLITAS Y LA ÚNICA LEYDY QUE LABORA EN LA INSTITUCIÓN ES LEYDY JOHANA CARRILLO GUERRERO, QUIEN ES IDENTIFICADA PLENAMENTE, Y SE LE SOLICITA LA CORRESPONDIENTE ORDEN DE CAPTURA POR PARTE DE UN JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, LEGALIZADA EL 30-04-09 Y FORMULADA LA IMPUTACIÓN POR EL DELITO DE ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADOS SIN ACEPTAR LOS MISMOS. SE IMPUSO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO INTRAMURAL”

Las pruebas testimoniales en que sustentó la acusación y que solicitó se tuvieran en cuenta, fueron los testimonios de los investigadores de la SIJIN, la abuela y los padres de la menor presuntamente abusada, la médica que la recibió en consulta, el médico que realizó el examen de medicina legal, el psicólogo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y las profesoras del Jardín Semillitas.

Como pruebas documentales, adujo:

- “1- INFORME EJECUTIVO 28-04-09
- 2- DENUNCIA DEL 17-04-09
- 3- REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DE LA MENOR VÍCTIMA.
- 4- ENTREVISTA DE AMANDA BELTRAN RODRIGUEZ.
- 5- INFORME TÉCNICO MÉDICO LEGAL SEXOLÓGICO DE LA MENOR.
- 6- AMPLIACIÓN DE DICTAMEN MDICO LEGAL.
- 7- VALORACIÓN PSICOLÓGICA DE LA MENOR
- 8- ENTREVISTA EMILIA RIVERA CLAVIJO.
- 9- FOTOCOPIA DE LA TARJETA DE PREPARACIÓN DE LA CÉDULA DE LA IMPUTADA.
- 10 - INFORME DE CAPTURA Y ACTA DE DERECHOS DEL CAPTURADO.
- 11 - ACTA DE INSPECCION A LUGARES DEL 30-04-09
- 12 - ALBUM FOTOGRAFICO DE LUGARES.
- 13 - ENTREVISTA DE BIBIAN CAROLINA CERQUERA BELTRAN.

- 14 - ENTREVISTA DE LIZETH JAKELINE BACHILLER SANDOVAL
- 15 - COPIA DE HISTORIA CLÍNICA DE ATENCIÓN EN URGENCIAS DEL HOSPITAL DE FUSGASUGA.
- 16 - ENTREVISTA DE RAUL OCTAVIO PACHON NUÑEZ.
- 17 - ENTREVISTA DE ESPERANZA MORENO BERMUDEZ.
- 18 - ENTREVISTA DE MARTHA JEANETH LABRADOR ORTIZ”.

- Consta Despacho Comisorio No. 010 de 5 de septiembre de 2009, en el que el Juez Penal del Circuito de Fusagasugá comisionó al Coordinador del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá para que tramitara la libertad incondicional e inmediata de Leydy Johana Carrillo Guerrero, con fundamento en el anuncio del sentido del fallo absolutorio, emitido en la misma fecha¹⁹.
- Fue aportada Boleta de libertad No. 1079 de 7 de septiembre de 2009, a favor de la señora Leydy Carrillo Guerrero²⁰.
- Obra ecografía del 6 de octubre de 2009, realizada en el Hospital San Rafael de Fusagasugá a la señora Leydy Johana Carrillo, en la que se concluyó que tenía 26.4 semanas de embarazo²¹.
- Según folios de la historia clínica de Leydy Carrillo, tuvo un control prenatal de 24 de noviembre de 2009 con las siguientes conclusiones “*ganancia de peso (...) retardo de crecimiento intrauterino (...) cefalea/vértigo (...) ardor epigástrico, pirosis (...) edema progresivo de MMIIIS desde hace más o menos 20 días, sensación de hormigueo, dolor de pies y piernas durante caminata (...) DX Embarazo de 34 sem, FUV, Sind. anémico*”²².
- El 29 de septiembre de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá emitió sentencia absolutoria de primera instancia, dentro del proceso penal adelantado en contra de Leydy Johana Carrillo Guerrero, por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años, al considerar que no fue desvirtuada la presunción de inocencia y que las pruebas arrojaban dudas que debían resolverse a favor de la sindicada en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, por ende, dispuso revocar la medida de aseguramiento impuesta²³.

Los hechos fueron resumidos con la transcripción de la descripción realizada por la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación, con la única aclaración de que habían ocurrido en el año 2009.

Los argumentos de la Fiscalía General de la Nación en etapa de juicio oral fueron sintetizados en la forma que sigue:

“Inicia manifestando que en desarrollo del juicio oral se logró comprobar que el día 16 de abril del presente año, la menor víctima D.G.P.C., fue manipulada en su área genital

¹⁹ Fl. 168, c. 4

²⁰ Fl. 36, c. 6

²¹ Fl. 7, c. 4 de pruebas

²² Fl. 25, c. 4

²³ Fls. 27 a 43, c. 4.

situación que determinó eritema en las regiones vaginal y perianal, que los hechos ocurrieron en el interior del Jardín Infantil "Mis Semillitas", siendo la aquí acusada quien lleva a la menor al sitio donde se guardan las colchonetas, a un lado de la cocina, para luego de despojarlo de su ropa interior le produjo tocamientos en la zona de la vagina.

Señala que lo anterior se probaba con lo expuesto por los testigos Alfredo Acosta Barbosa, Amanda Beltrán Rodríguez, Raúl Octavio Pachón Núñez, Vivían Carolina Cerquera, Flor Helena Arias Díaz, Isaac Camilo García Torres, Yim Alexander Ávila, Esperanza Moreno Bermúdez y Martha Yaneth Labrador Ortiz, de los que hizo relato de cada uno de ellos, expresando que esos son de absoluta credibilidad; Indicó que de acuerdo a las manifestaciones realizadas por la niña, dadas a los médicos, sus familiares y al psicólogo del I.C.B.F., se tiene una referencia de que era la profesora Leydi quien le hacía los tocamientos a ella.

Señala que lo informado por los profesionales que hablaron acerca del relato de la menor reflejaron una fiel copia de lo reportado por ella, por lo que debe dárseles credibilidad.

Manifestó que los peritos traídos por la defensa, trajeron su punto de vista, siendo lo cierto que ellos no realizaron valoración a la menor. En cuanto al dicho de los demás testigos traídos por la defensa manifestó que dieron a entender que en ningún momento la profesora Leydi tuvo la oportunidad para llevar a la niña al área donde estaban las colchonetas, pero existe un referente según el cual se demuestra que los niños no siempre están con su grupo, este cuando son dados a otro profesor para que realice las entregas a los padres de familia. Señala que se presentó un momento en el cual salieron unos niños al parque y ella quedó sola, que fue buscado por Leydi Johana para realizar la actividad criminal.

Por lo anterior solicita la condena de la aquí enjuiciada.”

Las consideraciones de la sentencia de primera instancia son las siguientes:

“Ahora bien, para continuar con la valoración probatoria y en punto de la materialidad de la conducta, se tomara como punto de partida el testimonio de la señora Amanda Beltrán Rodríguez, abuela de la menor, el que el que se aunará al de los médicos que valoraron a la infante, para efectos de establecer o no la materialidad de la conducta investigada.

