



**JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SENTENCIA No. 99**

Bogotá D.C., seis (6) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa.
RADICACIÓN: 11001334306120190009700
DEMANDANTE: Francisco Javier Sánchez Sánchez y otros
DEMANDADO: Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación

1. ASUNTO

Una vez surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede esta instancia judicial a emitir sentencia en el proceso de la referencia, surtido a través del medio de control de repetición impetrado por la Francisco Javier Sánchez Sánchez, Gloria Milena Sepúlveda Alarcón, Daniel Isaac Sánchez Sepúlveda, María Auxiliadora Sánchez Sánchez, Martha Cecilia Sánchez Sánchez, Pedro Rafael Sánchez Sánchez, Misael de Jesús Sánchez Sánchez y el menor de edad Javier Isaac Sánchez Cogollo contra Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, como consecuencia del con el fin de declararlas patrimonialmente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales, que les fueron causados a los demandantes por la presunta privación injusta de la libertad de Francisco Javier Sánchez Sánchez.

2. TEMA PRINCIPAL TRATADO

Responsabilidad patrimonial de la Nación – Fiscalía General de la Nación y Nación – Rama Judicial por privación injusta de la libertad, al proferirse sentencia absolutoria.

3. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones de la demanda

El 24 de abril de 2019, a través de apoderado judicial la Nación – Fiscalía General de la Nación y Nación – Rama Judicial instauró demanda en ejercicio del medio de control de repetición (fol. 1-22 C.1) con las siguientes pretensiones:

“Con fundamento en los hechos que se detallan en el correspondiente acápite, la jurisprudencia y los fundamentos de derecho que se relacionan, solicito se profiera sentencia condenatoria con fuerza de ley en contra de las entidades demandadas, en la cual se realicen las siguientes o similares declaraciones y condenas:

3.1. DECLARACIONES

Que se declare que la NACIÓN RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO y a la NACIÓN RAMA JUDICIAL FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, son administrativa y solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados por el error judicial y la privación injusta de la libertad de la que fue víctima y a la que fue sometido el Señor FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ, con ocasión de la decisión equivocada de la Justicia Penal ordinaria Juzgado Dieciocho (18) Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien mediante diligencia de audiencia celebrada el día 06 de marzo de 2015 dispuso la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, sindicado del delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce de Años. Posteriormente absuelto por el Juzgado Treinta y Dos Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento Distrito Judicial de Bogotá-Distrito Capital.

3.2. CONDENAS

Como consecuencia de la anterior declaración condénese a la NACIÓN RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO y la NACIÓN RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

3.2.1. A favor de FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ por concepto de PERJUICIOS MORALES, mismos que le fueron causados por el error judicial y la privación injusta de la libertad de la que fue víctima: la suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento del fallo, o la suma máxima que para la época de la sentencia esté reconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado.

3.2.2. A favor de la cónyuge señora GLORIA MILENA SEPÚLVEDA ALARCÓN por concepto de PERJUICIOS MORALES la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento del fallo, o la suma máxima que para la época de la sentencia esté reconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado por el error judicial y la injusta privación de la libertad a la que fue sometido su esposo.

3.2.3. A favor de los hijos del Señor FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ: DANIEL ISAAC SÁNCHEZ SEPULVEDA y JAVIER ISAAC SÁNCHEZ COGOLLO por concepto de PERJUICIOS MORALES la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno al momento del fallo, o la suma máxima que para la época de la sentencia esté reconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado por el error judicial y la injusta privación de la libertad a la que fue sometido su padre.

3.2.4. A favor de la madre del Señor FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ: ANA BELISA SÁNCHEZ CONTRERAS por concepto de PERJUICIOS MORALES la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno al momento del fallo, o la suma máxima que para la época de la sentencia esté reconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado por el error judicial y la injusta privación de la libertad a la que fue sometido su padre.

3.2.5. A favor de los HERMANOS del Señor FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ: MARIA AUXILIADORA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, MARTHA CECILIA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, PEDRO RAFAEL SÁNCHEZ SÁNCHEZ y MISAEL DE JESUS SÁNCHEZ SÁNCHEZ por concepto de PERJUICIOS MORALES la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento del fallo, o la suma máxima que para la época de la sentencia esté reconociendo la jurisprudencia del Consejo de Estado por el error judicial y la injusta privación de la libertad a la que fue sometido su hermano.

3.2.6. A favor de FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ por concepto del PERJUICIO MORAL, PERJUICIO A SALUD: La suma de cien 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se hace referencia al trato recibido por el afectado “como un peligroso delincuente”, sin duda, al verse sometido a una grave acusación que le generó una prolongada privación de la libertad ante la jurisdicción penal que lo juzgaba por el delito de Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce años, misma que le modificó de manera importante su salud. El error judicial y la injusta privación de la libertad a la que fue sometido mi representado FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ de inmediato dan lugar a que se produzca un daño extra patrimonial diferente del moral, efectivamente este daño inmaterial afecta la vida exterior de SÁNCHEZ SÁNCHEZ en cuanto supone la modificación negativa de la posibilidad que éste tiene de relacionarse con los demás seres y con las cosas del mundo y, por lo tanto, la reducción de sus facultades para realizar actividades de toda índole, placenteras o rutinarias, la modificación de sus roles vitales y de sus proyectos, es decir, se modificaron las condiciones en que desarrollaba su vida como supervisor de una empresa de vigilancia.

3.2.6. POR LUCRO CESANTE

A favor de FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en su modalidad de LUCRO CESANTE los cuales se discriminan de la siguiente manera:

3.2.6.1 LUCRO CESANTE que sufrió mi poderdante FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ SÁNCHEZ como consecuencia del error judicial y la privación injusta de la libertad equivalente a CUARENTA — Y SEIS MILLONES VEINTIDOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OS (\$46.422.792) representados en los salarios dejados de percibir como consecuencia de la investigación penal que se inició en contra de mi poderdante y lo obligaron a presentar renuncia al cargo de Supervisor de la Empresa de Vigilancia Estatal de Seguridad, cargo en el que devengaba la suma de UN MILLON NOVECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL PESOS M/C, mensuales (\$1.934.283.00), valor dejado de percibir en el periodo comprendido entre 05 de marzo de 2015 al 29 de marzo de 2017.

3.2.6.7. POR DAÑO EMERGENTE

3.2.6.7.1 Por los gastos en que tuvo que incurrir mi representado para asumir su Defensa Penal: honorarios cancelados al abogado Hernán Cruz Henao por un monto de Ocho millones de pesos M/C (8.000.000).

3.2.6.7.2 Por los gastos en que tuvo que incurrir mi representado para asumir su Defensa Penal: honorarios cancelados al abogado DUVAN DARIO HERNÁNDEZ, por un monto de NOVECIENTOS VEINTE DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS M/C (\$922.950).

3.2.6.7.3. Por concepto de depósitos consignados en el Banco popular a nombre del Inpec para la manutención del Señor Sánchez Sánchez, realizados por su cónyuge e hijo Daniel Isaac en cuantía de TRES MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS M/C (\$3.663.000).

3.2.6.8. Realícese la indexación de las anteriores condenas con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la fecha en que las entidades demandadas realicen el pago de las respectivas condenas.

3.2.6.9. Condénese al pago de costas procesales a las entidades demandadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011.

3.2.6.10. Las entidades públicas demandadas deberán dar cumplimiento a la sentencia que en su contra se dicte, profiriendo la resolución en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento, en los términos del artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso.”

3.2. Hechos relevantes de la demanda:

El sustento fáctico relevante que origina el estudio del presente asunto y que se plasmó en la demanda es el siguiente:

- a. El 2 de marzo de 2014 Paula Andrea Ospina madre de la menor BSTO y compañera sentimental de Francisco Javier Sánchez Sánchez reportó actos sexuales abusivos de parte de su compañero sentimental contra la menor.
- b. La menor en entrevista psicológica refirió “...Javier me tocó la vagina, me bajó los pantalones cuando yo estaba en la cama dormida, que no le dijera nada a la mamá, que la luz estaba apagada y que él tenía una linterna”.
- c. El Juzgado 32 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Distrito Judicial de Bogotá por sentencia del 26 de mayo de 2017 decidió absolver al demandante porque las pruebas no eran suficientes para condenarlo.

3.3. Actuación Procesal:

- a. El 24 de abril de 2019 fue radicada la demanda en la Oficina de Apoyo correspondiéndole por reparto a este Despacho (fl. 308 c.1),
- b. Mediante providencia del 2 de julio de 2019 se realizó su admisión (Fls. 310-311 c.1).
- c. El 4 de julio de 2019 se notificó la admisión de la demanda a la Nación – Rama Judicial y a la Nación – Fiscalía General de la Nación (Fls. 312-317 c.1).
- d. El 22 y 23 de julio de 2019 se enviaron los traslados (fl. 345-346 c.1).
- e. El 27 de septiembre de 2019 la Nación – Rama Judicial contestó la demanda (fl. 323-332 c.1).

- f. La Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda (doc. 006 y 007).
- g. El 14 de octubre de 2020 se fijó fecha para audiencia inicial (doc. 006)
- h. El 29 de octubre de 2020 se dejó sin valor efecto la providencia proferida el 14 de octubre de 2020 mediante la cual se programó la audiencia inicial y se indicó como razón para dictar sentencia anticipada el literal b del numeral 1 del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, se fijó el litigio, se decretaron pruebas documentales, y se corrió traslado para alegar de conclusión.
 - a. El 16 de marzo de 2021 la parte demandante formuló oportunamente sus alegatos de conclusión; el demandado no presentó alegatos.
 - b. La agente del Ministerio Público no emitió concepto en esta oportunidad

3.4. Argumentos de las Partes

Parte demandante: El apoderado de la parte demandante mencionó el artículo 90 de la Constitución Política, la Ley 104 de 1993, la ley 241 de 1995, la ley 418 de 1997 y citó jurisprudencia.

Arguyó que la medida de aseguramiento de fundó en una decisión ligera y sin soporte probatorio, la acusación jamás tuvo soporte probatorio.

Señaló que no se logró demostrar la ocurrencia de la conducta, el médico del Instituto Legal manifestó que no encontró ninguna lesión a nivel genital y que quien narró los hechos fue la madre de la menor.

La psicóloga manifestó que realizó la entrevista forense a la niña no puede decir si decía la verdad o mentira sin embargo refirió que Javier le tocó la vagina.

Sostuvo que la niña no aportó información fehaciente y sólida y la madre de la menor no asistió al juicio (Fls. 12-20 c.1)

Parte demandada – Nación – Rama Judicial: Se opuso a los hechos y a la prosperidad de las pretensiones (fl. 323-332 c.1).

Señaló que no fue allegado copia del proceso penal donde se pudiera comprobar el dicho del demandante.

Explicó el artículo 90 de la Constitución y la Ley 270 de 1996 y citó jurisprudencia.

Mencionó que la sentencia SU-072 de 2018 indicó que tratándose de casos donde sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia-principio *in dubio pro-reo* no puede juzgarse la responsabilidad del estado bajo un régimen objetivo.

Adujó que la juez de control de garantías le competía resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida previa de aseguramiento la cual estaba debidamente soportada en el material probatorio aportado pro a la fiscalía lo que permitía inferir razonablemente que el procesado puso participar de los hechos.

Excepcionó la culpa exclusiva de la víctima y le hecho de un tercero, también citó jurisprudencia.

Parte demandada – Nación – Fiscalía General de la Nación: No contestó la demanda.

3.5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público

Parte demandante: El apoderado de la parte demandante alegó de conclusión en término, el 17 de noviembre de 2020, aseguró que la privación se demostró a través de la certificación expedida por el director de la cárcel y penitenciaría de mediana seguridad de Bogotá mediante el cual se certificó que el ingreso del señor Francisco Javier Sánchez Sánchez fue el día 13 de abril de 2015 hasta el 29 de marzo de 2017 y que su captura se había realizado desde el 5 de marzo del 2015, lo cual acreditó la restricción de su locomoción por más de 24 meses. Pero más allá del daño aquí reputado como lesivo e inmediato debemos analizar su antijuridicidad.

Agregó que las pruebas aportadas prueban el daño y por ende la falla del servicio (doc. 010).

Parte demandada – Nación – Rama Judicial: A través de escrito presentado el 17 de noviembre el apoderado de la entidad se ratificó en lo manifestado en la contestación de la demanda (doc. 009).

Resaltó que Francisco Javier Sánchez Sánchez fue imputado por el delito de “actos sexuales abusivos con menor de 14 años” previsto en el C.P. Ahora bien, se debe tener en cuenta que con base en los hechos señalados por el ente acusador, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, presentados por el ente acusador, el Juez 18Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la ciudad de Bogotá, accedió a la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad solicitada por la Fiscalía General de la Nación, decisión que tuvo sustento en el nivel de conocimiento denominado inferencia razonable sobre la presunta responsabilidad de los imputados en la comisión de la conducta punible. Por lo tanto, la medida restrictiva de su libertad no puede calificarse como inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

Afirmó que no se configuran los presupuestos de declaratoria de responsabilidad, señaló jurisprudencia.

Mencionó que el Juez de Control de Garantías cumplió con la aplicación de los artículos 306, 308, 310, 311.4, 313 del CPP, dentro de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Por su parte el juez de primera instancia contó con suficientes elementos probatorios que le condujeron a determinar en grado de certeza la responsabilidad penal.

No se estructuró la falla del servicio porque no existen irregularidades, ni decisiones arbitrarias, los hechos dieron lugar a la obligación de investigarlos, función que recae en la Fiscalía General de la Nación.

La falla en el servicio para que pueda considerarse verdadera causa de perjuicio y comprometa la responsabilidad del Estado no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda tacharse de “*anormalmente deficiente*”.

Habló de la culpa exclusiva de la víctima por la incidencia relevante estudiar la incidencia que tuvo la conducta desplegada por Francisco Javier Sánchez Sánchez, al relacionarse con la niña B.S.T.O. de 4 años de edad, quién en entrevista psicológica, manifestó: *“...Javier me tocó la vagina, me bajó los pantalones cuando yo estaba en la cama dormida, que no le dijera nada a la mamá, que la luz estaba apagada y que él tenía una linterna”, actuar que en su oportunidad fue considerado y calificado por la Fiscalía General de la Nación como constitutivo del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, al tenor de lo establecido en las normas penales. En entrevista hecha por la psicóloga ISABEL CRHISTINA DÍAZ ALFONSO a la menor víctima del hecho investigado, indicó: “que la menor le refirió que Javier, le tocó la vagina, que le bajó los pantalones hasta los tobillos, cuando ella estaba al rincón y estaba dormida y la mamá vio que le bajaba los pantalones”.*

Señaló el hecho de un tercero en el entendido que fue la denuncia realizada por la madre de la menor presuntamente abusada, para que la Fiscalía solicitará captura y legalización de la misma, así como la formulación e imputación de cargos y medida de aseguramiento (privativa de la libertad), por la presunta comisión del delito de (“Acceso carnal abusivo con menor de 14 años”).

Parte demandada – Nación – Fiscalía General de la Nación: No alegó de conclusión.

Concepto del Ministerio Público: En esta oportunidad el agente de Ministerio Público se abstuvo de conceptuar.

3.6. Medida previa de saneamiento

Observa el despacho que en el auto admisorio se omitió admitir a la demanda a favor el Ana Belisa Sánchez Sánchez pese aportar poder y agotamiento del requisito de procedibilidad razón por la cual se tendrá como demandante y se tendrá por saneado el proceso.

3.7. Pruebas obrantes en el proceso

3.6.1 Documentales

A continuación, se hace relación de los elementos probatorios más relevantes allegados al plenario:

- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 78.695.133 de Francisco Javier Sánchez Sánchez fl. 40
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 42.013.159 de Gloria Milena Sepúlveda Alarcón fl. 41
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 1.088.024.808 de Daniel Isaac Sánchez Sepúlveda fl. 42
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 1.066.726.059 de Eliana Marcela Cogollo Jaramillo fl. 43
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 1.066.729.122 de Javier Isaac Sánchez Cogollo fl. 44
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 6.893.216 de Pedro Rafael Sánchez Sánchez fl. 45
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 78.704.216 de Misael de Jesús Sánchez Sánchez fl. 46

- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 25.762.796 de Ana Belisa Sánchez Contreras fl. 47
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 34.990.067 de Martha Cecilia Sánchez Sánchez fl. 48
- Copia auténtica de la cédula de ciudadanía número 34.983.916 de María Auxiliadora Sánchez Sánchez fl. 49
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Gloria Milena Sepúlveda Alarcón fl. 50
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Daniel Isaac Sánchez Sepulveda fl. 51
- Copia auténtica del registro civil de matrimonio de Francisco Javier Sánchez Sánchez y Gloria Milena Sepúlveda Alarcón fl. 52
- Copia auténtica del registro civil de matrimonio de Javier Isaac Sánchez Cogollo fl. 53
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Misael de Jesús Sánchez Sánchez fl. 54
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Pedro Rafael Sánchez Sánchez fl. 55
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Martha Cecilia Sánchez Sánchez fl. 56
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de María Auxiliadora Sánchez Sánchez fl. 57
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Francisco Javier Sánchez Sánchez fl. 58
- Oficio 114-CPMSBOG-OJ-DP-No.00578 del Director Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Bogotá fl. 59 y 69
- Certificación del Director Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Bogotá del 14 de enero de 2019 de privación de la libertad de Francisco Javier Sánchez Sánchez fl. 60
- Copia simple constancia laboral de la Directora Nacional de Recursos Humanos de Estatal de Seguridad del 7 de febrero de 2019 de Francisco Javier Sánchez Sánchez fl. 61 y 62
- Radicado del 7 de marzo de 2015 de memorial de Francisco Javier Sánchez Sánchez para el Gerente Regional de Estatal de Seguridad fl. 63
- Impresiones desprendibles de pago nómina de Francisco Javier Sánchez Sánchez de la empresa Estatal de Seguridad de enero y febrero de 2015 fl. 64 a 66
- Copia simple mandato de Francisco Javier Sánchez Sánchez conferido a Hernán Cruz Henao fl. 67
- Recibo de pago No. 00115 del 24 de octubre de 2014 por valor de 8.000.000 de pesos de Hernán Cruz Henao fl. 68
- Copia simple comprobantes únicos de consignación del Banco Popular fl. 70 a 90
- Copia simple comprobantes de giro y consignación fl. 91
- Oficio RU-O-14164 del 13 de diciembre de 2018 de la funcionaria de respuesta a usuarios del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá para Ana Milena Rivas Restrepo fl. 92
- Constancia de autenticidad y ejecutoria de la Secretaría del Centro de Servicios Judiciales dentro del radicado CUI 110016000023201403481 y NI 220076 del 10 de enero de 2019 fl. 93 y 94
- Copia auténtica del radicado CUI 110016000023201403481 y NI 220076 fl. 95 a 307
- Copia en medio magnético contentiva de audios, según manifestación de la parte demandante correspondientes a los audios de las diligencias

4. CONSIDERACIONES

4.1. PRESUPUESTOS PROCESALES

4.1.1. Legitimación en la Causa

a. Legitimación en la causa por activa:

- Francisco Javier Sánchez Sánchez se encuentra legitimado en la causa por activa al ser quien presuntamente fue privado injustamente de la libertad del 5 de marzo de 2015 al 29 de marzo de 2017 (fl. 60) según certificación del Director Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Bogotá del 14 de enero de 2019 de privación de la libertad de Francisco Javier Sánchez Sánchez.
- Por el parentesco de Francisco Javier Sánchez Sánchez están legitimadas las siguientes personas:

Gloria Milena Sepúlveda Alarcón	Conyugue fl. 52
Daniel Isaac Sánchez Sepúlveda	Hijo fl. 51
María Sánchez Sánchez Auxiliadora	Hermana fl. 57
Martha Sánchez Sánchez Cecilia	Hermana fl. 56
Pedro Sánchez Sánchez Rafael	Hermano fl. 55
Misael de Jesús Sánchez Sánchez	Hermano fl. 54
Javier Isaac Sánchez Cogollo (menor) representado por Eliana Milena Cogollo	Hijo fl. 53
Ana Belisa Sánchez Sánchez	Madre fl. 58

b. Legitimación en la causa por pasiva:

La Nación – Rama Judicial se encuentra legitimada en la causa por pasiva al encontrarse probado que: el Juzgado 18 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de garantías emitió la providencia que dispuso la medida de aseguramiento el 6 de marzo de 2015 (Fls. 237-239 c.1.).

La Nación – Fiscalía General de la Nación se encuentra legitimada en la causa por pasiva al encontrarse probado que fue el Fiscal 73 Seccional quien solicitó la audiencia preliminar de legalización de procedimiento de captura, formulación e imputación y medida de aseguramiento en contra del hoy demandante (fl. 256-257 c.1).

4.1.2 Caducidad de la acción

Se observa que no hay lugar que opere la figura de caducidad del medio de control de reparación directa (Art. 164 No. 2 Lit. I de la Ley 1437 de 2011) pues se advierte que la sentencia absolutoria cobró ejecutoria el 31 de mayo de 2017¹, siendo presentada la demanda dentro del proceso de la referencia el 24 de abril de 2018 (fl. 308 c.1), después de haber surtido el trámite de conciliación prejudicial, cuya

¹ Ver folio 93

solicitud fue radicada el 18 de marzo de 2019 y el término de caducidad suspendido hasta el 23 de abril de 2019 (fls. 33-35 c.1).

Por lo cual se tiene que los demandantes acudieron a la jurisdicción sin que hubiese operado el fenómeno de la caducidad del medio de control.

4.2 ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO

4.2.1. Problema Jurídico

Con fundamento en el caudal probatorio, establecer si la Nación con fundamento en el caudal probatorio es determinar si son responsables o no patrimonialmente la Nación - Rama Judicial y/o Nación – Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios presuntamente causados a los demandantes con ocasión de la presunta privación injusta de la libertad del señor Francisco Javier Sánchez Sánchez con ocasión del proceso penal 110016000023201403481.

¿Se generó un daño antijurídico a causa de ello? ¿Es imputable tanto material como jurídicamente a las demandadas Nación - Rama Judicial y/o a la Nación – Fiscalía General de la Nación?

Una vez resuelto lo anterior, determinar si se configuró una causal exonerativa de responsabilidad, en especial Culpa Exclusiva de la Víctima o Hecho de un tercero.”

4.2.2. Tesis del Despacho

Conforme al material probatorio obrante dentro del proceso, se considera que no existe daño antijurídico, en tanto que la medida de aseguramiento ejecutada al señor Francisco Javier Sánchez Sánchez tuvo indicios suficientes para ser declarada, más aun cuando existe un régimen especial en protección de la niñez en cuyos casos la normatividad indicó que en el tipo de delitos como en el que fue acusado el demandante no tienen ningún tipo de beneficio penal, no siendo desproporcionada la privación, ni arbitraria.

El solo hecho de que una persona privada de la libertad termine con una sentencia absolutoria no resulta suficiente para declarar la responsabilidad de la accionada como lo asegura el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 2020 exp: 68001-23-31-000-2006-003247.

En el caso concreto no existe imputabilidad cuando la imposición de la medida de aseguramiento resultó razonable dadas las pruebas recaudadas.

4.2.3. Régimen de responsabilidad aplicable

Según lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política, la responsabilidad extracontractual tiene como centro de discusión la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación de este en cabeza de la administración pública² tanto por acción, como por omisión. Dicha imputación exige analizar: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, concepto que está integrado por los siguientes tópicos: 1) atribución conforme a un deber jurídico (que

² Conforme a lo establecido en el Artículo 90 de la Carta Política Colombiana “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Ver: Consejo de Estado, Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Ver: Consejo de Estado, Sentencia de 13 de julio de 1993.

opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente del Consejo de Estado: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional), y; 2. La teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

En términos de José Ignacio Manrique Niño: *“se supera así, el esquema que se seguía anteriormente para declarar la responsabilidad del Estado, en el cual primero se miraba el hecho, luego se determinaba la culpa de la administración, posteriormente se analizaba la relación de causalidad y finalmente, se establecía el daño. Hoy en día, por el contrario, lo primero que se determina es la existencia del daño, luego se analiza si es o no antijurídico, y posteriormente se precisa qué fue lo que lo originó, lo que conlleva indagar por la causalidad”* (Manrique Niño, 2009).

El daño antijurídico es un concepto que tiene una evolución constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en cuanto se adecúa y actualiza a la luz de los principios del Estado Social de Derecho y de realidad social, tal como lo ha esgrimido la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996³.

Este puede ser definido como la *“lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar”* (Ruíz Orejuela, 2010, pág. 3) o como *“el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos”* (Cubides Camacho, 1999, pág. 193).

El daño tiene un aspecto positivo toda vez que ser efectivo, individualizable y verificable, y uno negativo en cuanto debe concretizarse en una efectiva vulneración que se realice sin justa causa.

En cuanto al principio de imputabilidad⁴, se tiene que solo es dable la indemnización del daño antijurídico por parte del Estado cuando existe el debido sustento fáctico y encaja la atribución jurídica en los hechos narrados en el caso⁵.

En la imputación se revisa la conducta estatal y el denominado nexa causal.

Para realizar una introducción de los títulos de imputación, la doctrina ha coincidido en señalar que tiene su fuente principal en la teoría de la culpa (objetivizada)⁶ (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 616) o falla del servicio, que es una responsabilidad directa, consistente en la producción de un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 616).

³ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.

⁴ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudicialia), en caso contrario, solo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. (Kant, 2005).

⁵ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003.

⁶ El término es usado por Libardo Rodríguez quien afirma: “Esta responsabilidad está basada en la culpa, pero en una culpa especial que no corresponde exactamente al concepto psicológico tradicional, que implica que la culpa solo es posible encontrarla en la actuación de las personas naturales. Aquí se trata, se dice, de una culpa objetiva o anónima. Preferimos decir culpa objetivizada, es decir, calificada por sus manifestaciones exteriores, pues tradicionalmente se consideran opuestos los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva, ya que aquella solo da lugar a responsabilidad subjetiva. Desde este punto de vista puede decir que la responsabilidad por culpa o falla en el servicio es una responsabilidad intermedia entre la subjetiva y la objetiva, pues si bien se requiere la existencia de una culpa, no se trata de la culpa subjetiva tradicional, sino de una culpa objetivizada. En todo caso, no es responsabilidad objetiva, porque, si así lo fuera, las personas públicas deberían responder por todos los daños que causaran en desarrollo de su actividad, así fueran completamente lícitos normales” (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 616).

No obstante, es incorrecto afirmar que la única fuente hoy de imputación es la falla en el servicio toda vez que a nivel judicial se ha venido reconociendo la existencia de la responsabilidad estatal sin que se presente el concepto de la culpa, es decir, como expresión de la responsabilidad objetiva, tal es el caso de la responsabilidad por daño especial, la responsabilidad por riesgo excepcional, la responsabilidad por trabajos públicos, la responsabilidad por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, la responsabilidad por almacenaje, la falla del servicio presunta (Rodríguez Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, 2013, pág. 620).

4.2.4. Privación injusta de la libertad

Debe recordarse que de conformidad con el precitado artículo 90, el Estado está obligado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que sean causados por las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas, incluyendo las judiciales. Con esta disposición se superó definitivamente la posición jurisprudencial según la cual los errores cometidos por los funcionarios judiciales, en desarrollo de su actividad, comprometían únicamente la responsabilidad personal del servidor público y no la del Estado⁷.

Así, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia regula en forma expresa la "responsabilidad del Estado, de sus funcionarios y empleados judiciales", contemplando dentro del artículo 65 lo siguiente:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.”

“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad” (énfasis fuera de texto original).

La doctrina en concordancia con la ley ha diferenciado tres tipos de responsabilidad:

- Por error judicial (lo que en realidad es la responsabilidad jurisdiccional por error y daño en los actos procesales).
- Por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia (retardos y defectuosas actuaciones materiales)
- Por privación injusta de la libertad (que puede generarse en error jurisdiccional o en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de febrero de 1980, exp. 2367. Sobre el particular la Sección Tercera sostuvo: “Antes de la expedición de la Constitución de 1991 la jurisprudencia de la Corporación distinguía la falla del servicio judicial del error judicial. La primera se asimiló a las actuaciones administrativas de la jurisdicción y se reservó el segundo concepto para los actos de carácter propiamente jurisdiccional. En relación con el error judicial cabe señalar que en una primera etapa la jurisprudencia de la Corporación se negó a admitir la responsabilidad patrimonial del Estado, con fundamento en el principio de la cosa juzgada y por considerar que este era un riesgo a cargo de todos. Esas limitaciones para declarar la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional no estaban fundadas en disposiciones constitucionales o legales, porque si bien la Constitución de 1886 no establecía expresamente la obligación a cargo del Estado de responder por los daños que sus acciones u omisiones causaran a los particulares en desarrollo de la función de impartir justicia, el artículo 16 de la Carta que consagraba el deber de todas las autoridades públicas de proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares y que se invocaba como fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado por la jurisprudencia de esta Corporación, permitía incluir en tal concepto a las autoridades encargadas de dicha función. De igual manera la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, incorporada al derecho nacional por la ley 16 de 1972, permitía deducir responsabilidad del Estado por error judicial toda vez que en su artículo 10 prevé que “toda persona tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13.164, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido ver sentencias de 2 de mayo de 2007 y 14 de agosto de 2008, exp. 1576 y 16594, respectivamente, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Al efecto que la libertad física es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en la Constitución, pero que no es ilimitado. Incluso en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es esgrimido así:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley No. 74 de 1968, y que entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976, en el inciso 1 del artículo 9 consagra que:

*“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”*⁸

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada a la legislación colombiana mediante la Ley 16 de 1972, señala en el inciso 2 del artículo 7 que:

*“... 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 Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas...”*⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha puntualizado en la sentencia del 24 de enero de 1998 del Caso “Gangaram Panday Vs Surinam”, que:

*“Nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley, pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma por la misma”*¹⁰

Con base en lo anterior, la privación de la libertad personal solo puede efectuarse en los casos y de acuerdo a los procedimientos previstos en la Constitución o la Ley, de lo contrario se configura una detención o privación injusta de la libertad que se encuentra prohibida tanto a nivel nacional como internacional.

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996¹¹, analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y señaló que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos.

En la sentencia SU-072 de 2018¹², recalcó que ningún cuerpo normativo se establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez era el que debía realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

En ese sentido, la Corte citada indicó:

⁸ LEY 74 DE 1968. Artículo 9, Inciso

⁹ LEY 16 DE 1972 Artículo 7, Inciso 2

¹⁰ CORTE IDH. Caso Gangaram Panday Vs Suriname. Sentencia 24 de Enero de 1998. Serie C, No. 16, parr 47.

¹¹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² Corte Constitucional, sentencia SU 072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

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

“(…)

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

“(…)

“109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante” (se destaca).

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho:

<p>76001-23-31-000-2006-00478-01(50395) Sentencia del 05/03/2020 M.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO(E)</p>	<p>La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 2006...De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido.</p> <p>... Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con medida de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.</p> <p><u>... la Sala no encuentra acreditada una falla del servicio de la Rama Judicial, pues, de un lado, no fue la que profirió la medida de aseguramiento que originó la pérdida de la libertad de Yolanda Parra Caro; de otro lado, si bien hubo una disparidad de criterios entre la primera y la segunda instancia en la etapa de juzgamiento, en cuanto a la procedencia de la revocatoria de la medida de aseguramiento, ello no comporta la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, dado que tal situación no se generó por una actuación arbitraria, sino por la apreciación del caso que cada una de las instancias realizó.</u></p> <p><u>...En conclusión, la Sala considera que el juez de conocimiento de primera instancia actuó de conformidad con su sana crítica y no evidenció que para el momento en el que se solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento se dieran los presupuestos necesarios para ello, sino que, en su parecer, era necesario que se continuara con la etapa de juicio, para luego de ello, si poder realizar un análisis concienzudo y detallado tanto del delito imputado a Yolanda Parra Caro, como de las pruebas que obraran en la actuación penal.</u></p> <p>Así las cosas, es válido afirmar que la decisión adoptada se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que</p>
--	---

	<p>con esa actuación la medida impuesta a Yolanda Parra Caro <u>se hubiere tornado en irracional, desproporcionada, ni ilegal.</u></p> <p>En razón a lo expuesto, no se advirtió una conducta negligente, ni descuidada o constitutiva de falla en el servicio, de ahí que no sea posible endilgar responsabilidad a la Rama Judicial.</p> <p>Como consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el proceso contra la Fiscalía General de la Nación terminó por conciliación entre las partes, acuerdo que fue aprobado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de agosto de 2013.</p>
<p>47001-23-31-000-2011-00029-01(50173) del 05/03/2020, M.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO(E)</p>	<p>La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 2006¹³...</p> <p>Asimismo, se probó que, luego de la confesión realizada por la señora Fanny Henríquez Muñoz, en la cual se acogió a sentencia anticipada, la misma fiscalía de conocimiento revocó la medida de aseguramiento impuesta en contra de la señora Rambal Coronado, ordenó su libertad inmediata, precluyó la investigación en su contra y ordenó el reintegro a su trabajo.</p> <p>... En lo que tiene que ver con la legalidad de la medida de aseguramiento, la Sala destaca que los artículos 355 a 357 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, –norma aplicable para la época de los hechos–, regulaban lo concerniente a la finalidad, requisitos y procedencia de aquella y, en su orden, disponían... <u>De acuerdo con la anterior normativa, los delitos de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público se encontraban dentro de los punibles frente a los cuales procedía la medida de aseguramiento ipso facto, lo que justifica la conducta del ente investigador, adicionalmente, la restricción de la libertad surgía como una alternativa para garantizar no solamente la comparecencia del sindicado, sino para evitar la continuidad de algún acto ilícito en el que pudieran incurrir el demandante o para evitar entorpecer la actividad probatoria.</u></p> <p>... Así las cosas, es válido afirmar que la decisión adoptada se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que la medida impuesta a la demandante hubiere sido irracional, desproporcionada ni ilegal... las decisiones proferidas en contra de la señora Aidé Marina Rambal Coronado no fueron injustas o arbitrarias; por el contrario, fueron el resultado de la convergencia de los requisitos que el estatuto procesal penal vigente para esa época exigía.</p> <p>En cuanto a lo injusto de la medida privativa de la libertad, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072-2018, anotó que: <i>“... Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces 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, (sic) 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”</i>¹⁴ (se resalta).</p> <p>De conformidad con todo lo anterior, se puede concluir que las decisiones judiciales dictadas en el proceso penal adelantado en contra de la señora Aidé Marina Rambal Coronado no fueron contrarias a derecho o que comportaron arbitrariedad, falta de proporcionalidad o capricho de quienes las profirieron; por tanto, no se configuró falla alguna del servicio de la parte demandada.</p>

¹³ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ Folio 117 de la providencia.

<p>Rad. 70001-23-31-000-2005-00434-01(56393) del 05/03/2020 C.P. MARÍA ADRIANA MARÍN</p>	<p>5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio <i>in dubio pro reo</i>, <u>inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial</u>. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación¹⁵.</p> <p>...Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/18¹⁶, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.</p> <p>... Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales¹⁷, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo el grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado¹⁸.</p> <p>La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de <i>“razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”</i>¹⁹...</p> <p>5.4. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que <i>“el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”</i>²¹.</p> <p>... <u>Las dos causales anteriores se contrastan con la absolución consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio <i>in dubio pro reo</i></u>, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó</p>
---	---

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁷ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 906 de 2004.

¹⁸ Ibidem. Acápites 103.

¹⁹ Ibidem. Acápites 104.

²⁰ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento.

²¹ Ibidem. Acápites 105.

	<p>la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral²².</p> <p>Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo²³.</p> <p>... los argumentos de impugnación de la Fiscalía General de la Nación, las pruebas trasladadas de la investigación penal adelantada por la Fiscalía Local Once Delegadas ante los Jueces Penales Municipales de Sincelejo, y la providencia por medio de la cual se absolvió al señor Arnold Cuevas Sierra, concluye que en el presente caso se configuró una falla del servicio imputable al ente investigador, dado que, no se contó con los indicios necesarios para imponer una medida de aseguramiento en contra del hoy demandante, de conformidad con lo establecido por el artículo 356 de la Ley 600 de 2000.</p>
<p>Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01478-01(43125) del 28/02/2020 Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ</p>	<p>23.- A la luz del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el estudio de la culpa de la víctima debe versar sobre las conductas realizadas por la persona privada de la libertad vinculadas al proceso penal, lo que excluye el estudio de aquellas preprocesales que ya fueron objeto de estudio por parte del juez penal. El hecho de que el sindicado sea <<sospechoso>> de un delito no puede considerarse como constitutivo de culpa de la víctima.</p> <p>24.- En este caso no está demostrado que la medida de aseguramiento dictada contra Hernán Calderón Soto se haya originado en una conducta procesal suya porque: (i) su captura se originó en la declaración y acusaciones efectuadas por los señores Jorge Enrique Franco Casallas, Henry Herrera Ordoñez, Héctor Barrera Forero y Nelson Alfonso Herrán Gómez, empleados de la empresa (<i>supra</i> párr. 14.2 a.); (ii) a lo largo de la investigación adelantada por la Fiscalía, el demandante insistió en su inocencia controvirtiendo a través de recursos las decisiones adoptadas por el ente acusatorio.</p> <p>25.- Aunque en la medida de aseguramiento el Fiscal del caso manifestó que el sindicado Calderón Soto había aceptado su participación en los hechos delictivos investigados -afirmación que fue tenida en cuenta por el <i>a quo</i> para establecer la legalidad de la actuación y la negativa de las pretensiones de la demanda-, este hecho ya fue desvirtuado por la Sala en el estudio de la ilegalidad de la medida de aseguramiento. Revisada la indagatoria y su ampliación, se observa que contrario a lo expuesto por el Tribunal, el sindicado se limitó a poner en conocimiento de las autoridades los hechos que le constaban en su calidad de conductor de la empresa, en torno a la actividad desplegada por el capitán Gabriel Leal Preciado como Jefe de Seguridad de Servientrega. En consecuencia, no es cierto que la víctima directa del daño hubiese aceptado responsabilidad en la comisión de las conductas de estafa, extorsión, favorecimiento, concierto para delinquir y contrabando, pues a lo largo del proceso insistió en su inocencia y en que se limitó a cumplir las órdenes impartidas por su superior.</p>
<p>05001-23-31-000-2006-03426-01(47231) del 13/02/2020. MP Ramiro Pazos</p>	<p>13. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018²⁴ estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad de la que en este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la</p>

²² Ibidem. Acápites 106.

²³ Ibidem. Acápites 106.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

	<p>libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.</p>
<p>05001-23-31-000-2002-04754-02(44819) 06/02/2020 M.P. ALBERTO MONTAÑA PLATA</p>	<p>1. Así las cosas, con independencia del régimen de responsabilidad, el daño es el primer elemento que debe confluir a efectos de una declaratoria de responsabilidad del Estado. En este sentido, en el proceso de la referencia, no se observa prueba alguna que permita tener por cierto el daño alegado, pues si bien en la demanda se indicó que el señor Fredy Tobón Jiménez estuvo privado injustamente de la libertad por aproximadamente 1 año, sólo obra en el expediente copia de la resolución que precluyó la investigación a su favor, en la que si bien consta que se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, no se indica cuánto duró, y si esta se hizo efectiva.</p> <p>2. Además, se advierte que nunca se allegó copia del proceso penal, y que la parte actora, quien era la que tenía la carga de la prueba, tal y como lo prevé el artículo 167 del CPC25, tampoco procuró su consecución. Así mismo, si bien se decretaron los testimonios solicitados por ella²⁶, no fue posible su recepción porque no asistieron a la diligencia los testigos, ni el apoderado.</p> <p>3. Igualmente, se observa que mediante providencia de 9 de abril de 2008²⁷, se declaró desistido el dictamen pericial solicitado también por la parte demandante, debido a que no pagó los honorarios del perito, razón por la cual la Sala concluye que, con base en el escaso material probatorio, no es posible establecer con certeza el daño alegado.</p> <p>4. Finalmente, es necesario precisar que, tal y como señaló el recurrente, el juez tiene la facultad de decretar pruebas de oficio, sin embargo, con ello no es posible suplir la carga probatoria que incumbe a las partes.</p>
<p>Rad. 05001-23-31-000-2011-01354-01 49447 del 11/12/2019 C.P. NICOLÁS YEPES CORRALES</p>	<p>En otras palabras, en cuanto al necesario examen de la antijuridicidad del daño que se discute en el juicio de responsabilidad por una privación injusta de la libertad, se exige constatar si la orden de detención y las condiciones bajo las cuales esta se llevó a cabo se apegaron a los cánones legales y constitucionales o no, e igualmente si el término de duración de la medida de restricción fue excesivo, <u>así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional²⁸, de donde, si la detención se realizó de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entenderá que el daño carece de antijuridicidad y por lo tanto quien lo sufrió no tendrá derecho a que se le indemnicen los perjuicios por su padecimiento.</u> Así, cuando el operador jurídico o el ente acusador levanta la medida restrictiva de la libertad que pesaba sobre una persona, independientemente de la causa de dicha decisión, debe realizarse el análisis pertinente bajo la óptica del artículo 90 Superior, con el fin de identificar la antijuridicidad del daño que se discute.</p> <p>En el anterior sentido, el primer examen debe hacerse sobre la medida cautelar misma, pues su apego a la normatividad implica la juridicidad de la afectación, que tiene un efecto definitorio de la solución jurídica que se otorgue a la demanda en la medida en que, en el régimen colombiano de responsabilidad del Estado, este responde únicamente por los daños antijurídicos que cause en desarrollo del principio <i>alterum non laedere</i>, pero no de aquellos que haya amparo en el ordenamiento. Deberá establecerse si el detenido causalmente contribuyó y determinó con su actuar doloso o gravemente culposo la detención, para estimar si debe asumir las consecuencias de su actuación que pudo sentar las bases para que se adoptara la medida restrictiva de su libertad.</p>

²⁵ "Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...)"

²⁶ Folios 156-157 del C1.

²⁷ Folios 175-176 del C1.

²⁸ *Ibíd.*

	<p>... Así entonces y a pesar que la investigación adelantada en contra de Nicolás de Jesús Guzmán García precluyó a su favor, se deduce claramente para efectos de la imposición de la medida de aseguramiento que la Fiscalía General de la Nación cumplió a cabalidad las funciones a ellas encomendadas en la Ley, en el entendido que dicha medida estuvo sustentada en pruebas directas que daban cuenta de su responsabilidad en la comisión de los delitos de concierto para delinquir y constreñimiento al sufragante, así mismo, obedeció a la gravedad del delito y a buscar su comparecencia al proceso, lo que en consecuencia devela que su detención no comporta un daño antijurídico ya que las autoridades judiciales requerían determinar su autoría o participación, toda vez que, se itera, de las pruebas aportadas hasta ese momento se podía inferir su participación en los hechos materia de investigación.</p> <p>Recuérdese que la Fiscalía General de la Nación está obligada, según lo establece el artículo 250 de la Constitución Política “(...) a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que llegue a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”, de lo cual se concluye que el ordenamiento jurídico le impone a todos los ciudadanos la carga de soportar una investigación penal, cuando medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del delito y la responsabilidad del sindicado, circunstancia que, <i>per se</i>, no implica la vulneración de la presunción de inocencia o el debido proceso²⁹.</p> <p>Así entonces, se concluye que el daño alegado no tiene el carácter de antijurídico, por haberse derivado de una actuación de la Administración ajustada a derecho, frente a la cual la parte actora no puede pretender indemnización de perjuicios, toda vez que la medida de aseguramiento decretada en contra de Nicolás de Jesús Guzmán García se sustentó en pruebas testimoniales y obedeció a la gravedad del delito y a buscar su comparecencia al proceso.</p> <p>En consecuencia, la Sala revocará la sentencia del 2 de junio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.</p>
--	---

Así las cosas, ha definido el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, “*el hecho de que una persona resulte privada de la libertad en el marco de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración*”.

4.2.5. Derechos de los menores y delitos contra la libertad sexual

La Constitución Política, en el artículo 13 establece el deber de protección especial que tiene el Estado, la Sociedad y la Familia frente a los niños, niñas y adolescentes en consideración a la condición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo. Posteriormente, este deber de protección se reseña en el artículo 44 constitucional que declara que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás, aspecto ampliamente desarrollado por esta Corporación en numerosa jurisprudencia, resaltando entre los enunciados la protección a su integridad física y especialmente la protección contra toda forma de abuso sexual.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 17 de septiembre de 2018, Rad.: 43.509.

Al respecto, en la sentencia T-397 de 2004 se resaltó que el interés superior del niño y la prevalencia de sus derechos sobre los demás deben guiar la actividad administrativa y judicial, así:

“... las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela– deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”

Es por ello, que el Estado y sus habitantes deben propender por evitar que las conductas que constituyan abuso contra la libertad sexual de un menor, no sean aceptadas y mucho menos propagadas o dejadas sin su debida sanción; puesto que ello constituye una forma denigrante y repulsiva de atentar en contra del desarrollo integral de un menor de edad.

De igual forma distintos instrumentos de derecho internacional[13] han reconocido de manera especial los derechos de los niños, niñas y adolescentes: la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

También es procedente traer a colación las consideraciones del Consejo de Estado frente a la actual situación de violación de derechos de niños y adolescentes en el país en donde la violencia sexual contra los niños y niñas denota la grave decadencia de valores en la sociedad. Los hechos de violencia en contra de este segmento de la población pueden estar relacionados con maltrato físico y psíquico intrafamiliar, abuso y explotación laboral, económica o sexual, y pueden ser temporales o permanentes³⁰.

La ley penal colombiana castiga de manera especial el abuso sexual en niñas y niños menores de 14 años por la realización de actos sexuales abusivos, prácticas sexuales que por lo general se acompañan de intimidación, chantaje, soborno, engaño, manipulación o amenazas, sin que tal como lo menciona la Corte Constitucional se deje de penar los delitos contra los menores que superen dicha edad.

El abuso y la explotación sexual son definidos por el Comité de Derechos del Niño, en su Recomendación N° 13, así:

Constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. a. Incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial. b. La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial. c. La utilización de un niño para la producción de imágenes o

*grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños. d. La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo*³¹.

El abuso y la explotación sexual infantil representan graves violaciones a los derechos del niño, a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar y al derecho a ser protegido contra toda forma de violencia. Lo anterior, según lo dispuesto por la Convención sobre los derechos del niño de 1989³² y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 24)³³.

En este punto se destaca que la ley de infancia y adolescencia, Ley 1098 de 2006, consigna las siguientes repercusiones para procesos penales contra menores:

- El Estado tiene el deber de investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.
- En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley
- Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta entre otros los siguientes criterios específicos: 1. Dará prioridad a las diligencias, pruebas, actuaciones y decisiones que se han de tomar 2. Se abstendrá de aplicar el principio de oportunidad y la condena de ejecución condicional cuando los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas del delito, a menos que aparezca demostrado que fueron indemnizados. 3. Ordenará a las autoridades competentes **la toma de medidas especiales para garantizar la seguridad de los niños, las niñas y los adolescentes víctimas y/o testigos de delitos y de su familia, cuando a causa de la investigación del delito se hagan necesarias**. 4. Se abstendrá

³¹ En el análisis jurídico de la Observación General N.º13 hace énfasis en los siguientes puntos: i) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial; ii) la utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial; iii) la utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños; iv) la prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado.

³² 30 Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño. Colombia ratificó la Convención sobre los derechos del niño por medio de la Ley 12 de 1991. La Declaración de los Derechos del Niño precisa "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

³³ El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, señaló que el abuso sexual "es la realiza[ción de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades, i) recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; ii) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; y/o iii) abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia": Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Es el primer tratado internacional que desarrolla el abuso sexual infantil, celebrado en Lanzarote, España, el 25 de octubre de 2007.

de decretar la detención domiciliaria, en los casos en que el imputado es miembro del grupo familiar del niño, niña o adolescente víctima del delito.

- Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: **1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión.** No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad, previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004. **2.** No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004. **3.** No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios. **4.** No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal. **5.** No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal. **6.** En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004. **7.** No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004. **8.** Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

La simple revisión de normas da cuenta de un estado del arte donde es posible la medida de aseguramiento de detención en centro de reclusión, en tratándose de menores y otra serie de medidas para asegurar el bienestar de los menores, que se entienden están en un estado de vulneración especial, tal como lo determinó el Juzgado de Control de Garantías.

Resulta innegable que Colombia ha avanzado en las políticas criminales instituidas para atacar esta clase de delitos, no obstante, el arraigo histórico - cultural de minimizar las conductas sexuales inapropiadas, abusivas y violentas con menores de edad y mujeres, ha hecho que tanto el aparato legislativo, como el jurisdiccional no adopten las medidas preventivas necesarias para que este tipo de delitos no sigan siendo perpetrados y continúen quedando impunes.

Se procede entonces a realizar el análisis de los presupuestos para la configuración de la privación injusta de la libertad:

4.2.6. Caso concreto

Dentro del caso que nos ocupa se encuentra probado que Francisco Javier Sánchez Sánchez, fue vinculado al proceso penal seguido por actos sexuales con menor de catorce años y contra este el Juzgado 18 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías dispuso ordenar medida de aseguramiento en establecimiento carcelario el 6 de marzo de 2015 (Fls. 231-232). Ingresó al establecimiento carcelario de Bogotá el 05 de marzo de 2015 y su reclusión se extendió hasta el 29 de marzo de 2017 (fl. 60).

Para determinar la ausencia de un daño antijurídico, este despacho realizará un análisis de los principales hechos, a la luz del acervo probatorio que reposa en el plenario, una revisión de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida

de aseguramiento y una verificación de los mismos puntos sobre el fallo de primera instancia.

i. Se tiene como consideraciones fácticas las siguientes:

- a. El 2 de marzo de 2014 en el informe pericial de clínica forense el profesional Especializado forense allí consigna:

“... la niña no relata nada con respecto a lo que le haya pasado. Dice que en una pieza duerme ella en una cama de bebé y el hermano en otra cama; en otra pieza duermen la mamá y Javier, juega con Javier y le hace cosquillas. Durante el examen físico manifiesta que Javier le toca la vagina con la mano...”³⁴.

- b. El 25 de marzo de 2014 se realizó por Isabel Cristina Díaz Alonso entrevista de cámara Gessel de la niña BSTO la menor refirió que “*Javier me tocó la vagina*” lo identifica como el novio de la mamá grande, dijo que le bajó los pantalones, señaló que hasta los tobillos cuando estaba en la cama al rincón, la menor estaba dormida y que la mamá vio que le estaba bajando los pantalones.

La niña indicó que él le bajó los pantalones porque pensó que ella estaba orinada y que él le dijo que no le dijera a la mamá, le bajo los “*cucos*” cuando estaba dormida y tapada con la cobija y con las manos le quitó la cobija y le dio besos en la boca y el entró dos veces al cuarto estando la luz apagada y el tenía linterna, le hizo en la vagina con las manos “*la menor muestra que le pasó la mano por su zona genital*” de manera brusca, se despertó³⁵.

- c. El Juzgado 24 Penal Municipal el 10 de septiembre de 2014 libró orden de captura en audiencia reservada en contra de Francisco Sánchez Sánchez (fl. 254)
- d. El 6 de marzo de 2015 el Juzgado 18 Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías realizó audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación y ordenó medida de aseguramiento en establecimiento carcelario (fl. 231-239 c.1) por actos sexuales con menor de catorce años, agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

El señor Sánchez fue investigado por el presunto delito de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, sobre B.S.T.O. establecido en el artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008, que dice: “*El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años*”.

El hoy actor fue capturado por orden dada por el Juzgado 24 de Garantías el 10 de septiembre de 2014 (fl. 231)

En la misma audiencia se concedió el recurso de apelación en efecto devolutivo.

Además, se concedió la medida de aseguramiento conforme al a la Ley de Infancia y Adolescencia y se concedió el recurso de apelación ante los Jueces Penales del Circuito de Conocimiento (fls. 231-239 c.4).

³⁴ Ver folio 156

³⁵ Ver folio 150

- e. El Fiscal Seccional 73 radicó escrito de acusación el 5 de mayo de 2015 (Fl. 16-17 y 221-230 c.1).

Allí se adujo que Paula Andrea Ospina el 2 de marzo de 2014 siendo las 12:35 de la madrugada llamó a la Policía Nacional a reportar que su hija B.S.T. de escasos 4 años “*había sido abusada sexualmente*” por su compañero sentimental Francisco Javier Sánchez quien en aparente estado de embriaguez manifestó que momentos antes el señor se encontraba en actitud sospechosa por lo que decide levantarse de su cama y desplazarse hasta la habitación de su hija BST, encontrándolo arrodillado junto a su menor hija y esta con leguis y ropa interior abajo, razón por la cual de forma inmediata es trasladada la menor a la clínica Juan N. Corpas para su atención médica.

En el primer examen sexológico a la menor no se encontraron lesiones aparentes, pero en el que la misma señala “...*que Javier le toca la vagina con la mano...*”, no descartándose su dicho porque este tipo de actos no dejan ningún tipo de secuela. Así mismo se llevó a cabo la entrevista psicológica forense a la víctima quien de forma clara refirió que “...*Javier me tocó la vagina...*”, identificándolo como el novio de la mamá dice que le bajo los pantalones, señalando hasta los tobillos, cuando estaba en la casa dormida, que le dijo no le dijera nada a la mamá, que la luz estaba apagada y que tenía una linterna³⁶.

Presentan:

Declaración del primer respondiente.

Declaración de la menor

Declaración de la mamá

Declaración de la médico Clínica Dra. Susy Viviany Sánchez Charry quien atendió por pediatría a la menor

Declaración del Dr. Álvaro Arturo Guerrero Delgado Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, persona que practicó el examen sexológico a la menor

Declaración del Psicólogo del C.T.I. Isabel Cristina Alonso quien entrevisto psicológicamente a la menor

Declaración de PT Fredy Yesid Villarraga Díaz quien efectuó el procedimiento

Agregaron:

La denuncia.

Copia Historia Clínica

Informe técnico de medicina legal

Informe entrevista psicológica

Entrevista psicológica medio magnético (cámara de Gesell)

El informe técnico de entrevista psicológica

Entrevista de Paula Andrea Ospina Castellanos (madre de la víctima)

- f. El 27 de mayo de 2015 el Juzgado 15 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá confirmó la decisión del Juzgado 18 Penal Municipal con Función de Garantías que declaró la legalidad del procedimiento de captura (fl. 231 c.1).

³⁶ Ver folio 228.

- g. En audiencia del 23 de noviembre de 2016 la psicóloga Isabel Cristina Díaz Alonso (récord 04.14) (fl. 146) quien trabaja en la Unidad e Reacción Inmediata de Puente Aranda con el CTI, refirió que le 18 de marzo de 20147 realizó entrevista forense a la niña BSTO conforme al protocolo SATAC, la niña señaló que: reconoció las partes del cuerpo en las figuras femeninas y masculinas. En el escenario de abuso señaló que Javier le bajo los pantalones y los cucos, le tocó la vagina con la mano, que era de noche, que estaba cerca de ella, que el había estado tomando cerveza y vino³⁷, fue espontaneo y el relato es compatible con abuso sexual.
- h. El 20 de febrero de 2017 en tercera acta de audiencia oral ante el Juzgado 32 Penal del Circuito de Conocimiento se consignó se consignó que:

El Patrullero Nelson Enrique Rodríguez adscrito al CAI de Suba y primer respondiente afirmó que al llegar al lugar una señora llorando le afirmó que con quien vive se tomó unas cervezas y se fue adormir, describió que ella se levantó a la habitación de su hija y vio a la niña con los leguis abajo, que el señor Sánchez Sánchez manifestó que si había tomado unas botellas de cerveza y que adujo que era una represalia de su compañera por algunos problemas, el testigo afirmó que cuando llegó el señor Sánchez estaba tranquilo pero Paula Andrea estaba angustiada y de mal genio y la niña asustada.

La médica Susy Viviany Sánchez Charry trabaja e la clínica Juan N. Corpas servicio urgencias noche indicó que atendió el caso, la niña ingresó pero el interrogatorio se lo hizo a la mamá quien adujo que la niña había sido víctima de tocamientos por parte de su compañero, que el había ingresado 3 veces a la habitación de la menor, por lo que fue a ver la habitación dela niña y la encontró con las prendas de vestir de la cintura para abajo y que la niña le manifestó que Javier le había hecho tocamientos en sus partes íntimas, refiere que los tocamientos no dejan huella a menos que sean violentos y que le relato de la menor es compatible con abuso sexual y se introdujo al proceso copia de la historia clínica³⁸.

- i. En audiencia de juicio oral del 28 de marzo de 2017, se indicó que pese a las múltiples citaciones la demandante no fue posible ubicarlas.

Allí se señaló que la psicóloga experta del CTI indicó que la niña le contó que Javier el novio de la mamá le tocaba la vagina con al mano que eso ocurrió varias veces narración coherente y consistente³⁹.

- j. El 26 de mayo de 2017 el Juzgado 32 Penal del Circuito con Función de Conocimiento emitió fallo absolutorio con relación a los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años en circunstancias de agravación y absolutorio con relación a los hechos del 2 de septiembre de 2013 relacionados con la misma víctima (fl. 219-221 y 223-250).

La decisión de primera instancia se encontró justificada en la siguiente argumentación:

“... así mismo a minuto” 18:12 la sicóloga Isabel Cristina Diaz Alfonso, puso de presente que le realizó A ja niña una entrevista forense y no psicológica, con lo que buscaba tener conocimiento del hecho, más no de la persona como tal, por consiguiente no podría confirmar si la menor estaba diciendo una verdad o una

³⁷ Ver folio 146

³⁸ Ver folios 305-307

³⁹ Ver folio 302

mentira, sin embargo indicó que la menor le refirió que Javier le tocó la vagina, dice que le bajo los pantalones hasta los tobillos, cuando ella estaba en la cama al rincón y la menor estaba dormida y la mamá vio que le estaba bajando los pantalones y por eso llamó a la policía, por lo anterior debe señalarse que no hay certeza de lo que dice la infante y hasta donde es lo que reproduce la mamá.

Se puede colegir que dichas pruebas no son suficientes para condenar al señor Francisco Javier Sánchez, pues en primer lugar la menor no aportó información fehaciente y sólida en juicio, toda vez que no compareció, por lo que toda su declaración es basada en la entrevista realizada por la psicóloga y en segundo lugar la denunciante, esto es la madre de la menor B.S.T.O quien tampoco asistió al juicio pese a las constantes citaciones y requerimientos que se le hicieron, pues por ser la única testigo era indispensable su comparecencia al proceso, por lo que todo está en el campo de lo probable pero no de la certeza y para condenar se requiere ese grado de certeza.

En ese orden, con lo único que se cuenta es con la noticia criminal y el contenido de la entrevista de la menor, pero si esa información extraprocesal no es demostrada en juicio, mediante los medios probatorios idóneos para tal fin, no podrá sostenerse la forma como, según el ente acusador se desarrollaron los hechos, ni puede concluirse que se demostró la ocurrencia del acto ilícito y si esa base inicial, esencial por lo demás, no pudo probarse, innecesario resulta y estudio de los demás componentes del injusto penal.

(...)

El principio de in dubio pro reo, le impone al operador judicial la absolución, en caso de que las pruebas lo conduzcan precisamente a ese estado, es decir, cuando no se arriba al convencimiento más allá de la duda racional a través de los diferentes medios de convicción aportados en el juicio oral.

Bajo tal entendido, si un aspecto estructural del hecho punible, dígame autoría, antijuridicidad o culpabilidad no logra su demostración al ser valorado el conjunto de pruebas, se impone legal y constitucionalmente aplicar el principio de resolución de la duda a favor del procesado.

La duda como principio básico del derecho penal, obliga al juez a resolverla al favor del acusado, porque éste siempre estará cobijado por la ya mencionada presunción de inocencia y mientras no sea derrumbada, no se podrá impartir un juicio de autoría o de responsabilidad penal contra una persona.

(...)⁴⁰ (audio siete NO. 110016000002320140348100_11001310907-4.119 cd fl. 31).

ii. Razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento

En cuanto a los requisitos para decretar una medida de aseguramiento, el artículo 308 de la Ley 906 de 2009 prevé que el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

Este despacho encuentra que los hechos en principio eran investigables, en tanto que la menor de 4 años señaló a Francisco Javier Sánchez Sánchez como quien realizó las conductas que dieron lugar a la investigación presuntamente justo después de los hechos, según entrevista de cámara Gessel de la niña BSTO el 25

⁴⁰ Vero folios 121-132

de marzo de 2014⁴¹ de modo tal que, en el momento de imponerse la medida de aseguramiento se encontraba justificada.

Es clara, además, la aplicación del principio *pro infans*⁶⁰, en la garantía del interés superior del infante como sujeto de protección reforzada frente a las garantías procesales del otro sujeto procesal, sumado a la declaración de la madre y la psicóloga del CTI, y el informe sexológico que no descartaba actos sexuales abusivos, siendo suficiente material probatorio para su expedición.

Es necesario precisar respecto a la labor de la Fiscalía y del Juez 18 Penal con función de Control de Garantías que en la audiencia preliminar el defensor del hoy petente, se opuso a la legalización de esta por medio de la apelación decisión que fue confirmada (237-239 y 231 c.1).

La menor manifestó las circunstancias en las que sucedieron los hechos sin dubitación, describiendo actos sexuales claros, coherentes⁴². Además, en ningún momento se cuestionó el relato como inverosímil o inventado por la defensa o por cualquier interviniente, es más se adujo como argumento de defensa que no se realizó estudio alguno que permitiera saber si era verdad o mentira lo afirmado.

Se destaca que la valoración probatoria del juez de control de garantías, conforme a la autonomía del juez, justifica que en su momento se considerara la existencia del hecho y que fue perpetrado por el acusado; en el *sub lite* a juicio de esta juzgadora la privación de la libertad no fue antijurídica existiendo suficiente material probatorio para justificar la argumentación de la medida de aseguramiento, máxime cuando no se aclaró que la conducta no fuera efectuada por el aquí demandante sino que el fallo de primera instancia fue en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Clara ha sido la jurisprudencia constitucional en establecer que todo acto de índole sexual con un menor de edad es abusivo, ello teniendo en cuenta el estado de vulnerabilidad y la incapacidad volitiva de los mismos, aunado a las condiciones físicas y psicológicas que aventajan al victimario.

En consideración de esta jueza los argumentos planteados por la Fiscalía y acogidos por el juez de control de garantías son razonables frente a las exigencias de la Ley 906 de 2000, razón por la cual no se estaría ante unas providencias groseras a la luz del derecho penal. Son proporcionales al sustentarse adecuadamente en pruebas recaudadas dentro de la investigación.

Frente a este tipo de delito el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 199 indican que cuando hubiere mérito para proferir la medida de aseguramiento esta es siempre en establecimiento de reclusión sin beneficio alguno.

Una vez realizado este análisis se evidencia que la medida de aseguramiento se sustentó en el Código de Infancia y Adolescencia, aunado a medios probatorios suficientes que justificaron su imposición; asunto distinto es que, durante el desarrollo del proceso, con una valoración diferente material probatorio obtenido se lograra la absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, la interpretación favorable ante la existencia de dudas respecto a que la conducta haya sido realizada por el sindicado.

Por lo expuesto ante la existencia de la normatividad de protección a la infancia y adolescencia es una carga que tenía que soportar el aquí demandante por verse involucrada unos menores los cuales merecen una especial protección.

⁴¹ Ver folio 150

⁴² Ver folio 150

Existió entonces un cambio en la forma en que se interpretaron las pruebas y no da lugar *per se* a la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que la imposición de la medida de aseguramiento resulta razonable frente a las pruebas del plenario, tal y como lo ha sostenido el C.E. en sentencia 68-001-23-31-000-2006-003247001 del 6 de febrero de 2020.

Los argumentos de los funcionarios de la Fiscalía y del Juez de Garantías fueron razonables, sustentando su decir en declaraciones obrantes en el proceso penal que apuntaban a la comisión de actos sexuales con un menor de 14 años y atendieron a la protección especial del menor, dispuesta en la normatividad actual. Examinando el expediente se encuentra que sus decisiones se ejecutaron de forma motivada, sopesada y coherente, cumpliendo con lo establecido en la Ley, razón para negar las pretensiones tal y como lo señala la sentencia 2500023260002011013001 del 25 de octubre de 2019 (47518).

5. COSTAS

En el caso bajo estudio el despacho no encontró fundamentos suficientes para condenar en costas a la parte vencida, razón por la que se abstuvo de reconocer ese concepto en esta instancia (artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 365 del Código General del Proceso).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C – SECCIÓN TERCERA** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: TENER por saneado el proceso por cuanto Ana Belisa Sánchez Sánchez es también demandante en el presente proceso, hecho que fue omitido en el auto admisorio.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la sentencia, remítase el expediente al competente para la liquidación de los gastos procesales y devolución de remanentes si los hubiere.

QUINTO: Cumplido lo anterior, por Secretaría archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDITH ALARCÓN BERNAL
JUEZA

AMP

Firmado Por:

**Edith Alarcon Bernal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
61
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

8e6507e4a5680adb8f02311b35d5fdcc96c982e19de0468e975965d0a7a8f07c

Documento generado en 06/10/2021 04:35:28 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**