|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420170005600** |
| DEMANDANTE | **HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO Y OTRO** |
| DEMANDADO | **NACIÓN-RAMA JUDICIAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACION DIRECTA iniciado por HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO y ALEJANDRA MALAGON ORTIZ en contra de la NACIÓN –RAMA JUDICIAL.

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **LA DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

*“(…)* ***PRIMERO:*** *Se declare a LA NACION - RAMA JUDICIAL, administrativa y extracontractualmente responsable de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la privación injusta de la libertad de que fuera víctima el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO.*

***SEGUNDO:*** *En consecuencia, de la declaratoria anterior se condene a LA NACION - RAMA JUDICIAL, a pagar a los demandantes a título de perjuicios morales la suma de TRESCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, así:*

*- Para el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO: 200 SMLMV*

*- Para la señora ALEJANDRA MALAGON ORTIZ: 100 SMLMV*

***TERCERO:*** *Como consecuencia de la declaratoria indicada en el numeral primero de este acápite, se condene a LA NACION - RAMA JUDICIAL a pagar por concepto de daño a la vida en relación, la suma de TRESCIENTOS SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, así:*

*- Para el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO: 200 SMLMV*

*- Para la señora ALEJANDRA MALAGON ORTIZ: 100 SMLMV*

***CUARTO:*** *Como consecuencia de la declaratoria indicada en el numeral primero de este acápite, se condene a LA NACION - RAMA JUDICIAL, a pagar por concepto de daños materiales, a favor del señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO, en su modalidad de lucro cesante la suma equivalente a VEINTICUATRO (24 S.M.L.M.V.) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para la época en que se produzca el pago.*

***QUINTO:*** *Como consecuencia de la declaratoria indicada en el numeral primero de este acápite, se condene a LA NACION - RAMA JUDICIAL a pagar por concepto de daños materiales a favor del señor HENRY HUBERTO MALAGON HURTADO, en su modalidad de daño emergente, la suma* *OCHO MILLONES DE PESOS M/CTE ($8.000.000.00), debidamente indexados.*

***SEXTO:*** *Se ordene a LA NACION - RAMA JUDICIAL, a pagar a mis mandantes las anteriores sumas dentro de los 180 días siguientes a la fecha de ejecutoría de la sentencia que así lo disponga, y si vencido tal plazo, no se ha dictado la resolución de cumplimiento de la misma, se ordene la liquidación de intereses moratorios, a la tasa máxima legal permitida.*

***SEPTIMO:*** *Se condene a la demandada al pago de las costas a que diere lugar el presente proceso. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO, el día 7 de agosto de 2010, fue privado de la libertad por el presunto delito de actos sexuales con menor de 14 años. El día 2 de agosto de 2011, fue ordenada su libertad por vencimiento de términos.
       2. Como consecuencia de la captura, la misma fue legalizada por el Juzgado 31 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, imponiéndole medida de aseguramiento privativa de Ja libertad en centro carcelario.
       3. El día 4 de noviembre de 2010, la Fiscalía 227 Seccional, radicó escrito de acusación en contra del señor MALAGON HURTADO, por el delito referenciado en el numeral primero.
       4. Por reparto el proceso le correspondió al juzgado 23 Penal del Circuito de Conocimiento el día 8 de noviembre de 2010, ante el cual se solicitó preclusión de la investigación, la cual fue denegada por dicho Despacho, a través de proveído de fecha 3 de febrero de 2011, decisión confirmada por la sala Penal del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el 25 de marzo de 2611.
       5. Como quiera que existiera impedimento por parte del Juez 23 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, el proceso fue remitido al Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento desde el 11 de abril de 2011.
       6. En consecuencia de lo anterior se fijó fecha de audiencia de acusación, la cual se llevó a cabo el 16 de mayo de 2011, para posteriormente llevar a cabo audiencia preparatoria el 27 de julio de 2011 y finalmente el juicio oral que tuvo lugar los días 11 de septiembre de 2012, 16 de septiembre de 2013 y 20 de abril de 2015.
       7. En la teoría del caso, la Fiscalía se comprometió a demostrar más allá de toda duda razonable, la responsabilidad delictiva que supuestamente recaía en manos del señor HENRY HUMBERTO MALAGON.
       8. El Juzgado 24 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, el día 21 de septiembre de 2015, profiere fallo absolutorio en favor del señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO.
       9. Encontrándose el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO, privado de su libertad, su señora madre BARBARA ANTONIA HURTADO DE MALAGON, falleció, sin que éste pudiese asistir a su sepelio o verla antes ele ser llevada a su última morada.
       10. Con la privación de la libertad el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO y su hija ALEJANDRA MALAGON ORTIZ, sufrieron una estigmatización social, un desasosiego continuo, y una tristeza que afectó su desarrollo normal tanto a nivel social, laboral y moral.
  1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** 
     1. La apoderada de la **RAMA JUDICIAL** se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones en los siguientes términos:

*“(…) Me opongo a todas las declaraciones y condenas que sean contrarias a la Entidad que represento toda vez que, no existe razón de hecho o derecho sobre la cual el Estado deba resarcir daño alguno a terceros porque carece de fundamentos jurídicos tal como se demuestra a continuación.*

*Me ratifico en todas y cada una de las razones de hecho y derecho expuestas, tanto en esta contestación a los hechos de la demanda como en las razones de la defensa, solicitando se absuelva de todo cargo a la Entidad que represento, declarando las excepciones que de conformidad con el artículo 187 inciso 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resultaren probadas. (…)”*

Propuso como **EXCEPCIONES**:

|  |
| --- |
| ***1.-FUERZA MAYOR:***  *Para el caso que se analiza, la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente, Dr. Mauricio Fajardo Gómez, No de Radicación 52001233100019967459 - 01 (23.354)., que estableció la responsabilidad objetiva, para aquellos casos, en que la persona privada de la libertad, es posteriormente absuelta, bien por in dubio pro reo, bien por otra causal, no es aplicable, para la Rama Judicial; por cuanto a pesar de que los supuestos de hecho, coinciden con los que se analizaron en la sentencia de unificación citada, los supuestos de derecho son diferentes, dado que, en el presente caso se configura el eximente de responsabilidad estatal, denominado FUERZA MAYOR*  *Frente a esta causal eximente de responsabilidad, se transcribe la parte pertinente del texto "Las Causales Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado, del Dr. Héctor Patino, así:*    ***a) Fuerza mayor b)***  *ENNECCERUS define la fuerza mayor diciendo que es el "acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar" . De acuerdo con la doctrina francesa, "es un caso constitutivo de fuerza mayor el evento que presenta las tres características siguientes: exterioridad (respecto del demandado), imprevisibilidad (en su ocurrencia) e irresistibilidad (en sus efectos). En Colombia esta figura fue definida legalmente por el artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil cuyo texto enuncia: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".*  *Así las cosas, la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónima del caso fortuito. Como se Vera más adelante la jurisprudencia ha hecho enormes esfuerzos por diferenciar estas dos figuras las cuales, de acuerdo con esa diferenciación tienen la potencialidad de impedir la imputación en regímenes de responsabilidad diferentes.*  *En lo que tiene que ver con la fuerza mayor, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha retomado lo establecido por la Corte Suprema de Justicia que al referirse a las características que debe revestir un hecho para ser calificado de fuerza mayor ha dicho:*  *"Así, pues, la cuestión del caso fortuito liberatorio o de fuerza mayor, al menos por norma general, no admite ser solucionada mediante una simple clasificación mecánica de acontecimientos apreciados en abstracto como si de algunos de ellos pudiera decirse que por sí mismo, debido a su naturaleza específica, siempre tienen tal condición, mientras que otros no. En cada evento es necesario estudiar las circunstancias que rodean el hecho con el fin de establecer si, frente al deber de conducta que aparece insatisfecho, reúne las características que indica el art. 1° de la Ley 95 de 1890, tarea en veces dificultosa que una arraigada tradición jurisprudencial exige abordar con severidad. Esos rasgos por los que es preciso indagar, distintivos del caso fortuito o de fuerza mayor, se sintetizan en la imposibilidad absoluta de cumplir derivada de la presencia de un obstáculo insuperable unido a la ausencia de culpa del agente cuya responsabilidad se pretende comprometer (g.j., t. xlii, p. 54) y son, en consecuencia, los siguientes:*  *Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que "...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor..." (g.j., tomos liv, p. 377, yclviii, p. 63).*  *Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente sojuzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito" .*  *Respecto de la fuerza mayor ha expuesto el Consejo de Estado evocando la doctrina: "La fuerza mayor sólo se demuestra:... mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito../ .*  *De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se deduce claramente que la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición:*  ***Es un hecho extemo***  ***Es un hecho imprevisible***  ***Es un hecho irresistible***  ***1. Es un hecho extemo:*** *la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre. Respecto de esta característica de la fuerza mayor, Guyot manifiesta: "un evento no es liberatorio sino a condición de ser exterior a la actividad del demandado, luego no puede resultar de su hecho, del de sus asalariados o de las cosas que estén bajo su guarda" .*  *La Sección Tercera del Consejo de Estado ha manifestado respecto a esta característica:*  *"...en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio*    *pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responderla accionada..."*  *De manera entonces que la exterioridad entendida como el hecho ajeno a las partes involucradas dentro de la actividad generadora del daño es característica indispensable de la fuerza mayor.*  ***2. Es un hecho imprevisible:*** *conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor.*  *Que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él. Dice la jurisprudencia ya referenciada "cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor" . En la práctica, la imprevisibilidad entendida desde esta perspectiva, hacía realmente difícil configurar un evento como fuerza mayor, pues en estricto sentido, casi todos los hechos o circunstancias de la vida pueden ser humanamente imaginados, es decir, previstos, lo que haría infructuoso alegar esta causal de exoneración, pues prácticamente nunca se configuraría como hecho imprevisible*  *La Sección Tercera del Consejo de Estado, en reciente sentencia , inspirada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, estableció que en punto de su configuración, se debía entender por imprevisible "aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia", lo que claramente tiene como consecuencia la morigeración en la rigurosidad con la cual se analizaba la imprevisibilidad.*  *Con todo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que son hechos normalmente previsibles los que suceden en el curso ordinario en que se desarrolla determinada actividad y ha establecido que para acordar lo previsible de un hecho, deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos , los cuales deben analizarse respecto de cada caso en concreto:*  *El referente a su normalidad y frecuencia*  *El atinente a la probabilidad de su realización*  *El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo*  *Esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia es seguida y utilizada por el Consejo de Estado, tribunales que han reiterado de manera constante que la imprevisibilidad es una de las características esenciales de la fuerza mayor.*  ***3. Es un hecho irresistible:*** *se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante los medios de defensa empleados para superarlo. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos. En palabras de la Corte:*  *"Conviene ahora, por su importancia y pertinencia en el asunto sometido al escrutinio de la Sala, destacar que un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus*    *consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores, pues la incidencia de estos no está determinada, propiamente, por las condiciones especiales o personales del individuo llamado a afrontarlos, más concretamente por la actitud que éste pueda asumir respecto de ellos, sino por la naturaleza misma del hecho, al que se le son consustanciales o inherentes unas específicas secuelas. Ello sirve de fundamento para pregonar que la imposibilidad requerida para la liberación del deudor, en casos como el que ocupa la atención de la Corte, es únicamente la absoluta, cerrándosele entonces el camino a cualquier otra.*  *La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran in radice la posibilidad de cumplimiento, y que, ad cautelam, correlativamente reclaman la asunción de ciertas cargas o medidas racionales por parte del deudor, constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. Por eso, entonces, aquellos eventos cuyos resultados, por cualificados que sean, pueden ser superados con un mayor o menor esfuerzo por parte del deudor y, en general, del sujeto que los soporta, no pueden ser considerados, en forma invariable, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en sentido estricto.*  *Sobre este particular, ha precisado diáfanamente la Sala que la fuerza mayor implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos (sentencia del 31 de mayo de 1965, g.j., cxi ycxii p. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias (se subraya; sentencia del 26 de enero de 1982, g.j., clxv, p. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente" .*  *Para la doctrina francesa el estudio de la irresistibilidad del hecho constitutivo de fuerza mayor es el punto central de la discusión. Tanto así que inclusive tal como lo anota MICHEL PAILLET, evocando a F.P. Benoit, la imprevisibilidad puede confundirse con la irresistibilidad, toda vez que aquello que es previsible no es normalmente irresistible a tal punto que en realidad los dos criterios de la fuerza mayor no constituyen sino solamente uno. Para otros, la calificación de fuerza mayor, resulta en realidad de tres elementos: la imposibilidad creada por el evento; la inevitabilidad de este último y sus consecuencias, y la irresistibilidad . De este modo, parece que se le quisiera dar por parte de la doctrina poca relevancia a la imprevisibilidad y mucha importancia a la irresistibilidad como características que determinan la fuerza mayor, a tal punto que se enuncia por algunos que la fuerza mayor está constituida por un evento extraño, previsible o no, pero en todo caso insuperable.*  *La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, por su parte, tiene por sentado que para que se configure la fuerza mayor se debe probar la existencia de un hecho externo a la actividad administrativa en ejercicio de la cual se causó el daño, imprevisible en su ocurrencia e insuperable, entiéndase irresistible en sus efectos. Para finalizar, y de la mano de PHILIPPE LE TOURNEAU, debemos decir que la irresistibilidad como elemento de la fuerza mayor "...se aprecia en abstracto, es decir, que el juez no busca si el demandado mismo podía superar el evento, sino si un individuo medio, colocado en las mismas circunstancias, habría podido normalmente resistir ese evento" .*  ***b) Efectos de la fuerza mayor***  *Una vez probada la existencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor con las características que se acaban de enunciar, bien puede tener efectos exoneratorios totales o parciales dependiendo del grado de participación en el daño que pudo tener el evento extraño mismo, del comportamiento de la víctima o del comportamiento del fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente" .*  *Para la doctrina francesa el estudio de la irresistibilidad del hecho constitutivo de fuerza mayor es el punto central de la discusión. Tanto así que inclusive tal como lo anota MICHEL PAILLET, evocando a F.P. Benoit, la imprevisibilidad puede confundirse con la irresistibilidad, toda vez que aquello que es previsible no es normalmente irresistible a tal punto que en realidad los dos criterios de la fuerza mayor no constituyen sino solamente uno. Para otros, la calificación de fuerza mayor, resulta en realidad de tres elementos: la imposibilidad creada por el evento; la inevitabilidad de este último y sus consecuencias, y la irresistibilidad . De este modo, parece que se le quisiera dar por parte de la doctrina poca relevancia a la imprevisibilidad y mucha importancia a la irresistibilidad como características que determinan la fuerza mayor, a tal punto que se enuncia por algunos que la fuerza mayor está constituida por un evento extraño, previsible o no, pero en todo caso insuperable.*  *Así, según lo anteriormente expuesto, se puede decir que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la fuerza mayor, bien puede tener unos efectos exoneratorios totales o parciales dependiendo del grado de participación, a título de concausalidad, de las partes en ¡a causación, o agravamiento del daño.* |
| ***c) El caso fortuito***  *Ya dijimos cómo desde la perspectiva normativa (artículo 1o. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil), la legislación colombiana no diferencia el caso fortuito de la fuerza mayor*  *Como lo expone el profesor HINESTROSA, esa es a la conclusión a la que se llegó desde el punto de vista normativo, de regreso de un empeño generalizado en la jurisprudencia francesa retomado en nuestro medio, para caracterizar la fuerza mayor como el acontecimiento totalmente extraño a la actividad generadora del daño, y el caso fortuito como aquel suceso que ocurre dentro de la ejecución de alguna actividad.*  *No obstante la disposición legal que trata como sinónimos la fuerza mayor y el caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho esfuerzos por diferenciar las dos figuras en el campo de la responsabilidad por riesgo excepcional y han predicado una tesis dualista.*  *En desarrollo de esa concepción "se han extraído diferencias entre la fuerza mayor y el caso fortuito. Se indica que la primera es aquel suceso conocido, imprevisible e irresistible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño; es decir, es causa extraña y externa al sujeto (terremoto, inundación, avalancha). El caso fortuito, por el contrario, si bien es irresistible, proviene de la estructura de la actividad de aquél, sin exigir la absoluta imprevisibilidad de su ocurrencia, pues requiere que no se haya previsto en el caso concreto (como el estallido de una llanta de un automotor, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, etc.), y puede ser desconocido, permanecer oculto; de tal manera, que no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño" .* |
| ***4.- LA INNOMINADA.*** *De conformidad con el Artículo 187, inciso 2° Del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito se declare cualquier otra que el fallador encuentre probada en el curso del proceso.* |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la parte **DEMANDANTE** manifestó que con la privación del 7 de agosto de 2010 del señor HENRY MALAGON se materializó la privación injusta de la libertad de este por el presunto delito de actos sexuales con menor de 14 años, el 4 de noviembre de 2010 se radico escrito de acusación. No obstante, la misma fiscalía a sabiendas que se había comprometido más allá de toda duda razonable a demostrar la culpabilidad del acusado, mediante solicitud que le hiciera al juez de conocimiento, solicita la preclusión de la investigación habida cuenta de que con el material probatorio que el ente acusador tenía llega a la conclusión que la investigación adelantada no arrojaba una responsabilidad objetiva. No obstante, y máxime a la petición de preclusión esta le fue negada, decisión que fue apelada y confirmada por el Tribunal. Ahora bien, si del hecho concreto se trata las piezas procesales allegadas al proceso las mismas arrojaban desde un punto específico que el delito no existió así las cosas el juzgado de conocimiento profiere absolución por el hecho no existió y por esa única y exclusiva razón era que la fiscalía había solicitado preclusión pero tuvimos que llegar a las instancias de la sentencia para que en efecto así lo hiciera. La juez de conocimiento debió haber valorado concienzudamente de acuerdo al material probatorio y la solicitud, que obviamente si la Fiscalía es un ente acusador pues lógicamente a ciencia cierta y con lógica jurídica y objetividad solicito la preclusión de la investigación porque las circunstancias de tiempo, modo y lugar no fueron reales, es decir, se reitera en al sentencia que el hecho no existió. Al respecto es la misma constitución y la ley la que entra a establecer por medio del artículo 90 que el estado entra a responder por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el señor MALAGON no estaba en el deber de soportar la privación de la libertad de la que fue objeto. Nótese que esta defensa una vez se presenta la demanda se desiste de la demanda contra la Fiscalía. Así las cosas, solicito despachar favorablemente las pretensiones de la demanda.
     2. La apoderada de la **RAMA JUDICIAL** señala que en el presente caso se encuentra que previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado 31 municipal con Función de Garantías impartió legalidad a la captura del señor HENRY HUMBERTO MALAGON legalidad que debía impartir atendiendo los artículos 306, 308, 310, 11 y 13 del código de procedimiento penal y así mismo atendiendo la ley 1098 de 2006 en su artículo 199 que impone medida de aseguramiento intramuros cuando el asunto puesto a consideración por el Juez de Control de Garantías sea un delito contra la libertad sexual de un menor y de no haberlo hecho hubiese incurrido en el presunto delito de prevaricato por acción al mediar orden imperativa del legislador en estos casos. Así mismo, queda en evidencia que fue la función de la Fiscalía la que no se cumplió en debida forma que no tomo las medidas necesarias para allegar al proceso las pruebas necesarias y contundentes que permitieran que el juez de conocimiento impartiera un fallo condenatorio. En este caso al juez de conocimiento no le quedó otra opción que precluir la investigación por causa del in dubio pro reo ya que no se logró demostrar con suficiente contundencia las circunstancias que desde el comienzo endilgo la Fiscalía General. Así mismo, respecto de la figura del in dubio pro reo el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han señalado que tratándose de casos donde sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia o el principio del in dubio pro reo o por atipicidad subjetiva de la conducta, entre otros, no puede endilgarse la responsabilidad del estado bajo un régimen objetivo por lo que solicito respetuosamente que esta situación se juzgue bajo el régimen de responsabilidad subjetivo de la falla del servicio teniendo en cuenta que los despachos de los jueces penales dependen de las pruebas que sean recaudadas por la Fiscalía General de la Nación y ante la ausencia de estas no les queda más que dictar fallos absolutorios, por esta razón solicito muy respetuosamente se nieguen las pretensiones de la demanda frente a la entidad que represento.
     3. El **MINISTERIO PUBLICO** representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 no presentó concepto.
  2. **CONSIDERACIONES**
  3. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**
     1. En cuanto a la excepción de **FUERZA MAYOR y CASO FORTUITO** propuesta por la RAMA JUDICIAL por tratarse de un eximente de responsabilidad, se estudiará sólo en el evento en que aquella se configure. Por ende, se procederá a determinar si en el sub examine si se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan la responsabilidad de las demandadas.
     2. En relación con la excepción **INNOMINADA O GENERICA** planteada por la RAMA JUDICIAL, sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.
  4. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo determinado en la FIJACIÓN DEL LITIGIO se busca Establecer si hay lugar o no a declarar la responsabilidad de la demandada NACIÓN – RAMA JUDICIAL por la presunta injusta privación de la libertad del señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO.

Surgen entonces los siguientes problemas jurídicos:

***¿La privación de la libertad de la que fue objeto el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO fue injusta o no?*** *y si lo fue* ***¿a quién debe atribuirse la responsabilidad?***

Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta estos puntos:

El artículo 90 de la Constitución consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el *“Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*.

La ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló ampliamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, a cuyo efecto determinó tres supuestos:

* El error jurisdiccional (art. 66)
* **La privación injusta de la libertad (art. 68).**
* El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69)

De conformidad con el artículo 68 de la ley 270 de 1996 “Quien haya sido privado **injustamente** de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.” (Subrayado fuera de texto)

En relación a la NACION - RAMA JUDICIAL Y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Con respecto a la **privación injusta de la libertad**, la jurisprudencia ha señalado que frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar como detención injusta y en consecuencia debe ser tratada como una responsabilidad objetiva; pero, en todo caso, se ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero.

Al respecto también es preciso indicar que la CORTE CONSTITUCIONAL sobre este particular ha precisado: *(…) que el artículo 90 de la Constitución Política* ***no establece un régimen de imputación estatal específico****, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que origina el presunto* ***daño antijurídico es la privación de la libertad****. Lo anterior en tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo debe establecer en estos casos el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.*

*En otras palabras, definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en hechos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 y de paso el régimen general de responsabilidad, previsto en el artículo 90 constitucional.*

*Y es que la Sala Plena debía establecer, en ejercicio de su competencia para guardar la integridad y supremacía de la Carta Política, si las decisiones judiciales cuestionadas por los accionantes y que invocaban la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se ajustaban a la interpretación referida.*

*En efecto, señaló que “determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine* ***si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado****”.*

*Y concluyó que lo señalado no se opone a que otros supuestos o eventos queden comprendidos por un título de imputación de esa naturaleza, tal y como podría ocurrir, en principio, con aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica. (…)[[1]](#footnote-1)*

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
     1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* Dentro del proceso penal radicado 11001-6000015201008998 (133143)[[2]](#footnote-2) seguido en contra de HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO identificado con Cédula de Ciudadanía 19.497.447 por el delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS se encuentran las siguientes actuaciones:
  + - En el escrito de acusación se anotó: *“(…) 6. HECHOS: La tarde del 07 de octubre de 2010, la menor STEFANY CAROLINA BAUTISYA PINILLA, siendo las 04:00 p.m, aproximadamente, cuando iba a hacer un mandado a su abuela Ligia Garcia, se le cayeron unas monedas dentro de una alcantarilla: Tratando de recuperar las monedas que se le habían caído pudo recuperar dos, quedándole una pendiente. El señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO, se le acercó y le toco la cola y le prometió que le daba los $500.oo faltantes. La menor compro las cosas y la siguió tomándola de la mano y llevándola a la casa ubicada en la carrera 17 C No 32 B- 24 donde le bajo los pantalones, realizando tocamientos, en los senos y la vagina, tratándola de penetrarla. La menor grito y el sujeto agresor le pidió que se callara y le tiro un billete de mil para que se fuera. La víctima salió de la casa y encontró a una patrulla policial a quienes contó lo sucedido e indico como estaba vestido con camisa manga corta de color rojo, pantalón jean azul y zapatos color café, el agresor sexual a quien capturaron por pedido de la menor, la menor, quien de inmediato se dirige a denunciar (…)”*
    - El señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO fue privado de su libertad el 7 de octubre de 2010 según el acta de derechos del capturado.
    - El 8 de octubre de 2010 el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá procede a LEGALIZAR LA CAPTURA de HENRY HUMBERTO HURTADO identificado con la C.C. No. 19.497.447 materializada el día 7 de octubre del año en curso.
    - El 8 de octubre de 2010 se llevó a cabo el Informe Técnico Médico Legal Sexológico en el que se anotó: *“(…) CONCLUSIÓN: Paciente que refiere manipulación a nivel genital por parte de un desconocido. 2. Al examen no se evidencian signos de trauma con edad entre 12 y 13 años. 3. Al examen genital no se evidencian signos de trauma externo con himen integro, ano normal, lo cual no descarta maniobras tipo tocamiento o frotamiento. 4. Se sugiere valoración y apoyo psicológico para la menor (…)”*
    - En la entrevista judicial con menor de edad realizada por Bienestar Familiar el 8 de octubre de 2010 se anotó: *“(…)*

*PREGUNTADA: HAGA UN RELATO DE LOS HECHOS POR LOS QUE ESTAS ACA CONTESTO: "HOY POR LA TARDE, COMO A LAS 4:00 PM, MI ABUELITA ME MANDO A HACER UN MANDADO A UN SUPERMERCADO, ENTONCES SE ME CAYERON UNAS MONEDAS A LA ALCANTARILLA Y NO PUDE SACAR UNA MONEDA DE 500 PESOS, SOLO PUDE SACAR DOS, UNA DE 200 PESOS Y OTRA DE 100 PESOS, ENTONCES PASO UN SEÑOR, YO ESTABA PREOCUPADA PORQUE NECESITABA LAS MONEDAS, EL SEÑOR ME TOCO LA COLA, Y YO LE DIJE QUE QUE LE PASABA, EL ME DIJO QUE ME DABA LAS MONEDAS, YO LAS COGI Y ME FUI CORRIENDO PARA EL SUPERMERCADO, ENTONCES EL SEÑOR COMENZO A PERSEGUIRME Y A LLAMARME QUE SI NO QUERIA UN BILLETE, AHÍ FUE CUANDO YO SALI, Y EL ME COGIO DURO LA MANO, Y ME DIJO QUE SI YO GRITABA NO SABIA LO QUE ME IBA A PASAR, Y ENTONCES YO ME FUI A LA CASA DE EL, Y ENTONCES DESPUES EL ME BAJO LOS PANTALONES Y ME SUBIO LA CAMISA, ME EMPEZO A BESAR LOS SENOS, ENTONCES ME IBA A BESAR LA VAGINA Y AHÍ FUE CUÁNDO YO EMPECE A GRITAR Y ENTONCES EL LLEGO Y ME DIJO QUE MEE CALLARA, QUE SI NO SABIA LO QUE ME IBA A PASAR SI SEGUIA GRITANDO, ENTONCES YO GRITE OTRA VEZ Y EL ME DIJO, SABE QUE, SUBASE SUS PANTALONES Y LARGUESE, ENTONCES YO ME LOS SUBI Y EL ME TIRO MIL PESOS ENROLLADOS A LA PUERTA CUANDO ME IBA A IR, YO SALI Y COMO A MEDIAS CUADRA ME ENCONTRE A LOS POLICIAS Y LES EXPLIQUE LO QUE ME HABIA PASADO Y YO VLVI A GOLPEAR A LA CASA DEL SEÑOR PARA QUE LOS POLICIAS LO COGIERAN, ENTONCES EL SALIO ANTES DE QUE YO GOLPEARA, Y YO LE DIJE HAY SEÑOR RECUERDA QUE YO AHORITA ESTABA METIDA EN SU CASA, Y EL ME RESPONDIO QUITESE QUE YO NI SIQUIERA LA CONOZCO. YO SE LO MOSTRE A LOS POLICIAS Y AHÍ NOS LLEVARON EN LA PATRULLA, ESO FUE LO QUE PÁSO. (…)*

*CONCEPTO: SE OBSERVA A UNA ADOLECENTE DE 12 AÑOS DE EDAD, COHERENTE EN SU DISCURSO EN VIRTUD DE LA INFORMACION SOLICITADA, CONA DECUADO PORTE Y ACTITUD, COLABORADORA CON RELACION AL SUMINISTRO DE AL INFORMACION, SIN ALTERACIONES DE TIPO EMOCIONAL, SIN SIGNOS QUE SUGIERAN PATOLOGIA MENTAL AL MOMENTO DE LA ENTREVISTA, SU PENSAMIENTO Y LENGUAJE SE OBSERVAN ACORDES A SU NIVEL DE DESARROLLO EVOLUTIVO, ALERTA, CONSCIENTE, ORIENTADA EN TIEMPO, ESPACIO Y PERSONA (...)”*

* + - En el informe de entrevista psicológica judicial llevada a cabo el 17 de diciembre de 2010 se anotó: *“(…)*

*Se aclara con la, menor, de decir la verdad.*

*En cuanto a los hechos la menor manifestó: "Desde hace un mes vivo con mi mamá, vivo con mi padrastro y dos hermanos DAMARIS NARANJO PINILLA DE 8 O 9 años y SHAROL LIZETH NARANJO PINILLA.*

*¿Porque estás aquí hoy?*

*R. por una demanda que puso mi abuela LIGIA, dije mentiras, yo me fui con el señor, no se como se Usina, eran como las 4 de la tarde, iba a un mandado a un supermercado, a comprar leche, papas... y se me cayeron unas monedas en un alcantarillado, se acercó un señor lo vi con intenciones raras, como extraño, me dijo “si quiere se las doy”, y no alcanzo para comprar la leche… yo le dije al señor que me diera la plata que me dijo, y me llevo hasta la casa de él, me entro en la pieza, entra uno a la casa, y de una vez esta la pieza, dijo “deje esos paquetes mientras busco las monedas”… le vi malas intenciones y salí a correr a la calle… yo dije otra versión. Dije que el señor me había llevado obligada, yo fui por las monedas que él me había dicho. Y dije esa mentira porque mi abuela me iba a pegar.*

*¿Por qué saliste a correr?*

*R. yo le vi otras intenciones, me miraba con fuerza, me hacía agachar.*

*P. Cuando entraste que paso?*

*R. yo me quedé detallando la pieza, salí corriendo, había un policía por ahí, fuimos a donde el señor, yo le dije al policía que me iba a violar, mi abuela estaba buscando a los niños al jardín yo pasaba con la policía y la policía la llamo y fue cuando di otra versión…. No había contado hasta ahora… ese señor vive más bajo.*

*¿Tú lo conocías antes?*

*R. es la primera vez que lo veía a él.*

*P. Por qué saliste corriendo?*

*R. porque vi. intensiones malas, me estaba viendo la cola, como su nunca había visto a una niña…eso paso hace como dos meses. (…)*

*CONCLUSION*

*La menor tiene capacidad de relatar y evocar lo que le sucede, durante el relato la niña refiere que un señor, ella no sabe el nombre, dice que el señor llevó a su casa para regarle unas monedas, que salió corriendo porque vio malas intenciones de él que le quedó mirando la cola de una manera que no gusto, y salió corriendo a llamar a la policía, luego se encontró con la abuela la vio los policías y ella dijo mentiras para que la abuela no la regañara. Dice que ella fue por su voluntad donde ese señor, dice que no dijo la verdad porque la abuela la regañaba.*

*La menor manifiesta que nadie le ha tocado su cuerpo.*

*La menor refiere a nivel familiar que estuvo viviendo con la abuela durante 10 años, ahora vive con la madre hace 2 meses porque la abuela ya no puede tenerla.*

*El relato de la menor fue coherente y lógico, no hubo contradicciones en transcurso de la entrevista. Se mostró tranquila durante la entrevista, no se mostró nerviosa.*

*Es necesario que la menor continúe en tratamiento psicológico. Esto se estuvo sugiriendo a la madre de la niña.*

*Se sugiere corroborar la entrevista con el resto de la investigación. (…)”*

* + - El 18 de enero de 2011 se lleva a cabo audiencia de formulación de acusación en la que la Fiscalía solicita se cambie el sentido de la audiencia de formulación de acusación por la de preclusión a lo cual se accede, se corre traslado a las partes para que sustenten su solicitud de preclusión y se fija fecha para decidir sobre la solicitud de preclusión.
    - El 3 de febrero de 2011 el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Conocimiento deniega la preclusión de la acción penal a favor del imputado HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO debido a que la retractación de la menor SCBP en su entrevista rendida ante la Psicóloga del CTI por sí sola no desvirtúa lo manifestado inicialmente por esta, en la entrevista dada ante el Psicólogo del Instituto de Bienestar Familiar si no que se debe hacer una valoración de las dos versiones junto con las demás pruebas, para determinar en cual dijo la verdad.
    - El 1 de agosto de 2011 el Juzgado Treinta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías ordena la libertad inmediata del señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO de acuerdo a lo previsto en el art. 317 numeral 5 del CPP “(…) ***Artículo 317. Causales de libertad.*** *Modificado por el art. 30, Ley 1142 de 2007, Modificado por el art. 61, Ley 1453 de 2011, Modificado por el art. 38, Ley 1474 de 2011., Modificado por el art. 4, Ley 1760 de 2015. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:*

*1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.*

*2. Como consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad.*

*3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el juez de conocimiento.*

*4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de imputación no se hubiere presentado la acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.*

***5. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la formulación de la acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio oral.***

*NOTA: El Texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-390 de 2014, en el entendido de que salvo que el legislador disponga un término distinto, el previsto en dicho numeral se contara a partir de la radicación del escrito de acusación (…)”*

* + - El 1 de agosto de 2011 el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO fue puesto en libertad según boleta de libertad No. 046.
    - El 21 de septiembre de 2015 el juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá absuelve al señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO del cargo por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS debido a que analizadas las pruebas esta no resultaban contundentes como para edificar una condena, manifestando que *“(…) Indicó que una vez llegan a la URI de Tunjuelito, en sede de la. Fiscalía, realizaron una diligencia con la niña, quien solamente lloraba. Que la denuncia fue efectuada por la menor, la testigo refiere que simplemente firmó el documento, por lo cual no tuvo conocimiento directo del relato de su nieta, que con posterioridad a ello, al indagar a la menor sobre lo ocurrido, ésta se reía y le manifestaba que eso era un problema entre el señor y ella, tiempo para el cual la menor contaba con 13 años.*

*Narró igualmente como el comportamiento de su menor nieta era agresivo, desordenada, no cumplía órdenes, la suspendían múltiples veces de los colegios, siendo inmanejable la situación, aspectos que si bien no fueron acreditados en el Juicio, si permiten inferir a este funcionario que la menor presenta múltiples problemas de tipo social, psicológico, personales y familiares, entre otros, que a la luz de las reglas de la experiencia, marcan un trastorno en la personalidad, y sumado a las variaciones constantes de su testimonio, única prueba que sustenta el hecho criminoso, lo desnaturaliza y genera duda y poca credibilidad, siendo inviable fundar una condena en un testimonio caracterizado por la incertidumbre (…)”*

* + 1. Respondamos ahora los interrogantes planteados:

***¿La privación de la libertad de la que fue objeto el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO fue injusta o no?*** *y si lo fue* ***¿a quién debe atribuirse la responsabilidad?***

Del material probatorio aportado observa el despacho que se encuentra demostrado el daño, pues se encuentra demostrada la privación de la libertad de la que fue objeto el señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO del7 de octubre de 2010 al 11 de agosto de 2011; no obstante, no se encuentra demostrada la antijuridicidad del daño.

En efecto, la legalización de la captura del señor HENRY HUMBERTO MALAGON HURTADO y la imposición de la medida de aseguramiento obedeció a que para el momento de decidir sobre la misma se contaba con el material probatorio suficiente para mantenerla, pues existía la evaluación psicológica realizada a la menor por parte del Bienestar Familiar en la que se concluía que se observaba a una menor coherente en su discurso, en virtud de la información solicitada, con adecuado porte y actitud, colaboradora con relación al suministro de la información, sin alteraciones de tipo emocional, sin signos que sugieran patología mental al momento de la entrevista, su pensamiento y lenguaje acordes a su nivel de desarrollo evolutivo, alerta, consciente, orientada en tiempo, espacio y persona.

Así mismo, se contaba con un dictamen de medicina legal que concluía que aunque al examen no se evidenciaban signos de trauma con edad entre 12 y 13 años dado que el himen estaba íntegro y el ano normal, estos exámenes no descartaban maniobras de tipo tocamiento o frotamiento. Además, estaban los testimonios de los policías con los cuales la niña se encontró cuando salió huyendo.

De otra parte, aunque se solicitó la preclusión de la investigación debido a que la menor se retractó de su testimonio posteriormente, el Juez denegó dicha solicitud debido a que la sola retractación por sí sola no desvirtuaba lo manifestado inicialmente y había que realizar un trabajo analítico de comparación y junto con las demás pruebas recaudadas establecer en cuales de las versiones el testigo había dicho la verdad, y qué motivo tuvo para retractarse.

Ahora, si bien el señor MALAGON HURTADO fue absuelto del cargo por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS por duda, debido a que las pruebas no resultaban contundentes para edificar una condena pues aunado a la retractación de su testimonio, la menor presentaba múltiples problemas de tipo social, psicológico, personales y familiares, lo cierto es que no se explica el motivo por el cual la menor realizara estos señalamientos en contra de una persona que ni siquiera conocía y no había visto antes, la razón por la cual el señor MALAGON le ofreció dinero a la niña y por qué negó haber conocido a la niña si lo que pretendía era ayudarla con unas monedas que se le habían caído a la alcantarilla, pues en ambas versiones la menor afirma que las monedas se le habían ido a la alcantarilla y que el señor MALAGON le había prometido un dinero. Tampoco se explica la razón por la cual terminó en la pieza del señor MALAGON, ni por qué conocía la ubicación de la casa del señor MALAGON; por qué salió huyendo y por qué tan pronto salió fue a contarle a la Policía una versión de los hechos de la que posteriormente se retractó.

Por último, la Ley 1257 de 2008 *“Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"*, consagra como uno de los principios orientadores el de corresponsabilidad, que define como la responsabilidad de la sociedad y la familia de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas, y la responsabilidad del Estado de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres.

El artículo 13 de la Constitución consagra el deber del Estado de proteger a aquellas personas *“que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”.* Por su parte, el artículo 44 superior consagra los derechos de los niños, niñas y adolescentes y establece que *“la familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (…) los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.* En el ámbito internacional, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, aprobada por la Ley 12 de 1991, en el principio 2 establece que *“el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*.

La Corte Constitucional ha expuesto que existen sujetos que, por su situación de vulnerabilidad, merecen de un especial tratamiento y protección por parte del Estado, como ocurre con los niños, niñas y adolescentes. La garantía de los derechos y la especial protección a estos sujetos se fundamenta *en “la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma (…), necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad”[[3]](#footnote-3).*

Así las cosas, como quiera que se trataba de una proceso penal en el que se estaba investigando el presunto delito de actos sexuales abusivos en una menor de catorce años, el juez debía tener en cuenta el criterio de género para su resolución, no solo por la condición de mujer de la víctima, sino por la especial protección que deben tener las niñas; esto con el fin de evitar la violencia institucional contra la mujer, garantizando la confianza de las víctimas de violencia de género en la administración de justicia y la protección oportuna de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, como quiera que no se logró demostrar el carácter injusto de la privación de la libertad de la que fue objeto el señor MALAGON, las pretensiones serán adversas a la demanda.

* 1. Se **CONDENARÁ EN COSTAS** a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso[[4]](#footnote-4)

Sobre este punto los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

En el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016[[5]](#footnote-5), la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en los asuntos de primera instancia de mayor cuantía[[6]](#footnote-6), un parámetro entre el **3 y el 7,5% de lo pedido**.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y gestión realizada por la apoderada de la parte demandada, se fijará como agencias en derecho el **3%** de lo pedido dentro del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense no probadas** las excepciones propuestas por la demandada.

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** Se **condena en costas** a la parte actora, liquídense por secretaria

**CUARTO:** **Fíjense** como agencias en derecho del apoderado de la parte demandada la suma de **$14.864.850,2**[[7]](#footnote-7)

**QUINTO:** Notifíquese a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

MSGB

1. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/unifican-jurisprudencia-sobre-responsabilidad-del-estado>. Corte Constitucional, Sentencia SU-072, Jul. 5/18 [↑](#footnote-ref-1)
2. Cd. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2012 [↑](#footnote-ref-3)
4. *“(…). 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.”* [↑](#footnote-ref-4)
5. ***ACUERDO No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*** *ARTÍCULO 4º. Analogía. A los trámites no contemplados en este acuerdo se aplicarán las tarifas establecidas para asuntos similares. ARTÍCULO 5º.Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (****ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*** *b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

   *En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V. (…) negrita fuera de texto.* [↑](#footnote-ref-5)
6. CGP. ARTÍCULO 25 Cuantía. *“(…) Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). (…)”* [↑](#footnote-ref-6)
7. El 3% de las pretensiones solicitadas correspondientes a $495.495.008 ( $234.372.600 (300 SMLMV daño moral)+ $234.372.600 (300 SMLMV daño a la vida en relación) + $18.749.808 (24 SMLMV daño material en la modalidad de lucro cesante ) + $8.000.000 (daño material en la modalidad de lucro cesante)), Folios 2 y 3 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-7)