Así entonces, la señora Beltrán Rodríguez, relata que el 16 de abril pasadas las 6 de la tarde, cuando se encontraba en compañía de su compañero y su nieta, ésta se dirigió hacia el baño y estando allí la llamó indicándole que había sangre, por lo que se dirigió al lugar, agregando lo siguiente:

"cuando yo llego, encuentro la taza del baño, como cuando uno tiene diarrea, había explotado, estaba con sangre por todas partes, yo la cogí, la levante, la limpie, la llevé a la cama, no se quería dejar ver, entonces yo le dije, mami tú tienes que mostrarme de dónde sale tanta sangre... cuando yo llego al hospital y la doctora me mira la niña, la doctora lo único que me dice, pues yo le cuento y eso, la doctora dice, llévela mañana a la Fiscalía, para que la manden a Medicina Legal”

Como se ve, de la atestación de la señora Beltrán Rodríguez es, de donde se origina la investigación que condujo a la acusación de lo joven Carrillo Guerrero, teniéndose que, por el relato que hace señora, es que la médica que valora inicialmente a la menor, le recomienda dar a conocer ante la Fiscalía los hechos sabidos.

Ahora, en punto de lo mismo, se trajo la declaración los médicos que valoraron a la menor, ellos Flor Helena Arias, quien le prestara la asistencia inicial e Isaac Camilo García Torres, quien realizara lo valoración sexológica.

En cuanto al dicho de la inicialmente mencionada, refirió que examinó a lo niña D.G.P., relatando que el motivo de la consulta fue el de sangrado por la cola, según le refirió la abuela de la niña, encontrando como enfermedad, sangrado vaginal no claro, sin ninguna otro sintomatología; así mismo evidenció, en región genital, eritema perineal e himen íntegro, sin signos de violencia sexual; ante cuestionamiento del señor defensor la médico manifestó que no encontró evidencias de sangrado y que lo único hallado fue el eritema.

De otro lado, el médico García Torres, expuso que realizó valoración a D.G.P.C., exponiendo que luego del examen, halló eritemas, tanto en zona vaginal -paredes internas de la vagina, esto es en la zona más interior de ese órgano-, como en zona anal -alrededor del ano-, explicando que **los eritemas son una inflamación superficial de la piel, caracterizados por manchas rojas y esos podían originarse por muchos factores, tales como golpes, procesos urinarios infecciosos, contacto físico, roses, traumas, quemaduras de primer grado y por materia fecal en procesos diarreicos, agregando que, en el caso de la menor no se encontró sospecha de proceso infeccioso**, adicionando, igualmente, que los signos visibles de una infección urinaria son muy escasos.

El señor Fiscal preguntó al galeno si existía la posibilidad de que un paciente de 3 o 4 años, que presente eritema, pudiere ocasionar sangrado posterior, 6 o 7 horas después, a lo que señaló el perito que por la congestión sanguínea que existe en la zona vaginal se daba la posibilidad de sangrado, que por lo general suele ser inmediato, pero puede ocurrir que se dé posteriormente; al señor defensor le indicó que en los eritemas se podían dar micro escoriaciones, casi que invisibles al ojo humano, siendo por allí por donde se produce un sangrado.

Sea este el momento para recordar que la fiscalía acusó a la aquí enjuiciada de haber manipulado a la menor en su zona genital, situación que conllevó, dijo, a eritemas en las regiones vaginal y perineal. Entrando a analizar lo referido por los declarantes, **el dicho de la señora Beltrán, no es concluyente respecto de la materialidad del hecho a juzgar**. Véase que la declarante, una vez hace presencia en el baño, dice haber encontrado la taza, como cuando se tiene diarrea, que había sangre por todas partes, que había explotado.

Teniendo en cuenta que la alarma de la señora Beltrán, tuvo como origen el sangrado abundante que avistó en su nieta surge evidente el interrogante, de si ¿Será que aquéllos tocamientos acusados por el ente investigador, pudieron haber generado el sangrado abundante, observado por la abuela?. La respuesta al cuestionamiento anterior, sin lugar a dudas, es NO.

Del saber se tiene que con simples tocamientos en el área genital pudieran, eventualmente, llegar a presentarse u originarse mínimas lesiones a ese nivel, más no se ha establecido, ni podrá establecerse, que de esos roses o caricias, en aquélla zona, se puedan llegar a presentar traumas que conlleven a lesiones que traigan consigo sangrados exagerados como el descrito por la abuela de la menor y mucho menos varias horas después de que se hubieran efectuado.

De los testimonios médicos traídos por la Fiscalía, se ha de entrar a establecer, que ninguno de ellos evidenció signo o trama alguno el cual conduzca a determinar que

aquella gran cantidad de sangre que la abuela de la supuesta víctima avistó, fuese el resultado de maniobras de tipo libidinoso ejecutadas sobre las partes íntimas de aquella.

Si bien es cierto el médico García Torres, refirió que por vía de los eritemas podría presentarse sangrado, este también indicó que esas pérdidas de sangre se producían vía micro-escoriaciones las cuales eran casi que invisibles al ojo humano.

Del relato del galeno, no parece razonado llegar a establecer que la sangre vista por la señora Beltrán obedezca a los eritemas por el observados, como se entiende lo infirió el señor el representante de la Fiscalía; así mismo, se aleja de toda razonabilidad el que se le haya ejecutado alguna manipulación, en las horas de la mañana que hasta en horas de la noche se halla generado el denunciado sangrado.

Ahora bien, al no parecer lógico que el fluido sanguíneo procediera de las eritemas hallados por los galenos, habrá de preguntarse, cual el origen de la sangre que encontró la citada señora.

Para dilucidar lo anterior, téngase presente, que si bien los médicos relataron no haber observado sintomatología que llevara a suponer la existencia de alguna enfermedad en la menor, **lo cierto es que estos centraron su atención en la realización de exámenes físicos, encaminados al establecimiento de la posible ocurrencia de maniobras de tipo libidinoso, ello influenciado, para el caso de la doctora Arias, por la información que le diera la señora Amando Beltrán, abuela de la menor, y para el caso del médico García, por la solicitud, exclusiva, de valoración de tipo sexológico emanada de la Fiscalía, sin que se hubieren detenido o encaminado, entonces, a realizar otros exámenes tendientes a escudriñar la verdadera causa de la visita inicial, cual fue el sangrado profuso avistado por la abuela en la zona genital de la pequeña.**

Adentrándonos en el estudio de los **eritemas** hallados, debemos decir que este tipo de lesiones, como lo determinarían los peritos en especial el Doctor García, **pueden ser el resultado de múltiples factores, no siendo el único la manipulación sexual; tales causas, entre otras, por materia fecal en estados diarreicos, así como también, por procesos urinarios infecciosos.**

De lo anterior ha de destacarse, como se estableció atrás, que **no se realizó un estudio complementario que llevara a determinar o descartara que en la menor estuviera cursando algún tipo de enfermedad, la cual pudiese ser el origen del sangrado, por lo que se genera la duda de si aquellos eritemas se produjeron por un posible padecimiento físico que afectara a la menor o por la manipulación de tipo sexual que acusara la Fiscalía.**

En cuanto a estas lesiones, el perito traído por la bancada de la defensa, doctor Rubén Darío Angulo González, manifestó que los eritemas se podían producir por diversas causas, entre esas colitis, diarrea, estreñimiento y que no era exclusivo de maniobras sexuales, menos cuando se trataba de morbosidad, pues para acariciar a una persona con esos fines, no es necesario hacersele daño, a no ser dijo, que para el tal fin sea ejercida violencia.

Ahora bien, del análisis sexológico se extrae que a la menor le fueron hallados eritemas en las paredes internas de la vagina, de lo que se entiende que necesario debió haber sido que la acusada haya penetrado a la pequeña, con sus dedos o cualquiera otro

elemento, para llegar hasta esa parte oculta de la vagina, situación ésta que en ningún momento, como se verá más adelante, la niña refirió.

Así mismo, como lo refiriera el abogado de la defensa, se, halló eritema en la región perianal, pero la menor, de igual modo, nunca indicó que se le haya manipulado dicha parte de su cuerpo.

Así entonces, estamos ante duda razonable en cuanto a la ocurrencia de los actos descritos y acusados por el ente investigador, pues como queda claro no se demostró de manera certera e incontrovertible la materialidad de la conducta.

Como si fuera poco lo anterior, respecto de lo responsabilidad de la encausada, se tiene una serie de elementos que llevan a establecer la incertidumbre a ese respecto.

Para encaminarnos al estudio de responsabilidad, retomamos el dicho de la señora Beltrán Rodríguez, que como se dijo atrás es el punto de partida, del cual se originó la controversia. En ese orden de ideas se tiene lo siguiente:

"yo le dije, mami con quien estuviste jugando, quien te tocó, quien te molestó, entonces la niña me dice, la profe, entonces le dije, la profe en donde, dijo en el salón y cómo así que en el salón, mami donde estaban los otros niños, entonces la niña me dice, en el parque y le dije porque tú no sales a jugar con los niños y me dijo ella no me deja, le dije y qué te hizo la profe, entonces me dijo que le había hecho cosquillas...nos llevaron a Medicina Legal y el médico la miró y cuando la miró le preguntó que quién más le había hecho eso y entonces la niña dijo, otra vez, la profe, el médico le pregunta que quién es la profe y ella nos dice que es Leydi... la directora nos pidió que fuéramos al Colegio y que lleváramos a la niña ... la niña fue y nos llevó a un cuarto que hay de colchonetas, puso una colchoneta y acostó en el suelo, nos mostró el sitio donde la profesora la había acostado... le pregunté a G. qué dónde era que hacía los ejercicios con la profe. FISCALÍA: Por qué hace referencia a ejercicios. DECLARANTE: Porque yo no tuve otra palabra con que interpretar...la niña va a una piecita que hay al pie de una concina... la niña colocó la colchoneta y se acostó y nos mostró que hacía con la profe, levantó las piernas__ FISCALÍA: La niña hace alguna señalización de partes de su cuerpo. DECLARANTE: Sí claro, ella dice que le hace cosquillas en la cabeza, que le hace cosquillas en las piernas, que le hace cosquillas en los pies, en la parte del tórax o abdomen y también dice que le coge la parte genital. FISCALÍA: Esto lo hace allí en ese cuarto que usted nos menciona, les cuenta de esa situación. DECLARANTE: No, ella nos cuenta es cuando estamos con el psicólogo, ella hace eso, al llegar allá, ella simplemente se acuesta y sube las piernas"

Dijo que la niña reconoció a la acusada por unas hojas de vida que estaban sobre un escritorio de la Fiscalía y por unas fotografías que había en un computador del colegio.

Declararon el señor Raúl Octavio Pachón Núñez y la señora Vivían Carolina Cerquera Beltrán, **padres de lo menor, quienes dan a conocer algunas de las mismas referidas por la señora Amanda Beltrán.**

EL Doctor Yim Alexander Ávila, psicólogo del ICBF, mencionó que realizó valoración psicológica a la menor, que en desarrollo de esa, **la niña le indicó que jugaba con la profesora, a la cual identificó como Leydi, expuso que la niña le mostró que los juegos consistían en que, estando acostada, su profesora le levantaba las piernas, y que eso ocurría en el salón.**

*Indica que a la niña se le preguntó quién le tocaba su cuerpo, **a lo que contestó que la profesora Leidy respondiendo que hacían ejercicios en la colchoneta y que le hacía cosquillas en su área genital.***

*Señaló en el reporte psicológico, que a la niña la dejaban en el salón sola y los niños se quedaban jugando en el parque, mientras ella hacía ejercicios; **manifestó que al mostrarle unos dibujos a la niña, ella indicó las partes que le habían sido tocadas, dirigiéndose a la parte femenina, señalando la vagina, de las valoraciones que realizara a la menor concluyó que existía un posible abuso sexual.***

*Evaluando las atestaciones plasmadas, obsérvese que en su relato la abuela de la niña informa que mientras se encontraban en medio de la valoración sexológica, la cual efectuó el Doctor Camilo García, **este le preguntó a la menor que quién más le había hecho o que el él le hacía, recibiendo como contestación de la menor, la profe y que al preguntársele quién es la profe la niña le dice Leydi.***

*Avístese que en el curso del **interrogatorio** efectuado al citado médico, se le indagó si la niña había referido el nombre de la persona que le había efectuado tocamientos, a lo que contestó que no recordaba cuál el (sic) nombre que diera la niña.*

*Con lo anterior, no se puede predicar, que la menor le haya comentado al médico quien le efectuó unos probables tocamientos, o si fue la profesora Leydi, tal y como lo afirma la abuela de la niña. Sin embargo de haber sido así, **es extraño que el galeno, no lo plasmara en su informe pericial, pero además en caso de que ciertamente se hubiese dado esos tocamientos, nada indica que fueran libidinosos.***

(...)

*Ahora bien, este despacho en la generalidad de las veces, en tratándose de delitos de esta índole, ha fundado su decisión condenatoria en los relatos de los infantes, pues su fluidez o naturalidad son la más clara prueba para la demostración de la verdad, claridad y llaneza que no se perciben en los relatos de la niña DGPC, entendiéndose que las conclusiones a las que arribaron, quienes acusaron las conductas abusivas **se originaron en inferencias de las situaciones narradas por la menor, más no por atestación propia y auténtica de aquella.***

(...)

Recordemos que el señor Fiscal, en sus alegatos indicó que los hechos ocurrieron en el sitio donde se guardan las colchonetas, el cual quedaba a lado de la cocina, lugar en el que después de despojarla de su ropa interior le produjo tocamientos en la zona de la vagina.

*Este juzgador percibe que **existe clara divergencia entre lo dicho por la menor a sus interlocutores y lo deducido por el señor Fiscal,** lo cual no puede ser tomado como cierto, ya que la menor siempre habló, según los relatos plasmados, que ella se encontraba al interior de un salón, del cual sus compañeritos salían para irse al parque a jugar y ella se quedaba allí haciendo ejercicios, sin que haya referido a persona alguna que haya sido despojada de sus prendas íntimas.*

Se pregunta este Juez, será entonces que la acusada se dirigía con el grupo de compañeritos de DG, 22 en total hacia aquél pequeño cuarto – así se refirió al lugar donde estaban las colchonetas, el investigador de la Fiscalía, una vez allí procedía a evacuar a los demás niños llevándolos al parque, para luego regresar al sitio, donde se hallaba la niña, a la cual no dejaba salir, pues le realizaba actos lujuriosos.

Las conclusiones a las que arribó el señor Fiscal no encuadran dentro de las referencias hechas por la niña.

Véase que la abuela le pregunta a la menor, dónde es que hace los ejercicios, ante esto la niña se dirigió al mencionado lugar tomó una colchoneta y mostró la actividad.

De lo ejecutado por la niña surge claro que ella relaciona las colchonetas con actividades físicas como aeróbicos, por ejemplo, que sabido es para ese fin, son utilizados esos elementos en las instituciones educativas y ante la pregunta de dónde es que hace ejercicios se fue al lugar donde se hallaban esas y quiso demostrar qué actividad desarrollaba sobre ellas.

Lo anterior puede corroborarse con el hecho de que en el momento de su demostración, lo único que dijo hacer, era levantar sus piernas, sin más, lo cual le refirió igualmente al psicólogo, quien contó que D.G., le mencionó que los juegos con la profe, consistían en que estando acostada, aquélla le levantaba las piernas; esto es, boca arriba –según se vio de la demostración que hiciera el perito ante este tallador-, con su espalda en el piso y sus piernas levantadas, formando una especie de ele, actividad que la menor le comunicó ocurría en el salón.

Coligiendo, no existen razones objetivas que conduzcan u aprobar el entendimiento del señor Fiscal, en cuanto a que la ocurrencia de los acusados actos libidinosos ocurrieron (sic) en el cuarto señalado.

Otro aspecto que se debe desdibujar, **por cuanto no existió manifestación alguna que se encaminara a ese entendimiento, es el mencionado por el señor representante de la Fiscalía, cuando expone que una vez en el sitio donde se guardan las colchonetas la acusada procedió a despojar de su ropa interior a la niña para ejercer los tocamientos, situación ésta, se insiste, es inexistente, ya que la niña, ni nadie refirió, siquiera, algo cercano a ello.**

Además, es preciso dilucidar, si a la niña le fueron realizados tocamientos de carácter libidinoso o los roses que pudieren haber existido con su área genital obedecieron a actos alejados de intención morbosa, intención esta que se hace necesaria para la configuración del abuso sexual.

Al evocar el testimonio de la abuela encontramos que ante una pregunta efectuada por la Fiscalía, contó que la niña había expuesto, en presencia del psicólogo, que la profesora le tocaba y hacía cosquillas en los pies, en el tórax, en el abdomen y en área genital. Sin embargo el perito referido, en ningún momento expuso lo atestado por esta señora, manifestando, únicamente, que a la niña le había sido tocada su zona genital, pues aquélla, al mostrarle unos dibujos, indicó las partes que le habían sido tocadas, mostrando solamente la vagina, **lo cual permite señalar que las apreciaciones del perito dejaron de valorar aspectos relevantes, lo que aunado a la ausencia de "papeles de trabajo", es decir de las preguntas efectuadas a la menor, las anotaciones consignadas en desarrollo de las entrevistas, etc., no generan en este fallador certidumbre sobre el acierto de las conclusiones.**

Prueba de la dubitación avistada en este profesional, es la que se evidenció, cuando en un momento de su alocución expuso que el lenguaje de la menor era fluido y muy seguro, para luego, al ser requerido por el apoderado de la defensa, para que leyera un aparte del informe presentado; indicar, de acuerdo a esa lectura, lo siguiente: "su actitud es pasiva, con pensamiento lógico y lenguaje poco fluido, por debajo de la edad", contradiciendo así, su dicho inicial.

Son las *inconsistencias del peritaje aportado por la fiscalía, evidenciadas en las contradicciones del informe técnico previo con la experticia rendida en juicio, ya mencionadas, la ausencia de algunos elementos de conocimiento que permitan conocer la forma como se efectuó la valoración, tales como las preguntas formuladas, las anotaciones previas, etc, y sin lugar a dudas el porqué, habiéndose mencionado por la niña tocamientos en partes del cuerpo diferentes a la zona vaginal, ninguna explicación se ofrece sobre el particular ni se le indagó sobre el hallazgo médico legal en la zona perianal las que restan certidumbre a la conclusión de la posible manipulación sexual.*

Otro aspecto fundamental, es que la menor D.G.P.C., pertenecía a un grupo diferente del dirigido por Leydi Johana Carrillo, ya que esta dirigía el grado Pre-Jardín A, y la menor se encontraba en el grado Jardín, dirigido por la profesora Lizeth Bachiller, **y no se demostró por el ente acusador que ciertamente la acusada haya tenido contacto físico con la infante el día de los acontecimientos, ni cambios en su comportamiento, producto de la agresión sexual de la cual fue supuestamente víctima.**

Para finalizar, téngase en cuenta, que bajo la gravedad de juramento, todas y cada una de las personas que de una u otra manera tuvieron contacto, el día de los supuestos hechos, con la menor y con Leydi Johana, profesoras y directora de lo institución educativa, manifestaron haber observado nada anormal en el comportamiento de la enjuiciada, ni en la menor, **expresando que aquéllas, en ningún momento estuvieron o fueron vistas juntas.**

Por último, la acusada Leydi Johana Carrillo Guerrero, manifestó que no tuvo contacto alguno con la menor en la data referida por la Fiscalía, describiendo todas y cada una de las actividades que realizara aquél día con su grupo de alumnos de Pre-jardín A.

Así entonces, este el material probatorio recepcionado en el juicio oral, del cual se advierte, como se manifestara atrás, que sobre la existencia del hecho punible, como de la responsabilidad de la acusada, existe duda, y ante esta incertidumbre mal podría edificarse un fallo de condena”.

- Al proceso de reparación directa, fue incorporado un dictamen pericial, conforme al cual los perjuicios materiales sufridos por los demandantes fueron los siguientes²⁴:
 - Daño emergente \$38.396.388, por conceptos de abogado, préstamo, investigador, video beam, médico y psicóloga.
 - Lucro cesante \$1.258.178, correspondiente a los salarios que dejó de recibir la señora Carrillo Guerrero desde el momento en que fue privada de la libertad hasta que fue reincorporada a su empleo.

Del dictamen pericial se corrió traslado a las partes mediante el auto de 8 de febrero de 2013²⁵.

- La parte demandante aportó copia de los recibos de pagos realizados por la señora Rosalba Guerrero al abogado Juan Carlos Parga, por concepto de

²⁴ Cuaderno 3

²⁵ Fl. 107, c. 1

honorarios en la defensa de Leydy Johana Carrillo, además, este profesional del derecho registra como defensor en las actuaciones del proceso penal²⁶:

Fecha de recibo de caja	Monto de recibo de caja
10/07/2009	\$1.500.000
05/2009	\$1.000.000
07/2009	\$500.000

- La parte demandante allegó comprobantes de egreso de pagos efectuados por Rosalba Guerrero a Edison Miguel Osorio Mayorga, por concepto de labores investigativas para el abogado defensor Juan Parga²⁷:

Fecha de comprobante de egreso	Valor comprobante de egreso
24/07/2009	\$150.000
12/06/2009	\$200.000

- La parte demandante aportó copia del recibo del pago realizado por la señora Rosalba Guerrero a la Psicóloga Andrea Guerrero Zapata, por concepto de asesoría Psicojurídica, de fecha 5 de septiembre de 2009, por valor de \$2.500.000²⁸.
- Obra constancia de pago al perito médico Rubén Darío Ángulo González por la señora Rosalba Guerrero, por concepto de honorarios por asesoría y asistencia a la Audiencia Pública dentro del proceso penal en contra de Leydy Carrillo, de 2 de septiembre de 2009, por valor de \$3.500.000²⁹.
- Fue aportada certificación del crédito de la señora Rosalba Guerrero Caballero con el Banco de Bogotá de 23 de noviembre de 2009, saldo por \$4.986.509³⁰.
- Obra copia de letra de cambio tomada por la señora Rosalba Guerrero Caballero el 10 de junio de 2009, por valor de \$3.000.000³¹.
- Obra copia de letra de Cambio tomada por la señora Rosalba Guerrero Caballero el 1 de agosto de 2009, por valor de \$2.000.000³².
- Obra recibo de pago efectuado por la señora Rosalba Guerrero Caballero, por concepto de alquiler de video, de 27 de agosto de 2009, por valor de \$100.000³³.
- La parte demandante allegó constancia conforme a la cual la señora Rosalba Guerrero Caballero y su núcleo familiar viven en arrendamiento desde el 23 de

²⁶ Fls. 8 a 10, c. 4.

²⁷ Fls. 11 y 12, c. 4

²⁸ Fl. 13, c. 4

²⁹ Fl. 14, c. 4

³⁰ Fl. 15, c. 4.

³¹ Fl. 16, c. 4

³² Fl. 17, c. 4

³³ Fl. 18, c. 4

diciembre de 2007 y a la fecha de la emisión de la constancia (25 de noviembre de 2009), con un canon mensual de \$250.000³⁴.

- Obra letra de cambio tomada por la señora Rosalba Guerrero, de 22 de febrero de 2010, por valor de \$1.000.000³⁵.
- Según certificación laboral de 15 de febrero de 2010, la señora Leydy Carrillo Guerrero laboró como docente vinculada a través de contrato de prestación de servicios, entre el 2 de febrero hasta el 29 de abril (no precisa año), luego reingresó el 8 de septiembre de 2009, con la siguiente remuneración³⁶:

Año 2007 (\$180.000)
Año 2008 (\$200.000)
Año 2009 (\$300.000)
Año 2010 (\$450.000)

4.7. CASO CONCRETO

4.7.1. El daño.

Está probada la existencia del daño causado a los demandantes, consistente en la privación de la libertad de la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero, entre el 1° de mayo y el 7 de septiembre de 2009, como consecuencia de la investigación penal por la presunta comisión del delito de acto sexual con menor de 14 años, en la que le fue impuesta medida de aseguramiento privativa de la libertad.

4.7.2. La imputación del daño.

En contexto de las Sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional, corresponde analizar cuál es el título de imputación aplicable conforme a las especificidades del caso, partiendo del examen de una eventual falla en el servicio por la imposición de una medida privativa de la libertad irrazonable, desproporcional o arbitraria. En este sentido, el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

“Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018³⁴ 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 del accionante; 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 se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los

³⁴ Fl. 19, c. 4

³⁵ Fl. 21, c. 4.

³⁶ Fl. 23, c. 4.

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”³⁷

En cuanto a la solicitud y procedencia de la medida de aseguramiento, el artículo 287 de la ley 906 de 2004 prevé que: “*El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda **inferir razonablemente** que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, en los términos de este código, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda*”.

El fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, **los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia**, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión (artículo 306).

Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento (parágrafo 2º del artículo 307).

El artículo 308 prevé que el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: Peligro para la sociedad o la víctima, riesgo de no comparecencia o riesgo de obstrucción a la justicia y que se acredite el cumplimiento del requisito referido a la naturaleza del delito.

Ahora bien, la valoración probatoria que hace el Juez de Control de Garantías no está dirigida a definir con certidumbre la responsabilidad penal del procesado; para decidir sobre la procedencia de la medida restrictiva de la libertad, basta con acreditar suficientemente que el sindicado pudo cometer la conducta delictiva, inferencia razonable a la que está obligada la Fiscalía General de la Nación al solicitar la detención preventiva, y el Juez de Control de Garantías al acceder a dicha medida.

La medida de aseguramiento privativa de la libertad no puede calificarse como inadecuada cuando el Juez atiende a los requisitos legales, formales y sustanciales para su imposición, es decir, establece que la misma es necesaria y proporcional y, principalmente, a **partir de lo informado por el ente acusador sobre la investigación penal y la evidencia con la cual lo relaciona, infiere razonablemente la probabilidad de autoría o participación del procesado en la conducta delictiva objeto de la acción penal.**

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 4 de junio de 2020, Radicación número: 50.278, C.P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO.

a) Razonabilidad -prima facie- de la imposición de la medida de aseguramiento

Está probado que la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero fue privada de la libertad y se le imputó el delito de actos sexuales con menor de 14 años, en aplicación del Sistema Penal Acusatorio de la Ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos por obtener la copia de todo el proceso penal adelantado en contra de Leydy Carrillo Guerrero, al expediente no fue allegado el audio la audiencia de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de la medida de aseguramiento. No obstante, a partir de lo probado, puede colegirse que entre los elementos probatorios determinantes cuando se produjo la detención, se encontraba la declaración de la abuela de la menor presentada como víctima del delito, el diagnóstico de la doctora que la recibió inicialmente en consulta médica, el examen médico legal y la entrevista del psicólogo del ICBF.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, entre los requisitos subjetivos para la imposición de la medida de aseguramiento está el de que pueda inferirse razonablemente la responsabilidad penal del procesado. En este caso, los elementos probatorios tal y como fueron presentados ante Juez de Control de Garantía daban cuenta de opiniones médicas que sugerían que la menor había sido sometida a actos sexuales abusivos y declaraciones en virtud de las cuales la menor había señalado que la profesora “Leydy” del jardín infantil al que asistía, había practicado juegos que implicaban la manipulación de sus genitales, de modo que las pruebas presentadas satisfacían el grado de razonabilidad necesaria frente a la posible autoría de la conducta punible por la sindicada y en ese momento no era posible surtir la contradicción y valoración que permitía el juicio oral.

Al respecto, conviene destacar que la prueba indiciaria adquiere relevancia cuando se trata de delitos sexuales contra menores, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo “normal” el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de “derecho” sobre el cuerpo del menor”³⁸.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T – 554 DE 2003.

De acuerdo con la declaración de la abuela, la menor había presentado sangrado después de llegar del jardín infantil y, ante sus preguntas, había contestado que la profesora “Leydy” había tocado sus genitales, además la había reconocido en fotografías; a esta declaración se sumaron los dictámenes médicos conforme a los cuales los eritemas que presentaba la niña podían haber sido causados por actos sexuales y, finalmente, se contó con una valoración que, por ser realizada por un profesional de la psicología que entrevistó a la menor, respaldaba de manera técnica las afirmaciones hechas en el sentido de que la profesora “Leydy” había tocado sus genitales.

Dada la complejidad de la situación expuesta y el compromiso de los derechos de la menor, así como las conclusiones de los profesionales de la salud presentadas al Juez de Control de Garantías, podía inferirse razonablemente la autoría del delito por parte de la señora Leydy Carrillo Guerrero.

Ahora bien, aunque los elementos probatorios presentados fueron suficientes para imponer la medida de aseguramiento, no así para declarar su responsabilidad penal. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido que los elementos de conocimiento de los que trata el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 no tienen la finalidad de establecer la responsabilidad del imputado, sino la procedencia de una medida de aseguramiento que incide en los derechos del imputado³⁹.

Aunado a lo expuesto, estaban dadas las condiciones objetivas para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, porque para delito imputado de actos sexuales con menor de 14 años, el artículo 209 del Código Penal establecía una pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años⁴⁰; además, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), limitó como única medida de aseguramiento procedente cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, la detención en establecimiento de reclusión.

En general, en cuanto a los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento, las características de caso colocaban de manifiesto la gravedad de la conducta punible investigada, y el interés de proteger los derechos de los menores de edad, teniendo en cuenta que la procesada se desempeñaba en un jardín infantil.

En este sentido, para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 establecía que para estimar si la libertad del imputado resultaba peligrosa para la seguridad de la comunidad, era

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2005.

⁴⁰ Ley 906 de 2004, artículo 313. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

(...)

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.

suficiente reparar en la gravedad y modalidad de la conducta punible y, adicionalmente, la continuación de la actividad delictiva⁴¹.

En consecuencia, la imposición de la medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario, estuvo sustentada en los elementos probatorios obtenidos hasta ese momento de la investigación, de los cuales se infería razonablemente la responsabilidad de la imputada, y a las disposiciones legales aplicables que exigían valorar la naturaleza y gravedad de la conducta delictiva y los derechos de la menor de edad que se presentaba como víctima.

b) Ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas

Si bien, no se advierte una falla al momento de la imposición de la medida de aseguramiento y, por ende, no procede declarar la responsabilidad extracontractual de las demandadas por la arbitrariedad, desproporción o irrazonabilidad de esta decisión, de acuerdo con lo expuesto en la sentencia absolutoria, la Sala advierte que la señora Leydy Carrillo Guerrero no estaba obligada a soportar la privación de su libertad.

Aunque la sentencia absolutoria a favor de la procesada Leydy Carrillo Guerrero se sustentó en el principio de *in dubio pro reo*, porque el Juez Penal advirtió que las dudas eran no sólo sobre su responsabilidad penal, sino sobre la materialidad de la conducta y, además, en etapas posteriores del proceso penal, el debate probatorio arrojó que las pruebas inicialmente presentadas no eran contundentes respecto a que la menor hubiese sufrido abuso sexual, ni que la acusada hubiese estado implicada en conductas sexuales inapropiadas sobre la menor.

La Sala reitera que el Juez Penal del Circuito de Fusagasugá fundamentó la decisión absolutoria en la duda sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal de la procesada. Sin embargo, tales conclusiones se obtuvieron a partir de la valoración de las pruebas inicialmente aportadas, confrontadas con las declaraciones traídas al juicio oral, así como las presentadas por la defensa de la procesada.

En este sentido, fue determinante:

- i. Que los eritemas diagnosticados a la menor podían ser producto de causas distintas a la manipulación sexual y que los dictámenes médicos presentados al tiempo de la formulación de la imputación y la imposición de la medida de aseguramiento no descartaron que pudieran asociarse a una patología, a partir de la práctica de otros exámenes médicos.
- ii. Que la acusación no se construyó a partir de la versión directa de la menor, sino de lo interpretado por su abuela, sus padres y los profesionales de la salud que la atendieron, declaraciones que no eran concluyentes de un abuso

⁴¹ Con la reforma de la Ley 1453 de 2011, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004 preveía que para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez debía valorar, entre otras, la circunstancia de que el punible fuera abuso sexual con menor de 14 años.

sexual, puesto que no evidenciaban que la acusada hubiese realizado tocamientos lujuriosos a la menor.

iii. Que en todo caso, el Fiscal sustentaba la acusación sin tener en cuenta lo narrado en las declaraciones respecto del lugar donde habría ocurrido el abuso, puesto que no existía fundamento probatorio para concluir que había sido en el cuarto del jardín infantil destinado a guardar los implementos deportivos; así como tampoco para afirmar que la niña había sido despojada de su ropa, pues sobre esto nada estaba probado.

iv. Que no pudo establecerse en qué oportunidad la señora Carrillo Guerrero había cometido el abuso por el cual se le sindicaba, pues las declaraciones recibidas fueron unánimes en cuanto a que nunca permaneció sola con la menor, y la procesada había declarado qué había estado haciendo en cada momento con su grupo de alumnos durante toda la jornada el día de los presuntos hechos.

v. Que los dictámenes médico - legales y la valoración psicológica practicada a la menor carecían de contundencia, coherencia y soporte de las conclusiones sobre la comisión de presunto abuso sexual contra la pequeña.

Los argumentos a partir de los cuales el Juez Penal dictó la sentencia absolutoria, por concluir que no estaba probada la responsabilidad de la acusada más allá de toda duda razonable, son manifiestos de una balanza que estaba más inclinada a su inocencia, por el escaso rigor de las valoraciones médicas, legales y psiquiátricas y la superficial investigación adelantada por la Fiscalía, que para la etapa de la acusación estaba obligada a presentar elementos probatorios a partir de los cuales pudiera deducirse la autoría de la procesada con probabilidad de verdad y, en general, a presentar una adecuada teoría del caso en el juicio oral.

Al respecto, la Ley 906 de 2004 establece que el fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio **cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad**, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

De lo expuesto se concluye que la Fiscalía tiene la carga de definición, recaudo, valoración y persuasión probatoria para desvirtuar ante el juez la presunción de inocencia del procesado, y es con base en las pruebas recaudadas durante la fase de investigación y los argumentos que presenta ante los Jueces de la República, que éstos toman las decisiones concernientes a la libertad del procesado y, en últimas, a su responsabilidad en el delito investigado en el proceso penal, por lo cual, el sentido de dichas decisiones se fundamenta en el trabajo probatorio, analítico y argumentativo que el ente investigador desarrolla en virtud de la competencia legal y constitucional que ostenta.

Por el contrario, el Fiscal no realizó indagaciones distintas sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que hubiese podido darse el acto sexual abusivo, ni investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad de la acusada, y tal como lo expresó el Juez Penal, presentó argumentaciones que desconocieron lo advertido por los elementos probatorios recaudados en el proceso, lo cual colocó de presente la escasa o apresurada valoración realizada sobre los mismos.

Ahora bien, en contexto del Sistema Penal Acusatorio establecido en la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación tenía la función de investigar y acusar, de modo que las omisiones evidenciadas al momento de presentar los argumentos y satisfacer el grado probabilidad de verdad requerido para la formulación de la acusación y la continuación del juicio oral en virtud del cual la señora Leydy Carrillo Guerrero permaneció privada de la libertad, conduce a que también deba imputársele el daño que le fuera causado a los demandantes, pero en este caso a título de falla en el servicio, porque no ejerce facultad jurisdiccional con arreglo a la cual pueda aducirse el título de imputación de privación injusta de la libertad.

Es claro, entonces, que la facultad de privar de la libertad al sindicado es del Juez de Control de Garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pero mantener la medida de aseguramiento **depende esencialmente del trabajo de investigación que realiza la Fiscalía**, de los argumentos que exponga en las audiencias respectivas y, fundamentalmente, de las pruebas que presenta ante el juez.

En estos términos, la Sala concluye que procede declarar la responsabilidad extracontractual de la Nación – Rama Judicial por la privación injusta de la libertad de la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero, debido a que si bien la imposición de la medida de aseguramiento no fue irrazonable, arbitraria o desproporcionada, teniendo en cuenta los elementos probatorios que le fueron presentados al Juez de Control de Garantías y las previsiones legales cuando se trata de delitos sexuales en contra de menores de edad, en etapa de acusación y juzgamiento, las pruebas no alcanzaban para edificar el grado de probabilidad y certeza sobre la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad de la acusada, de modo que en la sentencia absolutoria quedó evidenciado que no estaba en la obligación de soportar la privación de la libertad a la que fue sometida.

En consecuencia, el daño es atribuible a la Nación – Rama Judicial en aplicación del título objetivo de imputación de privación injusta de la libertad; sin embargo, es imputable a la Nación – Fiscalía General a título de falla en el servicio, puesto que quedaron evidenciadas falencias en el ejercicio de sus deberes de investigar y de acusar, al formular la acusación y en etapa de juicio oral, que incidieron en que señora Leydy Carrillo Guerrero permaneciera privada de la libertad.

No hay lugar a declarar probado el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo de un tercero, por cuenta de las declaraciones de los familiares de la menor, puesto que la antijuridicidad del daño se puso de presente en etapa de juicio oral a partir de la valoración en conjunto de las pruebas y su contradicción, con independencia de la legalidad y fundamentación de la medida de aseguramiento y, en todo caso, tanto la Fiscalía como los Jueces que conocieron el proceso tenían plena autonomía e independencia para asignar el valor suasorio a dichas declaraciones.

Tampoco está configurado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, al no demostrarse que la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero tuviera un comportamiento impropio, reprochable o alejado de los deberes de conducta con los menores de edad, del cual sea predicable la culpa o el dolo con arreglo a las disposiciones en materia civil.

Las actuaciones de Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial convergieron en la restricción de la libertad del demandante y por tal razón, la atribución de la responsabilidad debe hacerse de manera conjunta, por concausalidad, tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía.

En otros casos en los que se ha probado la corresponsabilidad de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, la Sala ha acogido el criterio aplicado en el pronunciamiento jurisprudencial del H. Consejo de Estado de 29 de agosto de 2016, en cuanto a que le asiste mayor responsabilidad a la Rama Judicial en la privación injusta de la libertad del demandante, porque es la competente para proferir la decisión definitiva de imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva y de preclusión de la investigación, asignando a la Rama Judicial un 60% y a la Fiscalía General de la Nación un 40%⁴².

4.8. De la indemnización de perjuicios

En la demanda, se solicitó el reconocimiento de **perjuicios morales, materiales en las modalidades daño emergente y lucro cesante, y derivados del daño a la vida de relación.**

4.8.1. Perjuicios morales

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha considerado que se presume que la privación injusta de la libertad genera una aflicción moral al detenido, presunción que se extiende a las personas más cercanas con las cuales mantiene un vínculo de afecto y convivencia, que se afecta por su ausencia y la falta de apoyo⁴³.

En el *sub lite*, se acreditó el lazo de consanguinidad entre la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero, directa afectada de la privación injusta de la libertad, su hijo Kevin David Jiménez Carrillo, su madre Rosalba Guerrero Caballero, y su hermano Luis Hernando Carrillo Guerrero, lo que obliga a ordenar la reparación de los perjuicios inmateriales que la privación injusta de la libertad les generó.

Sobre el quantum de los perjuicios morales en los casos de privación injusta de la libertad, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, el H. Consejo de Estado consideró que el criterio para su estimación es el *arbitrio iuris*; sin embargo, señaló algunos criterios o referentes objetivos que deben tenerse en cuenta:

“Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales

⁴² Consejo de Estado, C.P. Danilo Rojas Betancourth, sentencia de 29 de agosto de 2016, Rad. No. 2009-00011-01(41594).

⁴³ Véase Consejo de Estado, sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. No. 12.076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 24 de enero de 2011, exp. No. 18.190, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz; sentencia de 13 de febrero de 2013, exp. No. 24.296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez-, sentencia 24 de julio de 2013, exp. No. 27289, M.P. Enrique Gil Botero y sentencia de 3 de mayo de 2013, exp. No. 29.876, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa –se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados”⁴⁴

Posteriormente, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014⁴⁵, el H. Consejo de Estado reiteró lo señalado en la sentencia precitada y estableció parámetros de indemnización para la tasación del perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad en establecimiento carcelario, tal y como se resumen en el cuadro que sigue:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

De acuerdo con lo expuesto, en atención a que la señora Leydy Johana Carrillo Guerrero permaneció privada de la libertad desde 1 de mayo hasta el 7 de septiembre de 2009, esto es, por un término superior a 3 e inferior a 6 meses (4 meses y 6 días), debe reconocérsele cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁴⁴ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, M.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁵ Consejo de Estado, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 36.149, : Hernán Andrade Rincón (E).

De igual manera, se dispondrá el reconocimiento de 50 SMLMV, para su hijo Kevin David Jiménez Carrillo; 50 SMLMV para su madre Rosalba Guerrero Caballero; y 25 SMLMV para su hermano Luis Hernando Carrillo Guerrero.

4.8.2. Perjuicios materiales

Si bien se presentó un dictamen pericial para el reconocimiento de perjuicios materiales, la Sala aplicará lo dispuesto en la Sentencia de 18 de julio de 2019 del Consejo de Estado, a través de la cual se unificaron los criterios en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad⁴⁶.

4.8.2.1. En la modalidad de daño emergente.

El Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en torno al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por el pago de honorarios profesionales, así:

“Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales

i) Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.

ii) Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.

iii) La factura –o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)- acompañada de la prueba de su pago, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, será la prueba idónea del pago por concepto de honorarios profesionales.

iv) La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores”.

En general, los demandantes solicitaron el reconocimiento de perjuicios que estuvieran probados, de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales; sin embargo, en la delimitación particular de las pretensiones para cada uno, para ninguno se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, aunque se incluyeron en la estimación de la cuantía.

De este modo, realizando una interpretación favorable de lo pretendido en la demanda, correspondería reconocer los perjuicios probados en la modalidad de daño emergente al demandante respecto de quien estén probados.

⁴⁶ Sección Tercera, , M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Exp. 44572.

De acuerdo con las pruebas aportadas, quien presuntamente realizó erogaciones relacionadas con la privación de la libertad a la que fue sometida Leydy Johana Carrillo Guerrero fue su madre, la señora Rosalba Guerrero Caballero, por lo que a ella se le reconocería el monto probado de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

No obstante, no están probados los pagos realizados por concepto de honorarios profesionales debido a que solo se aportó constancia de los pagos, pero no factura o documento equivalente de los servicios prestados por abogado Juan Carlos Parga, la psicóloga Andrea Guerrero Zapata y el perito médico Rubén Darío Ángulo González.

A su vez, respecto del gasto por alquiler de *video beam* no está demostrado que haya sido necesario para los fines del proceso penal; respecto de los créditos adquiridos por la señora Rosalba Guerrero Caballero, no hay evidencia de su inversión en necesidades derivadas del proceso penal y, de ser así, deberían reflejarse en los gastos acreditados; en cuanto a lo pagado por concepto de labores investigativas para el abogado defensor Juan Parga, no está probada la realización de dicha gestión, ni se presentó factura del servicio; finalmente, en cuanto a lo pagado por arrendamiento, corresponde a gastos para su subsistencia no derivados del daño de la privación de la libertad de la señora Leydy Carrillo Guerrero.

De acuerdo con lo expuesto, no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

4.8.2.2. En la modalidad de lucro cesante

Respecto del reconocimiento de perjuicios por lucro cesante, el Consejo de Estado sostiene en su jurisprudencia de unificación actual lo siguiente:

“Se reconoce el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

*Para hacer tal reconocimiento debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos.** Cuando quien se haya visto privado injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).*

i) La liquidación del lucro cesante, que –se insiste- deberá solicitarse en la demanda-, comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, podrá comprender, si –se insiste también- se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de la pérdida de ésta.

ii) El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.

iii) **De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa. Igual se hará en el caso del ama de casa o de la persona encargada del cuidado del hogar, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).**

iv) **El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25% por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) se pide como pretensión de la demanda y b) se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención”.**

En cuanto al reconocimiento de los perjuicios materiales por lucro cesante, en la demanda se solicita el reconocimiento de salarios dejados de recibir por la señora Leydy Carrillo Guerrero, desde que estuvo privada de la libertad hasta la “*fecha de la sentencia*” y como indemnización futura, lo que dejó de recibir por ascensos laborales.

La Sala estima que únicamente procede reconocer como perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, los salarios que dejó de recibir la señora Leydy Carrillo Guerrero, mientras estuvo privada de la libertad (entre el 1 de mayo y el 7 de septiembre de 2009), teniendo en cuenta la certificación laboral de 15 de febrero de 2010, en la que consta la señora Leydy Carrillo Guerrero laboró como docente vinculada a través de contrato de prestación de servicios hasta el 29 de abril de 2009 y, luego, reingresó el 8 de septiembre de 2009, con una remuneración de \$300.000 para el año 2009⁴⁷.

Procede actualizar el monto de la remuneración, aplicando la siguiente fórmula matemática empleada para ello por esta corporación:

$$Ra = Rh \text{ índice final} / \text{Índice inicial}$$

Donde (Rh) es igual a la renta histórica, esto es, la remuneración que recibía la señora Leydy Carrillo Guerrero para el año 2009 (\$300.000) multiplicada por la cifra que resulte de dividir el índice de precios al consumidor del mes anterior al de esta sentencia por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en que fue privada de la libertad.

$$Ra = \$300.000 \frac{\text{Índice final – agosto/2020 (104,96)}}{\text{Índice inicial – mayo/2009 (71,39)}}$$

Ra: \$441.070

Sobre el tiempo que se tomará como base para el reconocimiento del perjuicio material, por concepto de lucro cesante, se tendrá en cuenta el de reclusión, 129 días (4.24 meses).

Se hace necesario aplicar la fórmula para el cálculo del lucro cesante consolidado.

⁴⁷ Fl. 23, c. 4.

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Ingreso base de liquidación sobre el cual se liquidará el lucro cesante consolidado:
\$441.070

i= Interés puro o técnico: 0,004867.

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: 4.24 meses.

Reemplazando tenemos:

$$S = \$ \frac{441.070 (1 + 0,004867)^{4.24} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$ 1.884.935$$

El total de la indemnización por concepto de perjuicios materiales atribuible a la Fiscalía General de la Nación, en la modalidad de **lucro cesante** es de \$1.884.935.

4.8.3. Perjuicios derivados del daño a la vida de relación

El H. Consejo de Estado entendió el daño a la vida de relación como un perjuicio inmaterial autónomo al moral que se produce por afectaciones que inciden de manera negativa sobre la vida exterior de las personas, posteriormente denominó a dicho perjuicio como de alteración grave a las condiciones de existencia, caracterizada como grave, drástica y extraordinaria; sin embargo, la categoría desapareció y la Corporación definió que los perjuicios extrapatrimoniales comprenden (i) los perjuicios morales, que afectan la esfera interna y espiritual del individuo; (ii) los derivados del daño a la salud y (iii) los derivados del daño a otros bienes y derechos convencional y legalmente protegidos⁴⁸.

La Sala advierte que en el caso de autos no se evidencia un perjuicio adicional a la salud o sobre un bien, derecho o interés susceptible de ser indemnizado, pues lo alegado por la demandante consistente en la angustia, tristeza y dolor de no compartir su embarazo con su familia, queda comprendido en los perjuicios morales, además, no está probado que la privación de la libertad haya impactado negativamente en su estado de gravidez.

Por lo expuesto, no se accederá al reconocimiento de perjuicios distintos a los morales y materiales que se señalaron.

⁴⁸ Sobre la tipología de los perjuicios extrapatrimoniales véase las Sentencias del H. Consejo de Estado, Expedientes Nos. 11482, 2001-00029-01, 32.988, 19.031 y 38.222 y especialmente las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, exp. No. 36460 y 32.988.

4.9. COSTAS

No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto de conformidad con el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsables a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por la privación injusta de la libertad de Leydy Carrillo Guerrero. A la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, le corresponde sufragar el 60% de la condena y a la Fiscalía General de la Nación el 40%; no obstante, en atención a que la responsabilidad es solidaria, la entidad que cancele el valor total de la deuda podrá repetir contra la que no lo haya hecho por el valor que a ésta última corresponda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al pago de los siguientes perjuicios, derivados de la privación injusta de la libertad de Leydy Carrillo Guerrero:

- Materiales a título de lucro cesante para la víctima directa, Leydy Carrillo Guerrero, por valor de UN MILLÓN OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$1.884.935).

- Morales a cada uno de los demandantes, como se relaciona a continuación:

NOMBRE	Calidad	S.M.L.M.V. POR PERJUICIOS MORALES
Leydy Carrillo Guerrero	Víctima directa	50
Rosalba Guerrero Caballero	Madre de la víctima directa	50
Kevin David Jiménez Carrillo	Hijo de la víctima directa	50
Luis Hernando Carrillo Guerrero	Hermano de la víctima directa	25

TERCERO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: DAR CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en la sentencia, dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Por Secretaría, expídanse las copias de que trata el artículo 114 del Código General del Proceso.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha. Sala No. 107)



FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado



JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

J.B.



MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada