Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00040

Cartagena de Indias D. T y C. nueve (09) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**REPARACIÓN DIRECTA**
Radicado	**13-001-33-33-008-2018-00040-00**
Demandante	**GIORGIO BRICHETTI Y OTROS**
Demandado	**MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL - RAMA JUDICIAL- FISCALIA GENERAL DE LA NACION**
Tema	**PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.** Principio *pro infans*, derechos convencionales y constitucionales respecto al interés superior de los niños y niñas
Sentencia No	**0173**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Reparación Directa presentada por **GIORGIO BRICHETTI Y OTROS**, a través de apoderado judicial. contra **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL - RAMA JUDICIAL- FISCALIA GENERAL DE LA NACION.**

2. ANTECEDENTES

PRETENSIONES:

1. Que se declare a FISCALIA GENERAL DE LA NACION y RAMA JUDICIAL, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión a la privación injusta de la libertad del señor GIORGIO BRICHETTI.
2. Que se condene a FISCALIA GENERAL DE LA NACION y RAMA JUDICIAL, a pagar Los perjuicios causados a los accionantes por la privación injusta de la libertad de que fue objeto GIORGIO BRICHETTI. los cuales son:

PERJUICIO INMATERIAL

DAÑO MORAL

- A favor de GIORGIO BRICHETTI, ALBERTO BRICHETTI, MARIA GRAZIA SCUPELLI BRICHETTI, MARCO CORRADO ADELO BRICHETTI, CAMILO BRICHETTI, ROSA CLARETTI Y MARCO SERNAGIOTTO, la suma de 100 SMLMV, para cada uno.

DAÑO A LA VIDA EN RELACION

- A favor de GIORGIO BRICHETTI. MARIA GRAZIA SCUPELLI BRICHETTI, ALBERTO BRICHETTI Y MARCO SERNAGIOTTO, la suma de 100 SMLMV, para cada uno.

DAÑO A LA HONRA

- De manera subsidiaria, solicita a favor de GIORGIO BRICHETTI, ALBERTO BRICHETTI Y MARCO SERNAGIOTTO, la suma de 100 SMLMV, para cada uno, por el daño al buen nombre.

PERJUICIOS MATERIALES

a. por concepto de **Daño emergente**, la suma equivalente a 159.36 SMLMV.

3. De manera subsidiaria solicita que en lugar de ordenar el pago dinerario de los perjuicios a la vida en relación y/o honra, se adopten medidas no pecuniarias de reparación para que por medio de la Cancillería de Colombia se dirija nota diplomática al gobierno de Italia, presentando disculpas por los hechos que victimizaron al señor BRICHETTI, a efectos de limpiar su buen nombre en su país de origen.

4. Que las cifras anteriormente descritas sean debidamente indexadas y/o actualizadas conforme al IPC.

5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con el artículo 189 y 192 del CPACA.

6. Que se paguen intereses moratorios de acuerdo al artículo 192 del CPACA.

- **HECHOS**

El señor GIORGIO BRICHETTI es un ciudadano italiano y desde hace aproximadamente 04 años tiene su domicilio en la ciudad de Cartagena.

El día 08 de septiembre de 2015, el señor BRICHETTI fue abordado por dos jóvenes menores de edad que le pidieron dinero para comer porque supuestamente se habían escapado de sus casas. Por ese motivo, el señor BRICHETTI, no les dio dinero, pero les ofreció llevarlas a su casa para brindarles comida y prestarles el teléfono para que llamaran a sus madres.

Dicha situación al parecer fue mal interpretada por las madres de las menores quienes se presentaron en casa del accionante en compañía de la Policía, allí le pidieron que los acompañara al CAI DE BOCAGRANDE para aclarar la situación. Estando en el CAI al señor BRICHETTI le formalizaron una captura por presuntamente haber incurrido en el delito de Trata de Personas.

Posteriormente, el 09 de septiembre de la misma anualidad, se inició audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, y la cual finalizó el día 12 del mismo mes y año. En dicha diligencia, la Fiscalía seccional 33 URI, formuló cargos contra el señor BRICHETTI, ante el Juzgado 8 Penal Municipal Con Funciones De Control De Garantías, por la comisión del delito de Trata de Personas Agravado y solicitó la medida de detención intramural, a lo que el Juzgado accedió a la solicitud de detención.

La decisión sobre la medida intramural fue objeto de recurso de apelación por parte del apoderado judicial del sindicado, por lo que avocó el conocimiento del asunto en segunda instancia el Juzgado Quinto Penal Del Circuito Con Funciones De Conocimiento, quien en audiencia del 06 de noviembre de 2015, revocó la medida y ordenó la libertad inmediata.

Finalmente, en audiencia del 11 de diciembre de 2016, la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación por no encontrar estructurados los elementos normativos del tipo penal. La solicitud de preclusión fue acogida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, sin embargo, el teléfono que le fue incautado al sindicado le fue devuelto hasta el 18 de enero de 2017 y tan solo hasta el 18 de octubre de la misma anualidad se levantó la medida cautelar que ordenó suspender el poder dispositivo sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 060-23035.

- **FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES**

CONSTITUCIONALES

Artículos 2. 6, 16. 28. 29. 83 y 90.

Ley 270 DE 1996 (Ley Estatutaria de Administración de Justicia) Artículos 68.

Artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el caso que nos ocupa la preclusión sobrevino al estudio detallado de las pruebas del proceso penal, de lo cual se pudo concluir que este inocente usuario de la justicia jamás cometió delito alguno, y que, incluso. nadie lo hizo pues no existió vulneración al bien jurídico tutelado, mucho menos por aquello que injustamente le fue imputado al demandante, haciéndose énfasis en las posibles ilegalidades que pudieron haber determinado la ocurrencia del hecho dañino, esto es, subrayando el comportamiento ilegítimos de los funcionarios públicos que participaron en la injusta inculpación encaminada a dañar a la persona de Giorgio Brichetti.

- **CONTESTACIÓN**

RAMA JUDICIAL:

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por inexistencia de falla del servicio por privación injusta de la libertad. dado que toda la actuación judicial estuvo soportada en normas legales y vigentes.

Destaca que el juez con funciones de control de Garantías, de acuerdo a las funciones de la ley 906 de 2004, dirige audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la Responsabilidad penal de los imputados, por cuanto dicho juez trabaja con elementos probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida. elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad.

la Audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento, se desarrolla con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía General de la Nación, de las cuales se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida más no la RESPONSABILIDAD del imputado en el delito endilgado, de tal manera que el resultado dañoso, no resulta imputable a la Rama Judicial, por ausencia de Nexo Causal. resulta evidente que la privación de la libertad del señor Brichetti, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

Las pretensiones formuladas carecen de vocación de prosperidad, porque la detención del demandante no tuvo como fundamento una decisión de carácter jurisdiccional, sino las actuaciones desplegadas por la Policía Nacional, quien de conformidad por lo manifestado por el demandante, altera los informes de captura y recolección de declaraciones, presentándolas ante el juez de control de garantías. a través de la Fiscalía General de la Nación y obteniendo la

imposición de la medida de aseguramiento. la cual es revocada con posterioridad a raíz de la recolección de otros medios probatorios.

teniendo en cuanta lo anterior no hay responsabilidad del Estado – RAMA JUDICIAL – que deba indemnizar por el debido cumplimiento de la ley. por lo que con el debido respeto solicito al señor juez DENEGAR todas y cada una de las pretensiones de la demanda y absolver de todo cargo.

Presenta las excepciones denominadas "FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y PERSONA DEL DEMANDADO". "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA" y "HECHO DE UN TERCERO"

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

Manifiesta que no le constan en su mayoria los hechos narrados, por lo cual se atiene a lo que de ellos resulte probado en el proceso y que efectivamente correspondan al presunto daño antijurídico ocasionado a los señores demandantes.

El proceso Penal se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2004. por lo que precisamente hubo Formulación de Imputación y la Imposición de Medida de Aseguramiento consiste en detención preventiva, la realizó el juzgado, previa solicitud del Fiscal correspondiente; *por lo que la decisión relacionada con la privación de la libertad,* del demandante es potestad del Funcionario Judicial, es decir el Juez, lo cual nos conlleva a concluir que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial.

MINISTERIO DE DEFENSA:

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. aduciendo que de los hechos del libelo demandatorio y de otras pruebas arrimadas al mismo se desprende actuación alguna de esta entidad, ya que nos encontramos ante una actuación netamente judicial. Precisando que es la Fiscalía quien valora y decide si en determinados casos se hace necesario iniciar una investigación penal. de tal manera que la vinculación a esta clase de procesos, la captura, detención, reclusión, la sentencia y todas las actuaciones son de responsabilidad exclusiva de autoridades judiciales; circunstancia distinta es la obligación de poner a disposición de la autoridad competente a los capturados. situación que tampoco ocurrió en el presente caso porque fueron agentes de Policía quienes actuaron. lo que evidencia la falta de legitimación en la causa por pasiva.

POLICÍA NACIONAL:

Se opone a las pretensiones de la demanda, recordando que la Policía Nacional solo tiene la obligación de poner a disposición de la autoridad competente a los capturados, por lo que lo atinente a procedimiento de captura, detención, reclusión y sentencia son de resorte de la autoridades judiciales, por tal razón los eventuales daños que se hayan podido causar no pueden ser endilgados a la Policía Nacional.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 02 de maro de 2018 y admitida mediante auto fechado 06 de abril del mismo año, siendo notificada al demandante por estado electrónico 039.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada. a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 26 de abril de 2018 de conformidad con el artículo 199 del CPACA; habiéndose señalado fecha para audiencia inicial, en la misma se ordenó vincular a la Policía Nacional, siendo notificada personalmente el día 14 de noviembre de 2018.

Se fija en lista el día miércoles 21 de febrero de 2019, traslado a la parte interesada sobre las excepciones en la contestación de la demanda.

Posteriormente, mediante auto de fecha 01 de abril de 2019 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 29 de mayo del mismo año, conforme con el artículo 180 del CPACA y se fija audiencia de pruebas.

El 25 de julio de 2019, se celebra audiencia de pruebas, se cierra el periodo probatorio y se corre traslado para alegar dentro de los 10 días siguientes.

- **ALEGACIONES**

DE LA PARTE DEMANDANTE

Reitera lo expuesto en el libelo demandatorio, destacándose esencialmente que conforme las pruebas recaudadas se deja en absoluta claridad la buena voluntad de prestar ayuda a dos menores de edad que se encontraban en una situación de apremio y que en un momento dado las ponía en peligro; pero el señor Brichetti fue juzgado porque brindo ayuda a unas menores de forma diferente a la que se estila en Colombia, sin embargo lo que nadie advirtió en la situación que conllevó a la afectación del demandante, es que de no haberse topado con él, otro les habría dado dinero, ellas habrían dormido en la playa, como tenían planeado, y sus familiares probablemente no habrían podido encontrarlas más; a pesar de ello, lo lamentable es que, desde el principio, dentro del proceso penal, no se tenía ninguna prueba en contra del señor Giorgio y lo que pululaban eran pruebas de que él actuó de buena fe, sin embargo, esa buena voluntad de ayuda se vio opacada por los agentes de Policía y los representantes de la Fiscalía quienes, enceguecidos, presumieron la supuesta intención de utilizar a las menores. Todo ello afectó considerablemente el honor del señor Giorgio Brichetti, persona que por su nivel cultural y económico, al igual que el de su familia, su buen nombre es más importante que su propia vida, de ahí que el dictamen del psiquiatra determinara que el demandante en la cárcel tuvo tendencias suicidas.

Soportado en lo anterior, reitera las pretensiones de la demanda, pues se encuentra suficientemente probado el daño que se alegó.

DE LA PARTE DEMANDADA.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION: Itera lo dicho en su contestación de la demanda, básicamente que la causa eficiente que produce el daño antijurídico en la detención injusta es la imposición de la medida de aseguramiento, y no la petición realizada por la Fiscalía, se deben negar las súplicas de la demanda y absolver a esta entidad.

RAMA JUDUCIAL: Ratifica lo expresado en el escrito de contestación de la demanda, solicitando paralelamente que conforme la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la temática que se entre a estudiar la existencia de eximentes de responsabilidad, teniendo en cuenta la naturaleza del delito por el que se le investigó, que hace referencia a delitos sexuales contra menores de edad. Por otra parte encontramos que la declaración de los testigos es contradictoria y en ocasiones poco creíble, en atención al grado de detalle y certeza con la que se narran hechos acaecidos hace varios años, por lo dicho se debe entrara a negar las pretensiones de la demanda.

POLICÍA NACIONAL: Reitera lo manifestado en su contestación, fundamentalmente que la causa eficiente que produce el daño antijurídico en está en cabeza de las autoridades judiciales; pues el actuar de la Policía se supeditó a la captura y a ponerlo a disposición de la autoridad competente, actuando bajo el cumplimiento de un deber legal, por ello debe absolverse a esta entidad de lo pedido en la presente demanda.

MINISTERIO PUBLICO: No presentó concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

Determinar si existe responsabilidad administrativa y patrimonial de los entes demandados, FISCALIA, RAMA JUDICIAL Y POLICIA NACIONAL por los perjuicios causados a los demandantes, en ocasión a la presunta privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor GIORGIO BRICHETTI.

TESIS

Conforme a la normativa convencional y constitucional respecto a la protección de menores, no genera discusión que inicialmente se debe creer en lo expuesto por el menor, de allí que en el caso que nos ocupa el juez de control de garantías conforme los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, en aplicación al principio *pro infans*. y siguiendo dichos mandatos convencionales y constitucionales respecto al interés superior de los niños y niñas infiere razonablemente la necesidad de la aplicación de la detención preventiva, pues del relato de las menores es claro que se llegaron a exponer temas de tipo sexual, al hacer cuestionamientos en cuanto al inicio de una vida sexual, y lo relacionado a ello. Determinado esto, de manera paralela nos hemos de cuestionar, en cuanto a si el señor BRICHETTI actuó de manera prudente respecto a la situación que generó la actuación penal, destacándose que conforme las máximas de la experiencia no es común ni razonable que se le lleve al interior y/o privacidad de nuestro hogar a particulares de los que no se tenga conocimiento alguno, y genera un mayor reproche el hecho de que sean menores de edad, ejerciendo mendicidad y teniéndose conocimiento respecto al hecho de haber escapado del seno materno, pues en tal situación el sentido común nos dice que si se quiere prestar una verdadera ayuda, lo sensato es acudir ante las autoridades respectivas en procura de solventar la situación del menor que se percibe en estado de debilidad.

De lo anterior, se pudo establecer que por la forma como se desarrollaron los hechos, y los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, concluye forzosamente el despacho que existían razones fundadas para tal restricción, pues del relato inicial de las menores, que se cumplieron bajo los procedimientos técnicos especiales atinentes a delitos sexuales siendo víctimas menores de edad, se mostró el quebranto de deberes de conducta moral por parte del investigado, concluyéndose que se obró en el ejercicio del *jus puniendi* del Estado, pues se debia tomar las actuaciones necesarias para garantizar la NO exposición de peligro a las menores, vemos entonces que conforme al actuar del indiciado este debía soportar la carga de la investigación.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

Desde la preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental (artículo 28 C.P.) que sólo admite limitación *"en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley"*, tal como lo ha expresado la doctrina:

> *"No basta, sin embargo, cualquier norma: es preciso que la norma jurídica que determina los supuestos en que procede la privación de libertad sea una ley. Esta exigencia tiene un fundamento evidente: desde el momento en que la libertad individual es asumida por la sociedad como un principio básico de la organización de su convivencia social, es solo la propia sociedad la que puede determinar los casos que dan lugar a la quiebra de ese principio básico, y esa expresión de la voluntad general de la sociedad tiene lugar a través de la ley. Constitucionalmente, esta exigencia se plasma en otra: la de que sean los representantes del pueblo, libremente elegidos, los que determinen las causas de privación de libertad.*
>
> *"La determinación previa de las causas de privación de libertad tiene, además, otra razón material, la de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos, esto es, que los ciudadanos sepan de antemano qué conductas pueden suponer la privación de un bien básico como la libertad. Se trata, con ello, de desterrar la arbitrariedad que caracterizaba al Antiguo Régimen..."*[1]

Igualmente se debe tener en cuenta, que muy a pesar que la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal a fin de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce – sin discriminación alguna - la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos los de la libertad como ámbitos de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 ejusdem).[2]

Por otra parte, en lo concerniente al derecho de libertad, el artículo 28 de la Constitución Política de 1.991 señala que:

> *"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*
>
> *"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.*

---

[1] GARCIA MORILLO, Joaquín. "Los derechos de libertad: El derecho a la libertad personal" en LOPEZ GUERRA, Luis et al. Derecho Constitucional. Volumen I, 6ª edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pág. 258.

[2] El Tribunal Constitucional Español en la Sentencia STC 341 de 1993 (BOE 295 de 10 de diciembre) que resolvió unos recursos de inconstitucionalidad contra la ley orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana, en sus fundamentos 4, 5 y 6 hizo uno de los más interesantes estudios sobre la libertad personal como derecho fundamental y su relación con la detención preventiva: "debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan - aun previstas en la Ley - privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación". Igualmente el mismo Tribunal en Sentencia de 29 de diciembre de 1997 (RTC 156, F.D. 4) indicó: "...por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de penas privativas de la libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines" (STC 128/1995, fundamento jurídico 3, reiterada en la STC 62/1996).

"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles."

En el mismo sentido, se ha precisado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado mediante la Ley 74 de 1.968 que:

"Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...".

Igualmente, en la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por la Ley 16 de 1.972 se dice que:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2 Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas".

De lo anterior se infiere que la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo las condiciones de orden constitucional o legal, tema respecto del cual la Corte Constitucional ha señalado:

"(...) esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; del artículo 2° que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona 'se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable' y que quien sea sindicado tiene derecho 'a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas".[3]

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4° del artículo 29 de la Carta Política: *"Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable"*, y por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado[4].

En lo que respecta a la privación injusta de la libertad, según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 establece el derecho de reparación en favor de la persona que hubiere sufrido un daño antijurídico por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que incluye sin duda aquellos daños generados por el ejercicio o con ocasión de las funciones judiciales de dichas autoridades.

---

[3] Sentencia C - 397 de 1997, de 10 de julio de 1997
[4] Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2001 de la Corte Constitucional

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria. es decir. que debía demostrarse el error judicial. También se sostuvo que, dicho error debía ser producto "de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho. previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso".

Así las cosas. tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se hubiese practicado una detención ilegal, o porque la captura se hubiese producido sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia y, que, por razón de tales actuaciones, se hubiese iniciado y adelantado la investigación penal por parte de la autoridad judicial.

En segundo lugar, el Consejo de Estado determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios o, en otros términos. el "error de la autoridad jurisdiccional" al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, se consideró en ese entonces que "*en relación con los tres eventos allí señalados (...) la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que. por lo tanto. surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados*".

Una tercera etapa y es la que prohija actualmente, sostiene que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del in dubio pro reo, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

Sin embargo, recientemente, la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del máximo órgano contencioso unificó su jurisprudencia mediante sentencia del 17 de octubre de 2013 en la que señala que "*respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad. que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política*" y seguidamente expone los argumentos que amparan la responsabilidad objetiva del Estado. específicamente por el daño especial, en los casos de privación injusta de la libertad.

Sin embargo, recientemente. la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del máximo órgano contencioso unificó su jurisprudencia[5] mediante **sentencia del 15 de agosto de 2018** en la que señala:

> "En ese sentido. la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema. máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando. eso sí, los casos en los que se ha observado

[5] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera. Sentencia de fecha 15 de agosto de 2018. Rad. # 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46.947). CP: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, como quiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) "se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo", de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

(...)

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

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

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

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello."

CONTROL CONVENCIONAL.

INTERES SUPERIOR Y PREVALENTE DE LOS NIÑOS / PRINCIPIO PRO INFANS [E]l estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal (...) Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas (...) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. **La Convención sobre los Derechos del Niño**, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la **Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas** conforme a la cual "la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales", le impuso al Estado obligaciones. (...) por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor (...) (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave[6].

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

Bajo esta óptica, el Despacho procederá al análisis del caso concreto.

CASO CONCRETO

Teniendo como eje principal los hechos y pretensiones de la demanda, siendo la principal que se declare a FISCALIA GENERAL DE LA NACION, RAMA JUDICIAL y MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión a la privación injusta de la libertad del señor GIORGIO BRICHETTI, entramos a verificar las pruebas recaudadas, y a realizar el análisis crítico respectivo, destacando las siguientes.

DOCUMENTALES APORTADAS:

1. Copia del proceso penal seguido contra el señor Giorgio Brichetti, por el presunto delito de trata de personas. CD contentiva de audiencias.(Fol.43 - 270)

2. Documentos que hacen referencia a las ayudas y donaciones que hacía el señor Giorgio Brichetti en la ciudad de Cartagena; documentales que certifican el grado nobiliario de la familia y/o casa Sernagiotto; recortes de periódico que hacen referencia a la detención preventiva del señor Giorgio Brichetti (Fols. 271 – 409)

---

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, Rad. Interno # 42615, C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00040

De acuerdo al acervo probatorio, el Despacho advierte que al señor GIORGIO BRICHETTI, estuvo privado de la libertad por habérsele impuesto detención preventiva en razón a que se le seguía causa penal por el presunto delito de TRATA DE PERSONAS, posteriormente por orden del Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena mediante providencia de fecha 11 de diciembre de 2015, dentro del asunto con radicado Nº13001-60-01129-2015-03190-00, decreta la preclusión aduciendo atipicidad. Seguidamente recordamos el nuevo lineamiento de la sentencia de unificación antes citada, que nos dice lo siguiente:

> "Pero no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera:
>
> > "... se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención" (se resalta).
>
> De modo que no basta demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que es necesario ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no.
>
> En todo caso, al hacer el análisis respectivo debe tenerse presente que, como ni la Constitución ni la ley han establecido un título jurídico de imputación, la jurisdicción administrativa ha dado cabida a la utilización de diversos títulos para la solución de los casos propuestos a su consideración, de modo que bien puede el juez utilizar, en aplicación del principio iura novit curia y en consideración a la situación fáctica a decidir, el título de imputación que mejor convenga o se adecúe al caso concreto

Siguiendo el anterior lineamiento jurisprudencial, y siendo que la responsabilidad penal del sindicado quedó desvirtuada por atipicidad, el asunto que nos ocupa se ha de estudiar bajo el régimen de falla en el servicio.

En consecuencia se debe determinar inicialmente si la imposición de la medida de aseguramiento estuvo ajustada a derecho, frente a ello se trae a colación el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que indica:

> **Requisitos.** 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 y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:
>
> 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. **Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.**
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

[Adicionado por el artículo 2º de la ley 1760 de 2015] Parágrafo. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Vemos que exige la norma por parte del Juez de Control de Garantías la inferencia razonable de que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta, tomando como soporte los elementos materiales probatorios, evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, constatándose que para la imposición de la medida cautelar que limita la libertad, se tuvo en cuenta entrevistas practicadas a las menores DMQR y EVFM, destacándose que a la primera impúber se le recibió su entrevista en cámara de Gesell y bajo el protocolo SATAC, procedimientos técnicos de aplicación en los países del continente americano para la investigación de delitos sexuales contra menores. y se hace como una garantía tanto para víctima como victimario, al poderse presenciar toda la evaluación, en esta la menor manifestó:

" (...) ee nosotras ayer e fuimos al colegio mi amiga y yo, e después salimos nos venimos para el centro, allá en el centro mi amiga y yo nos pusimos a pedir colaboración para comprar comida. Porque no teníamos dinero, no habíamos comido, e nos encontramos a un señor y le pedimos dinero y él nos dijo que lo acompañáramos hasta su casa que él nos daba comida y todo lo que nosotros quisiéramos allá, e nosotras no queríamos ir, él nos dijo, y nos dijo hasta que nos convenció, nosotros fuimos porque nos iba a dar comida, e después llegamos a la casa de él, nos dieron comida, nos cambiamos, después que nos cambiamos, e e antes de cambiarnos cuando terminamos de comer él nos ofreció un helado, pero yo le dije que no que yo no quería..(...) entonces después que nosotros nos cambiamos, nosotras estábamos sentadas porque ya nos, ya nos veníamos ya, entonces él nos trajo el helado, y nosotros nos lo comimos, ya después de eso a mi el helado me sentó muy mal, entonces entré al baño, y mi amiga se quedó afuera, cuando yo estaba en el baño mi amiga me contó que ella estaba sentada, y me salió a buscar porque yo me tarde mucho en el baño, y me vino a buscar, cuando ya me iba a buscar venía el señor y él la tropezó a ella, cuando ellos se tropezaron, ella se echó para atrás pero él le intento tocar el seno, bueno después de eso mi amiga me fue a buscar al baño yo le dije que esperara un momento que ya iba a salir, después yo estaba, bueno ya yo Salí del baño ella me espero, y yo salí del baño y nos vinimos acá a la sala y nos pusimos a ver televisión, e mi amiga me dijo que iba al baño porque se sentía mal, bueno ella fue y yo la espere, cuando ve uno nosotras estábamos sentadas viendo televisión y llegó el señor y nos hizo muchas preguntas, que si nosotras teníamos novio, que si algún día nosotros habíamos tenido relaciones sexuales, he como nos llamábamos, e cuantos años teníamos, dónde estudiábamos, muchas preguntas, (...) nosotros no le dijimos el nombre de nosotras como nos llamábamos, nosotras nos cambiamos el nombre, e después de eso nosotras nos quedamos viendo televisión, pero desde que yo me comí el helado a mí me dio un dolor aquí (señala su vientre) abajo, y yo me sentía mal, pero yo no le dije nada a mi amiga (...) este yo éste iba a salir y cuando se iba nosotros le pedimos el celular para llamar a una compañera del colegio, este nosotras la llamamos porque ella acá en el colegio nos quedó a traer cinco mil en el centro (...) entonces nosotras la llamábamos para ver si era verdad que lo iba a traer, y ella nos dijo que sí que lo iba traer, bueno nosotros le colgamos, después el señor se fue para el cuarto a hablar con una señora en el cuarto; la muchacha del

servicio, entonces nosotros nos quedamos ahí esperando, o sea mirando por la ventana los apartamentos, porque la amiga de nosotros nos dijo que iba a pasar en una moto, después de eso nosotros no veíamos nuestra amiga y yo le dije que nos prestara el celular de nuevo, y yo la llamé, cuando yo la llame ella nos dijo que que cual era la dirección del apartamento, bueno nosotros le dijimos, entonces el señor se fue y antes de irse nos regaló cincuenta mil pesos, entonces éste nosotros nos íbamos a ir él nos dijo que esperaran que Zuzu la muchacha del servicio, que la esperamos a ella porque a ella un muchacho la venía a recoger en taxi y nos íbamos a ir con ella para que nos llevara a donde nosotras quisiéramos ir, bueno yo intente abrir la puerta para ver si se podía abrir pero la puerta tenía llave, y no la pude abrir (...)".

En la misma diligencia la servidora del CTI indica que recibe documento remitido del Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja, firmado por la psicóloga Pinedo Cruz Liliana Marcela, en el cual se hace referencia a la menor SVFM, transcribiendo del mismo lo siguiente:

"Por medio del examen mental se identificó en Stephanie una actitud de colaboración y porte despierta en estado de alerta y estado consciencia, orientada en las tres esferas de personalidad, se identificó que la pte presenta estado de ánimo bajo ansioso y deprimido con afecto melancólico, al parecer de larga data conseciente de duelos no resueltos ante perdida de su padre y padrastro, se identificó además la ejecución de ctas autoinflingidas (rasguños), y antecedentes de autoagresiones con cuchilla en momentos de ansiedad y tristeza (...) al salir de casa con la amiga se encontraba caminando el centro de la ciudad y especifico que por cercanías del muelle la Bodeguita por donde están los barcos, abordaron a un sr adulto con finalidad de pedirle dinero $1000 para comer algo, denota "le pedimos a él dinero y él nos dijo que nos fuéramos para su casa y allí nos daba lo que quisiéramos; no tenía ni esposa ni hijos, y nos podía ayudar, yo le hice señas a Dayana que no, pero este señor insistió que si... llegamos a su ato en Bocagrande en edificio detrás del supermercado por la Base Naval Calypso. El señor es italiani t allí su empleada llamado suso nos hizo comida arroz, salchicha, papita francesa, huevo, queso extraño y gaseosa, comimos con el señor "Yoyo" y él nos comenzó hacer preguntas extrañas si habíamos tenido novia, había tenido relaciones sexuales y que él nos daba un trabajo fácil, nosotros le dijimos que íbamos a ser limpieza como trabajo y él insistia que nos daba trabajo fácil, después comimos y sentadas en la sala él nos insistió que nos comiéramos un helado, era de chocolate con almendras pero sabía raro, yo estaba sentada en la sala en un sofá lejos de él y me dijo que me acercara más donde él estaba y yo me acerque, toco mi cara con una cara de malo y me dijo que era muy bonita, yo me levanté del puesto y eche hacia atrás e iba caminando y él se levante me tropecé con él y él intento tocarme y eche para atrás, mi amiga estaba en el baño porque él nos pidió que nos bañáramos y cambiáramos, únicamente nos cambiamos de ropa, yo insistía en la puerta del baño en tocar para que Dayana saliera y hasta qué por fin salió, le dije vámonos, vámonos (...) él nos dio 50.000 pesos, Dayana escucho que nos fuéramos con suso, a ella le vendría a buscar en un taxi y que nos fuéramos con ella, nos iban a llevar donde nosotras quisiéramos, pero que regresáramos en la noche (...)".

Por su parte el señor Giorgio Brichetti en su interrogatorio sobre los hechos manifestó:

PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO Si CONOCE LOS MOTIVOS DEL PORQUE ESTÁ EN ESTA DILIGENCIA? CONTESTADO: el día de ayer regresaba del centro hacia mi residencia por la vía de Bocagrande eran más o menos las dos de la tarde regresaba de la oficina de un amigo y cerca de mi residencia encontré a dos muchachitas que estaban llorando, con pinta de colegio de una edades de 13 y 14 años menores de edad qué se acercaron a mi preguntando por favor si podía entregarle algo de comida por que la mama fas hecho de la casa y estaban sin comer del día anterior, aunque no es costumbre mía habar con personas de la calle, a mí me dio pena por ella y les dije que no le iba entregar plata, pero si querían comer, fueran a mi apartamento donde estaba mi novia y que le entregaria comida, subieron apartamento y mi amiga novia Zuleima Anaya Tuñón le paraparo comida unos huevos con papitas y salchicha y yo almorcé aparte, después yo le comente a la niña que

tenían que llamar a la mama por que no era bueno que ellas andaran en la calle sin plata y sin celular con la intención de dormir en la playa; no recuerdo el nombre de la niña me comentaron que no, porqué ya le habían escrito en un papel a la mama que no iban a regresar a la casa, yo explique que tenía que hablar con alguien de la familia e insistí hasta que una de ella, marco desde mi celular a alguien de su familia, ella marco dos veces al mismo número y escuche que hablo alguien y mientras yo le daba la explicación de donde estábamos y ella le explicaba a la persona por teléfono de la dirección, luego de eso yo Salí enseguida porque tenía que bajar a donde mí amigo mi amigo me recogió, el nombre de él es Philip Chapman que tiene su oficina en la matuna. y salimos hacia la playa de castillogrande para volar unos drones de control remoto, además íbamos en compañía de otro amigo que no recuerdo el nombre. las dos niñas se quedaron en el apartamento con Suleima esperando que alguien fuera a recogerlas, después de media hora me llamo Zuleima comentado que llegaron a recoger la niña los parientes y la policía y que ella me estaban buscando a mí, yo le pedí que los atendiera y luego ella me llamo para decirme que me necesitaban a mi, yo inmediatamente Salí hacia el edificio en un taxi al llegar note que estaba la policía y al llegar me pidieron que los acompañara a la estación Bocagrande. yo fui en mi carro, al llegar a llegar a la estación llegaron los parientes de la niñas y los policías, luego me sentaron en la silla y después de unas horas un policía que estaba de civil me dijo que tenían derecho de guardar silencio y otras cosas más y que estaba capturado, luego me esposaron y me tomaron foto, y no me dijeron claramente porque me estaban haciendo eso, luego me trajeron acá; es importante mencionar que cuando llego la policía al apartamento yo no estaba ahí, solo estaba mi novia amigo Suleima con las dos niñas; además quisiera que revisaran mi celular y notaran que estaba grabando los números donde la niña llamo. A PARTIR DEL MOMENTO SE DEJA LA CONSTANCIA QUE SEÑORA ABOGADA NOHELIA DIAZ CORREA, INTERVINE Y SE LE LLAMA LA ATENCIÓN DEBIDO A QUE INCITA A LA RESPUESTA DEL INDICIADO Y ESTA MOLESTA MANIFIESTA QUE VA HABLAR CON JHARVEY. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO HACE CUANTO VIVE EN LA CIUDAD DE CARTAGENA? CONTESTADO: yo conozco a Colombia hace 25 años más menos y siempre tuve cédula de empresario y hace 4 años tengo cédula de extranjería, soy citadino italiano escrito aire con residencia colombiano. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO EN QUÉ CONSISTÍA LA AYUDA QUE |_E BRINDARÍA A LAS DOS NIÑAS QUE ENCONTRÓ LLORANDO EN LA CALLE CONTESTADO: le daría comida y de convencerla para que regresaran a la casa. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO QUE CLASE DE ALIMENTOS LES BRINDO A LAS NIÑAS? CONTESTADO: recuerdo que zuleima le preparo salchicha con huevo y papitas además de un helado. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO APARTE DE DICHO ALIMENTOS NO LE HIZO ENTREGA DE NINGUNA BEBIDA? CONTESTADO: sí le entregue coca cola y gaseosa nada de alcohol. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO S OFRECIÓ TRABAJO ALGUNO O ALGUNA ACTIVIDAD A LAS NIÑAS? CONTESTADO: en absoluto no le ofreció nada no. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO SI USTED CAUSO ALGUNA AGRESIÓN A LAS NIÑAS? CONTESTADO: ni las toque, con un beso de bienvenida, ni de despedida. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO SI USTED OBSERVO EN EL COMPORTAMIENTO DE LAS NIÑAS ALGÚN TRASTORNO PSICOLÓGICO O MENTAL? CONTESTADO: para nada me parecieron niñas normales. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO POR QUE NO DIO AVISO A LAS AUTORIDADES PERTIENETES DEL CASO DE LAS MENORES? CONSTESTADO: hasta el momento no lo vi necesario, ya que ellas solo tenían hambre y por eso le di mi teléfono para que llamaran a su familia no andarán sola en la calle. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO CUANDO FUE LA ULTIMA VEZ QUE HIZO ALGUN TRAMITE MIGRATORIO? CONTESTADO: nunca hice algún trámite. PREGUNTANDO MANIFIESTE EL INTERROGADO SI USTED EN ALGUN MOMENTO TUVO ALGUN CONTACTO SEXUAL CON ALGUNA DE ESTAS MENORE CONTESTADO: no en absoluto ni de amistad. PREGUNTANDO MANIFIESTE INTERROGADO SI AL MOMENTO DE PRESTALE EL TELEFONO A UNA DE LAS NIÑAS SUPO A QUE PERSONA LLAMO? CONSTESTO: no sé a quién llamo pero sé que era una mujer. a la cual le explico la dirección que yo le di. SE DEJA CONSTACIA QUE LA DRA PDE

QUE EL SEÑOR SI FIGUEROA LA DEJA DE MIARAR YA QUE TIENE UNA FIJACION DESDE HACE 10 MINUTOS, SITUACION QUE LA ESTA INCOMODANDO. PREGUNTAN MANIFIESTE EL INTERROGADO SI TIENE ALGO MÁS QUE AGREGAR CORREGIR ENMENDAR A LA PRESENTE DILIGENCIA: CONTESTADO: solo quiero declara que considero muy grave estas acusaciones sean para mí y Zuleima Anaya. y para confirmarla estoy dispuesto a someterme a polígrafo o detector de mentiras. es más me reservo de demandar a estas personas y a la policía que me ha perjudicado en la forma que me arrestaron. Además quiero decirle al señor fiscal que nunca he tenido problemas penales, soy una persona de bien"

Se trae a colación estas entrevistas en procura de determinar tiempo, modo y lugar de los hechos, destacándose que se citan las mismas y no las posteriores ni de otras personas, pues los relatos datan del 09 de septiembre de 2015, esto es, el día posterior a los hechos, teniendo una línea de tiempo muy próxima, pues conforme a la ciencia y las maximas de la experiencia estos dichos contienen una mayor veracidad de la situación fáctica.

Dicho lo anterior, no podemos soslayar que a partir de los años 90 con la Declaración Internacional de los Derechos del Niño y el principio de que ante dos situaciones enfrentadas prima el interés superior del niño, se empieza a escuchar más al menor, lo cual viene dado por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio *pro infans* y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas (...) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual "la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales", le impuso al Estado obligaciones. (...) por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor (...) (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave[7].

A esto se debe sumar que, en señal de reforzamiento del deber de protección de los niños y niñas, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

> La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.
> (...)
> Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, Rad. Interno # 42615, C.P: Ramiro Pazos Guerrero.

de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo[8].

Cada vez más, el ordenamiento se ve precisado a refinar mecanismos y procedimientos de protección a menores víctimas de abuso sexual, conforme el contexto y los desafortunados sucesos lo vayan indicando, pues las estadísticas son claras en señalar que cualquier esfuerzo, por pequeño que sea, es significativo en términos de prevención y las autoridades judiciales, por su puesto, están llamadas a actuar como garantes de primer orden para afirmar el respeto por nuestra niñez. Inequívocamente, una forma de asegurar los derechos de los menores víctimas de agresiones sexuales, empieza por considerar seriamente el valor persuasivo de sus declaraciones, más allá de que por las particularidades y las circunstancias en que generalmente se cometen este tipo de conductas, la víctima es por excelencia el testigo único[9].

Conforme a la normativa convencional y constitucional que precede, no genera discusión que inicialmente se debe creer en lo expuesto por el menor, de allí que en el caso que nos ocupa el juez de control de garantías conforme los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida, en aplicación al principio *pro infans*, y siguiendo dichos mandatos convencionales y constitucionales respecto al interés superior de los niños y niñas infiere razonablemente la necesidad de la aplicación de la detención preventiva, pues del relato de las menores es claro que se llegaron a exponer temas de tipo sexual, al hacer cuestionamientos por parte del adulto sobre dichos aspectos. Determinado esto, de manera paralela nos hemos de cuestionar, en cuanto a si el señor BRICHETTI actuó de manera prudente respecto a la situación que generó la actuación penal, destacándose que conforme las máximas de la experiencia no es común ni razonable que se le lleve al interior y/o privacidad de nuestro hogar a particulares de los que no se tenga conocimiento alguno, y genera un mayor reproche el hecho de que sean menores de edad, ejerciendo mendicidad y teniéndose conocimiento respecto al hecho de haber escapado del seno materno, pues en tal situación el sentido común nos dice que si se quiere prestar una verdadera ayuda lo sensato es acudir ante las autoridades respectivas en procura de solventar la situación del menor que se percibe en estado de debilidad, sin que se actuara conforme a esto último.

De lo anterior, se pudo establecer que por la forma como se desarrollaron los hechos, y los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, concluye forzosamente el despacho que existían razones fundadas para tal restricción, pues del relato inicial de las menores, que se cumplieron bajo los procedimientos técnicos especiales atinentes a delitos sexuales siendo víctimas menores de edad, se mostró el quebranto de deberes de conducta moral por parte del investigado, concluyéndose que se obró en el ejercicio del *jus puniendi* del Estado, pues se debía tomar las actuaciones necesarias para garantizar la no exposición de peligro a las menores, vemos entonces que conforme al actuar del indiciado este debía soportar la carga de la investigación.

Así las cosas y al no existir pruebas que permitan concluir lo injusto de la medida, se denegaran las pretensiones, pues se reitera, la sentencia de unificación[10] señala que si bien el régimen de responsabilidad aplicable al caso de la persona privada de la libertad que finalmente resulta exonerada penalmente ya sea por sentencia absolutoria o su equivalente, es el régimen objetivo del daño especial: ello no es óbice para que también concurran los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, caso este en el cual se determina y aconseja fallar bajo el régimen subjetivo como se presenta en el caso de marras, materializándose

[8] Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010.
[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2016, Rad. Interno # 42615, C.P: Ramiro Pazos Guerrero.
[10] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de fecha 17/10/2013; Rad. Interno # 23354, M.P: Mauricio Fajardo Gómez.

la inexistencia de falla del servicio. y consecuentemente se han de negar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

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

El numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., dispone un régimen objetivo de condena en costas en los siguientes términos: "Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. casación. queja. súplica. anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código". Por su parte el numeral 2 de dicha norma, señala que "La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella".

Teniendo en cuenta que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluida en la respectiva liquidación. el Despacho tendrá en cuenta lo normado para la materia en el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Así. en atención a lo señalado en los artículos 3. 4 y 6 del referido Acuerdo se condenará al pago de Agencia en Derecho al valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) a la suma que efectivamente reciba la demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

5. FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda. conforme se expuso en la motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se condenará a la parte vencida al pago de Agencias en Derecho, consistentes en el valor que resulte de aplicar el TRES POR CIENTO (3%) de las pretensiones.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez