

**JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN TERCERA**

M. DE CONTROL: Reparación Directa

RADICACIÓN: 11001334306120190029400

DEMANDANTE: Ana Erlinda Tunjano Reina y otros

DEMANDADO: Nación – Rama Judicial y Nación – Fiscalía General de la Nación

AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

En Bogotá, el veinticinco (25) del mes de enero de 2022, el JUZGADO SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN TERCERA, declaró formalmente instalada y dio inicio a la continuación de la audiencia de que trata el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, a las dos y media de la tarde (240 p.m).

Se advierte que la audiencia se realizará mediante la plataforma Lifesize, razón por la que se deja constancia de que la Jueza y el secretario Ad Hoc Oskar Andrés Ramón se encuentran vinculados mediante link previamente informado en audiencia a las partes procesales y demás intervinientes.

En cuanto a las instrucciones para la práctica de la diligencia se ponen de presente las siguientes:

a. Los micrófonos de los asistentes deben estar en silencio y solo podrán ser activados cuando la Jueza conceda el uso de la palabra a cada una de las partes, en consecuencia, solo se dará el uso de la palabra a un interviniente a la vez. Cuando la parte concluya su intervención esta debe poner en silencio su dispositivo.

c. Las cámaras de los intervinientes deben estar activas a fin de verificar su presencia y atención a la diligencia.

d. Para solicitar el uso de la palabra, el interesado debe hacer uso de la herramienta “levantar la mano” tras lo cual se le concederá el uso de la palabra.

d. Sí el apoderado o alguno de los intervinientes pierde la conexión en el transcurso de la diligencia éste deberá comunicarse de forma inmediata al abonado telefónico 3052627280 dispuesto por el despacho e indicar el inconveniente presentado. Adicionalmente deberá allegar vía correo electrónico prueba siquiera sumaria de la imposibilidad de conexión o de retomar la misma, esto puede ser mediante un screenshot de su pantalla, tras lo cual la Jueza tomará la decisión procesal que estime conveniente.

e. Si alguno de los apoderados requiere allegar al proceso documental que pretenda hacer valer como medio de prueba o dar crédito de alguna situación procesal, deberá contar con copia en medio magnético del mentado

documento y remitirlo al correo electrónico indicado por el Despacho, así como a los correos electrónicos de la(s) contraparte(s).

f. Los intervinientes no pueden conectarse simultáneamente a través de dos o más dispositivos puesto que esto genera interferencia, e inconvenientes en la grabación de la diligencia.

g. Se solicita a los participantes de la diligencia, remitir a través del chat de la video llamada fotografía digital de su documento de identidad y en el caso de ser apoderados de su tarjeta profesional, a fin de verificar su identidad. h.

Se deja constancia que minutos antes se efectuó prueba de conexión y sonido para llevar la presente audiencia con éxito.

i. Finalmente, se indica a los asistentes que la diligencia será grabada de conformidad con lo establecido en el Artículo 107 del Código General del Proceso y de la misma se levantará la respectiva acta.

j. La vídeo grabación se inició siendo las 2.39 pm.

1.- Identificación de las partes

1.1.- Demandantes:

Ana Erlinda Tunjano Reina
Julia Reina
Heidy Lorena Díaz Tunjano
Jonattan Miller Díaz Tunjano

1.2.- Demandadas:

Nación – Fiscalía General de la Nación
Nación – Rama Judicial

2.- Asistentes:

La abogada Ludy Clareth Suárez Camacho quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 52.742.989 y tarjeta profesional número 150.368 como apoderada de la parte actora, correo electrónico: suarez.clareth@gmail.com, celular 3002942839.

La abogada María del Rosario Otálora Beltrán quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 31.936.714 y tarjeta profesional número 87484, como apoderado de la Nación – Fiscalía General de la Nación, correo electrónico jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co y maria.otalora@fiscalia.gov.co, celular 3013371343.

El abogado Fredy de Jesús Gómez Puche quien se identifica con cédula de ciudadanía número 8.716.522 y tarjeta profesional número 64.570, como asistente, correo electrónico: fgomez@deaj.ramajudicial.gov.co celular 3202091885.

3.- Saneamiento

Se declara saneado el proceso hasta esta instancia.

4.- Alegatos

Intervinientes	Récord	Intervención
Parte Actora	5.33	<p>Se pide acceder a las pretensiones formuladas en la demanda y por ende se declare la responsabilidad de las accionadas. En los hechos queda claro que la señora Tunjano fue privada de la libertad el 11 de noviembre de 2014, el Juzgado 76 Penal Municipal con función de control de garantías con medida de aseguramiento privó de la libertad de la hoy actora. El Juzgado 24 Civil de Circuito dio sentido de fallo el 6 de marzo resolviendo la litis absolviendo a los imputados. En sede de segunda instancia se revocó la decisión frente al otro imputado. En sede de casación se resolvió confirmar el fallo de primera instancia. La retractación de la presunta víctima fue clara, la cual se sustentó en una nueva versión de la niña. Sin embargo, no se la da por los falladores penales de la verdad sobre esta última versión y por in dubio pro reo se declara la absolución.</p> <p>Desde el punto de vista normativa primero se debe ver el perjuicio, luego el nexo con la decisión judicial, que se halla puesto los recursos y que exista el error. El Consejo de Estado ha dicho que entiende por error judicial la desatención de la ley, los precedentes judiciales o los principios.</p> <p>El daño antijurídico no se da solo por la medida de aseguramiento, sino por el proceso en su conjunto, en donde participaron tanto funcionarios de la Rama Judicial como de la Fiscalía que se limitan a dar traslado al código de infancia y adolescencia solo para dar lugar al aseguramiento en centro carcelario. Las providencias que absolvieron a la señora Ana Erlinda Tunjano Reina da lugar a responsabilidad del estado según lo ha determinado jurisprudencia.</p> <p>Considera la demandante que existe responsabilidad de las entidades.</p>
Fiscalía	20.21	<p>Se solicita que las pretensiones de la demanda sean negadas, la señora Tunjano no tuvo una privación de la libertad injusta. En cuanto a la ley que reglamentó el proceso penal esto fue mediante la ley 906 de 2004 y dio funciones específicas a los fiscales y a los señores jueces. El fiscal tenía suficiente material probatorio para pedir que se capturara a los indiciados. Solo en juicio dada la retractación de la menor, se emitió un fallo absolutorio que solo se dio en aplicación del principio in dubio pro reo y no porque existiera certeza de la no comisión de un delito de tan alta connotación. Dentro del delito imputado no existen subrogados penales por disposición del legislador. Se pide que se dé aplicación del principio</p>

		<i>pro infans</i> . No hay un defectuoso funcionamiento por ausencia de pruebas.
Rama Judicial	30:00	En el caso que nos ocupa no puede alegarse que hubo una privación injusta de la libertad, porque lo injusto es ilegal y aquí la privación se dio en cumplimiento de los requisitos de la medida. Se tuvo en cuenta la Constitución y en la Ley 1098 que desarrolla el principio <i>pro infans</i> que trae la normativa constitucional. Precisamente un delito contra un menor de 14 años tiene una sensibilidad altísima en el Estado Colombiano, tanto es así, que la pena fuera la cadena perpetua y si bien la ley se cayó, este tipo de conductas es de interés de la sociedad. Con la Ley 906 hay que tener en cuenta que el proceso tiene diferentes etapas. El Juez de Garantías puede dictar medidas de aseguramiento tras la solicitud del fiscal, aquí el juez 86 penal municipal era adecuada, porque llenaba los requisitos de ley y era la ley la que le solicita tomar esa medida. La noticia criminis venía de la misma víctima es decir que la causa eficiente de la detención no procede del Juzgado 76 sino de la noticia criminis que hizo que el juez aplicará lo que la ley 1098 exige, no le da la oportunidad al juez otra posibilidad. Ahí el juez de garantías no determina si es inocente o culpable el indiciado, luego de las pruebas el juez de conocimiento puede absolver. En este caso se dio la absolución por la retractación de la víctima y lo hizo por duda. Aquí es importante reiterar que no toda privación de la libertad deviene en injusta, solo cuando es arbitraria da lugar a la injusticia. Finalmente se pide que se tenga en cuenta el pronunciamiento de la SU 072 donde se determinó que la responsabilidad objetiva es excepcional.
Ministerio Público		No asistió

Escuchadas las partes se procede a emitir sentencia oral en los siguientes términos:

SENTENCIA ORAL No. 10

5.- Problema(s) Jurídico(s)

El problema jurídico principal con fundamento en el caudal probatorio es determinar si son responsables o no patrimonialmente las entidades demandadas Nación – Fiscalía General de la Nación y/o Nación – Rama Judicial, por los presuntos perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes, como consecuencia de la presunta privación injusta de la libertad de la señora Ana Erlinda Tunjano Reina dentro del proceso penal 110016000049201314588 adelantado por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá.

¿Se generó un daño antijurídico a causa de ello? ¿Es imputable tanto material como jurídicamente a las demandadas?

Una vez resuelto lo anterior, determinar si se configuró una causal exonerativa de responsabilidad.

6.- TESIS DE LA PARTE ACTORA

Se sostuvo que el 11 de noviembre de 2014 Ana Erlinda Tunjano Reina fue capturada y privada de su libertad. Ese mismo día el Juzgado Setenta y Seis Penal Municipal de Control de Garantías dio inicio a la audiencia de legalización de captura, imputación de cargos por actos sexuales con menor de 14 años agravado e imposición de medida de aseguramiento, siendo esta última dispuesta en establecimiento carcelario.

El 6 de febrero de 2015 la Fiscalía presentó escrito de acusación.

El 17 de marzo de 2015 el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá llevó a cabo audiencia de formulación de acusación en la cual fue atribuida la autoría en concurso de conductas del delito precitado a la señora Tunjano.

Tras la práctica de las pruebas el 6 de marzo de 2017 se anunció sentido de fallo absolutorio y se ordenó la libertad inmediata de los procesados. El 8 de mayo de ese año se leyó la sentencia en su integridad.

El Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal, en audiencia del día 25 de agosto de 2017 resolvió: 1) confirmar parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a Ana Erlinda Tunjano Reina de los cargos formulados en la acusación. 2) Revocar en lo restante el fallo aludido en lo atinente al procesado Dagoberto Buitrago y en su lugar condenarlo a la pena principal de 166 meses de prisión como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, de igual modo a la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso antes indicado para la privativa de la libertad. 3) Negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra este pronunciamiento se interpuso recurso de casación, únicamente en lo referente al señor Dagoberto Buitrago.

La responsabilidad de la accionada la deriva la parte actora de la Privación del derecho fundamental de la libertad de Ana Erlinda Tunjano Reina que no estaban en el deber de soportar ésta y sus familiares Julia Reina, Heidy Lorena Díaz Tunjano y Jonattan Miller Diaz Tunjano.

Resaltó que existió erro jurisdiccional derivado de la falta de cuidado de la convocada, esto es, de la Fiscalía General de la Nación, pues inició la investigación contra la señora Tunjana y la misma se capturó siendo totalmente inocente de los hechos que dimanó la actuación procesal.

7. -TESIS DE LA PARTE ACCIONADA

7.1. FISCALÍA

Mencionó que, aunque las resultas del proceso penal finalmente fueron favorables a la hoy demandante, por retractación de la víctima, no lo fue por la certeza de la ausencia de los actos abusos sexuales contra menor de 14 años, en contra de la menor LTZT, caso en el cual la Fiscalía cumplió cabalmente con las obligaciones que le confiere la ley, toda vez que no haberlo hecho hubiera dado pie a ser responsable por la omisión de sus funciones y estaríamos frente a otro escenario.

Puso de presente cuando el proceso penal está dirigido a investigar los sucesos relacionados con lesiones a la libertad e integridad sexual de los menores, y al castigo de los responsables de este tipo de conducta, el principio de presunción de inocencia cede en parte de su poder normativo para acompañar las obligaciones de las autoridades de brindar una protección especial al menor y destaca que la hoy demandante se encontraba en el deber de soportar la carga de la investigación de su menor hija presunta víctima del abuso, como quiera que el artículo 44 de la carta magna establece la obligación de proteger el interés superior del menor; el carácter prevalente de sus derechos y la regla hermenéutica que ordena interpretar y aplicar la ley de manera que brinde un mayor marco de protección a los derechos del menor (principio pro infans).

Agregó que no podía afirmarse que la detención de la actora constituyera un defectuoso funcionamiento o falla del servicio o error judicial, ya que existía una denuncia penal en contra de DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO Y OTROS por un delito de gran connotación que no permitía, por mandato legal y por quien en el presente caso resulta ser sujeto pasivo de la conducta delictiva, ningún beneficio, ni subrogado.

Señaló que en la Ley 906 de 2004 está reglamentado el rol que ejerce cada una de las partes judiciales dentro del proceso penal en estricto cumplimiento del deber legal que le es propio y bajo las garantías del debido proceso, derecho a la defensa y a la contradicción, tal y como lo acató la Fiscalía en todas las audiencias judiciales para luego continuar con la etapa de juzgamiento ante el

competente para decidir y resolver de acuerdo con el recaudo probatorio y la sana crítica, asegurando que era el juez el encargado de decretar o negar lo solicitado por la Fiscalía como garante del proceso penal que es.

Dijo que la Fiscalía contaba con el testimonio de la menor, el informe de las psicólogas ROCIO PEREZ, BLANCA SONIA LOPEZ GURIERREZ, MARIA JOSEFA BERNAL GONZÁLEZ, ZONIA GONZÁLEZ CRISTANCHO, MARIA TERESA MORALES VALERO Comisarías de Familia respectivamente, el docente ANDRES MAURICIO GALINDO, la investigadora del CTI- NELCY VIVIANA AGUIRRE ARIZA, pruebas estas que demostraban más allá de toda duda razonable que el señor DAGOBERTO era el presunto actor de los actos sexuales abusivos de la menor de edad LTZT. Empero, en la etapa de juzgamiento el Juez Penal, una vez practicadas las pruebas en juicio y controvertidas en legal forma, tuvo dudas razonables tanto en la responsabilidad como en la materialidad de las conductas punibles para condenar al señor DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO Y ANA ERLINDA TUNJANO REINA.

El fiscal del caso interpuso el recurso de apelación contra la sentencia y el Tribunal Superior de la Sala Penal confirmó la sentencia parcialmente, en el sentido de absolver a la señora ANA ERLINDA TUNJANO REINA y revocó la demás parte resolutive CONDENANDO a DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO a la pena de a 166 meses de prisión como autor del delito de abuso sexual con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo y negó la suspensión de la pena.

Concluyó que sobre esta entidad no puede recaer título de imputación ya que en vigencia de la Ley 906 de 2004, esta entidad, en principio, no profiere providencias sino el Juez de Garantías y conocimiento quienes la decretan bajo las potestades que la ley le profiere, razón por la cual excepcionó la falta de legitimación por pasiva.

Agregó como excepciones la inexistencia de daño antijurídico, la necesaria aplicación del principio *pro infans* y el hecho excluyente de un tercero.

7.2. RAMA JUDICIAL

No contestó la demanda.

8.- TESIS DEL DESPACHO

Conforme al material probatorio obrante dentro del proceso, se considera que no existe daño antijurídico, en tanto que era razonable expedir medida de

aseguramiento en centro carcelario ante la normatividad vigente y el cuidado del menor en aplicación del principio pro infans, decisiones que ni siquiera tuvieron apelación por la parte hoy demandante.

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.

9. -ASUNTOS PROCESALES

9.2.1. Legitimación por activa.

Ana Erlinda Tunjano Reina fue vinculada al proceso 2110016000049201314588 con lo que se demostró su legitimación por activa.

Adicionalmente se demostró el parentesco de la señora Ana Erlinda Tunjano Reina con:

Julia Reina	Madre fl. 51
Heidy Lorena Díaz Tunjano	Hija fl. 53
Jonattan Miller Díaz Tunjano	Hijo fl. 54

Con los documentos que acreditan parentesco se tienen por legitimados estos demandantes.

9.2.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con el Expediente penal está probada la legitimación de la hoy demandada en tanto la Fiscalía como de la Rama Judicial quienes participaron en el proceso de acuerdo a lo establecido en la Ley 906 de 2004.

10. Pruebas

10.1. Pruebas documentales

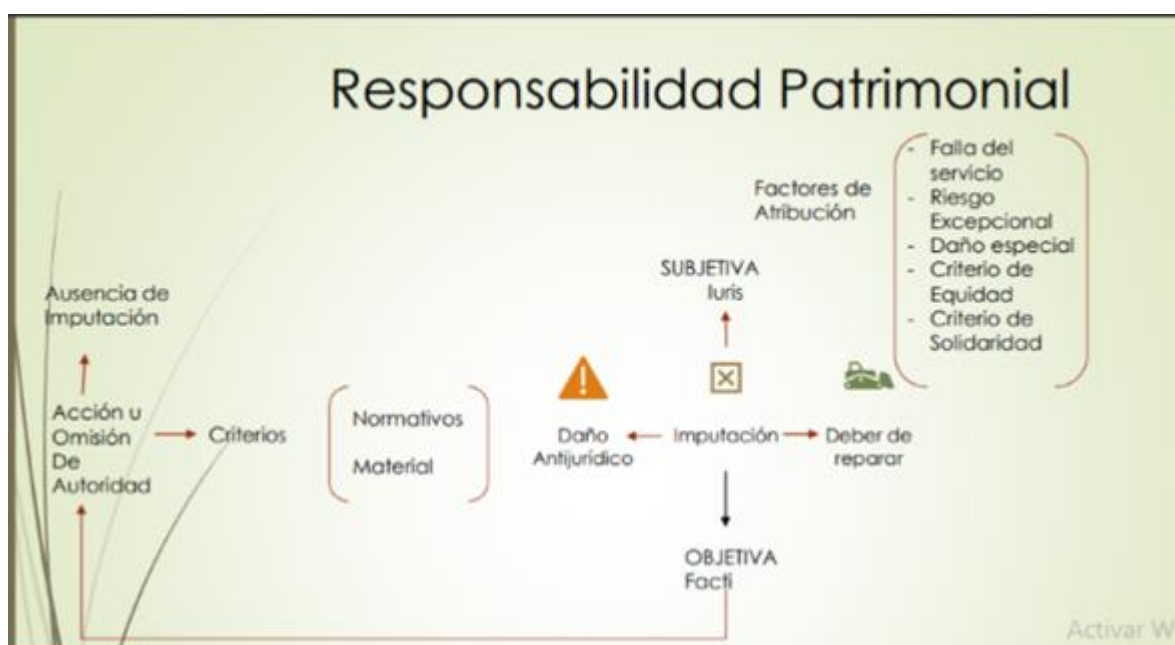
1. Copia simple de la providencia del 8 de mayo de 2017 dentro del radicado 11001-6000049201314588 del Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá fl. 11 a 35
2. Copia simple de la providencia del 14 de agosto de 2017 dentro del radicado 11001-6000049201314588 01 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá fl. 36 a 50
3. Copia en medio magnético de audiencia de imposición de medida de aseguramiento fl. 50 A
4. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Ana Erlinda Tunjano Reina fl. 51
5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Julia Reina fl. 52

6. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Heidy Lorena Díaz Tunjano fl. 53
7. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jonattan Miller Díaz Tunjano Reina fl. 54
8. Contrato de prestación de servicios profesionales de abogado, suscrito el 30 de agosto de 2017 entre Jonattan Díaz Tunjano y Ludy Clareth Suarez Camacho fl. 55 a 56
9. El 30 de junio de 2021 se aportó correo electrónico del INPEC adjunto al que se remitió oficio 3 de marzo de 2021 se allegó en forma física caja contentiva del Oficio 2021EE0113952 de la Asesora Jurídica de la CPAMSM Bogotá en el que informó que consultada la base de datos Sispec WEB registra ingreso del 14 de enero de 2015 y salida de 7 de marzo de 2017 además anexó cartilla biográfica y pantallazo de consulta ejecutiva de internos de Ana Erlinda Tunjano Reina. Doc 028
10. Mediante comunicación electrónica del 13 de octubre de 2021, remitida por la apoderada judicial de la parte demandante, se arrió oficio JERR 08-0226 de la Funcionaria de Atención al Usuario del Centro de Servicios del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá adjugó remitirse copia del radicado 110016000049201314588 N.I. 226.110 de la Procesada Ana Herlinda Tunjano Reina por el delito de actos sexuales con menor de 14 años en 5 archivos adjuntos, no obstante adjunto al medio electrónico se remitieron 3 enlaces y se descargaron dos archivos contentivos de 176 y 12 folios del radicado referido que reposan a Documentos 048 y 049 del plenario.

11. Consideraciones

11.1 Régimen de responsabilidad aplicable

Según lo dispuesto en el artículo 90 de la Carta Política, la responsabilidad patrimonial 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 pública¹ tanto por acción, como por omisión. Dicha imputación exige la revisión de la imputabilidad fáctica y jurídica. El esquema lo resume el doctor Enrique Gil Botero así:



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 19962.

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).

En cuanto al principio de imputabilidad³, 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 caso⁴.

En la imputación se revisa la conducta estatal y el denominado nexo 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)⁵ (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).

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).

11.2. 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 Estado⁶.

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:

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

Al efecto de la privación injusta debe recordarse 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”⁷

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...”⁸

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” ⁹

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 1996¹⁰, 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 2018¹¹ 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:

“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.

“(…)

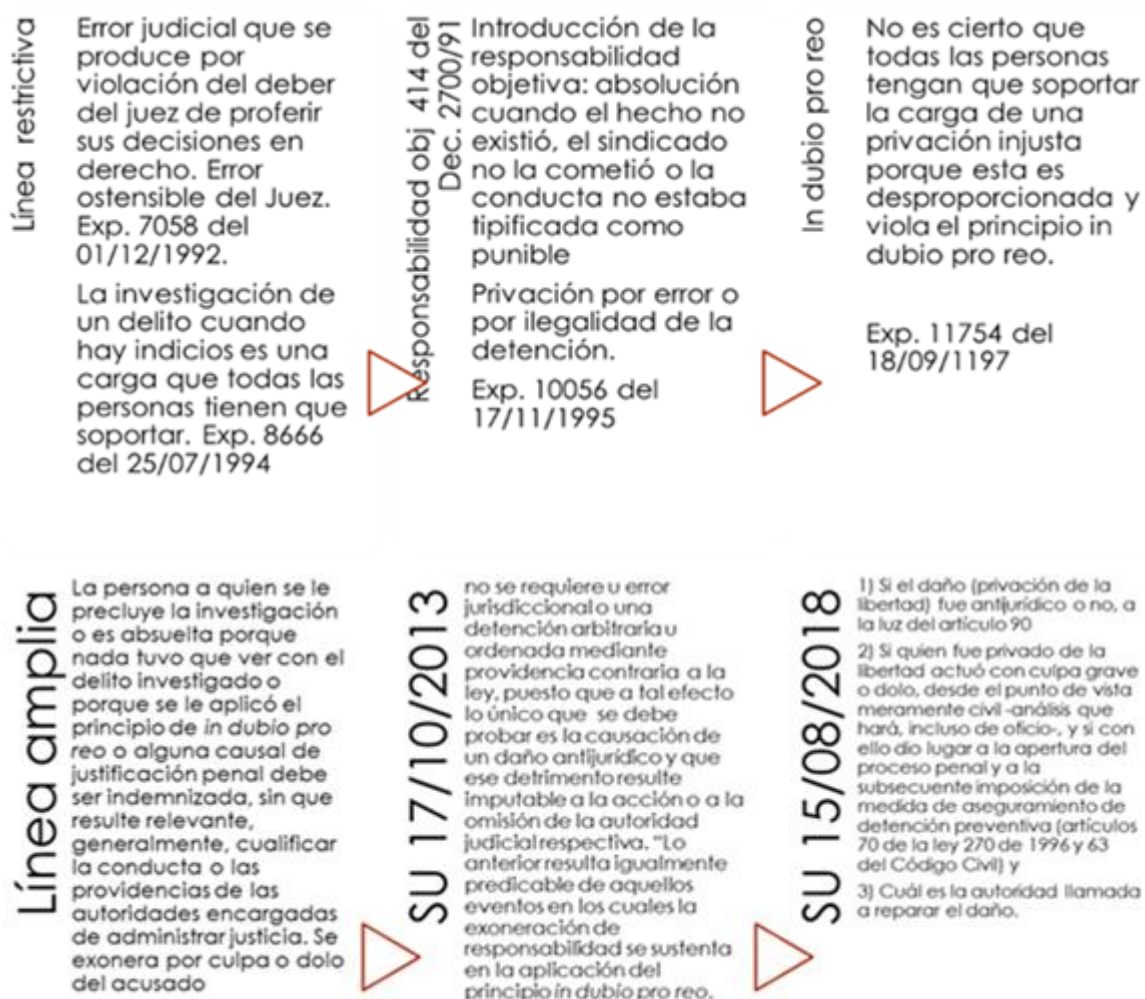
“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del 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 en la línea jurisprudencial sobre este tema en el Consejo de Estado, se denota la siguiente evolución:



En la sentencia de tutela 2019-169 del 15/11/2019, modificando la línea al analizar un caso, se alegó que no era viable la revisión del juez administrativo de la culpa exclusiva de la víctima, de tipo civil, bajo el sustento de que ese análisis de la responsabilidad estatal en casos donde el operador en reparación directa concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria, lo que vulnera los derechos de la presunta víctima de la privación injusta de la libertad.

Con esta providencia se dejó sin efectos la sentencia de 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (Exp. 46947), que era de unificación y se dispuso que en la sentencia de reemplazo se valorara la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; esto sin ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.

Tras esta sentencia, el Consejo de Estado ha analizado los casos de privación injusta así:

<p>76001-23-31-000-2006-00478-01(50395) Sentencia del 05/03/2020 M.P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO(E)</p>	<p><i>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.</i></p> <p><i>... 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.</i></p> <p><i>... 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.</i></p> <p><i>...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</i></p>
---	---

	<p>Parra Caro, como de las pruebas que obraran en la actuación penal.</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 con esa actuación la medida impuesta a Yolanda Parra Caro se hubiere tornado en irracional, desproporcionada, ni ilegal.</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 200612...</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... 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.</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</p>

	<p>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: “... 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”¹³ (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>
<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 sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, 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. 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 privación¹⁴.</p> <p>...Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/1815, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.</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 penales¹⁶, 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 imputado¹⁷.

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 “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”¹⁸19...

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 “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”²⁰.

... Las dos causales anteriores se contrastan con la absolución consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, 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 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 oral²¹.

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 subjetivo²².

... 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,

	<p>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 (supra 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 a quo 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 201823 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</p>

	<p>este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad 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 CPC24, tampoco procuró su consecución. Así mismo, si bien se decretaron los testimonios solicitados por ella25, 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 200826, 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, así como si la medida era necesaria, razonable y proporcional²⁷, 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. 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> <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</p>
--	--

	<p>“(…) 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, per se, no implica la vulneración de la presunción de inocencia o el debido proceso²⁸.</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>
<p>Rad. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947) del 06/08/2020, Magistrada Ponente Martha Lucía Ríos</p>	<p>6. Imputación.</p> <p>Establecido lo anterior, es necesario verificar si el daño es imputable o no a las demandadas.</p> <p>La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 1996, 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. Sobre el particular, consideró:</p> <p>“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. 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</p>

perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”... Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 2018, que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta.

... “101. Ahora bien, el Consejo de Estado ha acudido a una fórmula en aras de ofrecerle consistencia jurídica a los asuntos que se someten a su consideración cuando su génesis lo es la privación injusta de la libertad y en esa tarea ha señalado que es posible aplicar un sistema de responsabilidad objetivo o uno de falla del servicio...

“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.

“(...

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

“El segundo evento es una tarea que reviste una mayor sencillez en tanto depende solo de un criterio jurídico esencialmente objetivo; se trata de un cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la

	<p>tipificarían; de esa manera, muy pronto debe establecer el Fiscal o el juez si la conducta encaja en alguna de las descripciones típicas contenidas en el catálogo punitivo.</p> <p>“(...)</p> <p>“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” (resaltado del texto original).</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 resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del 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>...Así las cosas, resulta evidente que la medida restrictiva de la libertad impuesta a la citada señora, con independencia del debate relacionado con la normativa que gobernaba el asunto, no desbordó los criterios de proporcionalidad ni de razonabilidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que existían varios indicios serios de responsabilidad y pruebas en su contra que la justificaban, tal como se ha revelado. ...</p> <p>En ese orden de ideas, se concluye que no se demostró que las entidades demandadas hubieran incurrido en falla alguna en el servicio, pues las decisiones y medidas que restringieron la libertad de la señora Martha Lucía Ríos Cortés, lejos de ser arbitrarias e irracionales, se sustentaron para la época en que se impusieron, en la ley y en las pruebas legal y oportunamente aportadas al proceso penal, en armonía con las circunstancias y elementos con los que se contaba al momento de proferirlas.</p>
--	---

En pocas palabras se ha definido por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que “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”.

Finalmente es pertinente reseñar la sentencia del 29 de noviembre de 2021, acción de reparación directa radicación 18001233100120060017801 del M.P. Martín Bermúdez Muñoz en la cual se adoptaron reglas para unificar la jurisprudencia relativa al reconocimiento y monto de los perjuicios morales por la privación de la libertad.

Establecido lo anterior, se precisa que, en el caso concreto, la parte demandante aduce como fundamento de la responsabilidad a cargo de la entidad demandada por los daños en contra de los demandantes ocasionados por la presunta privación injusta.

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 la Corte Constitucional y el Consejo de estado en numerosa jurisprudencia, resaltando entre los enunciados la protección a su integridad física y especialmente la protección contra toda forma de abuso sexual.

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 turismo³¹.

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 en donde se vean inmiscuidos derechos de los 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 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.

11.3 Del caso concreto

11.3.1. Daño

El primer presupuesto para determinar es si existió privación injusta, es determinar si existió o no reclusión y cómo fue esta.

Al efecto está probado que ANA ERLINDA TUNJANO REINA identificada con C.C. 52.122.153 fue capturada el 11 de noviembre de 2014 y según la audiencia preliminar llevada por el Juzgado 76 Penal Municipal con Función de control de Garantía de Bogotá en el documento 2 y ese mismo día se expidió por dicha autoridad boleta de detención así:

REPUBLICA DE COLOMBIA
 RAMA JUDICIAL
JUZGADO SETENTA Y SEIS (76) PENAL MUNICIPAL
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS
 CRA. 29 No. 18-45, Bloque E, Piso 5 – Paloquemao
 Tel. 2371043 / Turno 2:00 p.m. a 10:00 p.m.

*Recibido
 Pr. Karim
 11-11-14
 21:33 horas* 6

Bogotá D.C., Once (11) de Noviembre de dos mil catorce (2014)

Boleta No. DP7

Señor
DIRECTOR CÁRCEL EL BUEN PASTOR
 Ciudad

Ref. C.U.I. 110016000049201314588
 N.I.

-BOLETA DE DETENCIÓN-

Conforme a lo determinado en audiencia preliminar de la fecha -en la cual se impuso medida de aseguramiento consistente en DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTO DE RECLUSIÓN-; le solicito adelantar el trámite pertinente para mantener privado (a) de la libertad, a:


NOMBRE	ANA HERLINDA TUNJANO REINA
CEDULA DE CIUDADANÍA	52.122.153
LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO	SAN JUAN DE RÍO SECO (CUND) 8/01/1973
ESTATURA	1.57 METROS
PADRES	GILBERANIO y JULIA
DELITO (S)	ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO SUCESIVO y COMISIÓN POR OMISIÓN
CALIDAD	IMPUTADA

El (la) imputado (a) queda a disposición del CENTRO DE SERVICIOS JUDICIALES DEL SISTEMA ACUSATORIO con sede en el complejo judicial de Paloquemao.

Atentamente,


 LUZ ANGLA CORREDOR COLLAZOS
 Juez

La señora Tunjano estuvo recluida desde el 14/01/2015 al 07/02/017. Al efecto reposa la Cartilla Biográfica que dice (Doc. 028):

U 859526	Apellidos y Nombres: TUNJANO REINA ANA ERLINDA	* Identificado	NO			
in verificar INTER-AFIS RNEC205						
I. IDENTIFICACIÓN DEL INTERNO						
D 129072140	Identificación: 52122153	Expedida en: Bogota Distrito Capital				
Lugar y Fecha de Nacimiento:	San Juan De Rio Seco-Cundinamarca, 08/01/1973					
Sexo: Femenino	Estado Civil: Unión Libre	Cónyuge: DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO				
Hijos: 3	Padre: GILBERANIO TUNJANO	Madre: JULIA REINA				
Dirección:	Calle 17 C N°134-70 Manzana J Casa 16 Primer					
Teléfono:	3115989531 - 3105524927					
Ubicación de Residencia:	Fontibon-Bogota Dc					
N.º de Ingresos:	1	Fecha Ingreso: 14/01/2015				
Modalidad Ingreso:	Baja	Fecha Captura:				
Observación:						
II. OTROS DATOS DEL INTERNO						
Apodos:						
III. INFORMACIÓN DEL PROCESO ACTIVO						
III-I Historia Procesal - Disposiciones Proceso Activo						
III-II Providencias del Proceso						
Documentos Soporte del Alta						
N.º	Fecha	Clase	Observaciones			
6	09/01/2015	Boleta de Encarcelación				
Documentos Soporte Bajas -Terminación Proceso por Autoridad						
N.º	Fecha	Clase	No. Caso	Tipo Libertad	Autoridad	Observaciones
49400	06/03/2017	Boleta de libertad por autoridad	6749400	Sentencia Absolutoria	JUZGADO 24 PENAL DEL CIRCUITO BOGOTA CUNDINAMARCA - COLOMBIA	

Para saber si estamos ante un daño antijurídico como fundamento fáctico está probado que:

1. Según la acusación descrita en el Fallo de la Corte Suprema de justicia, desde el mes de junio de 2013, en varias ocasiones, Dagoberto Buitrago Tinoco realizó tocamientos libidinosos en la vagina y nalgas de L.T.Z.T., mujer nacida el 2 de agosto de 2003, en la habitación de la vivienda ubicada en Bogotá D.C. donde ambos dormían por ser aquél el compañero sentimental de Ana Erlinda Tunjano Reina, madre de la niña en mención. El denunciante fue el padre de la menor L.T.Z.T. según el audio de la audiencia llevaba a cabo por el Juzgado 76 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.
2. El 11 de noviembre de 2014, Juzgado 76 Penal Municipal con Función de control de Garantía de Bogotá llevó a cabo la audiencia preliminar dentro del radicado 11001600049201314588, concentrada con asistencia del Fiscal Seccional 272 adscrito a la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Formación e Integridad Sexual, los sindicados, la defensa de estos últimos. (Doc. 02).

Se solicitó por el fiscal que diera legalidad al procedimiento realizado en cuanto a la aprehensión del señor Dagoberto Buitrago Tinoco y Ana Erlinda Tunjano Reina, orden de captura que se hizo efectiva el día de la audiencia, en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado 7 Penal Municipal de Garantías en audiencia celebrada el 14 de octubre de 2014 por el presunto delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años con agravante, Orden de captura 014 y 015. En el día de la audiencia se hizo la aprehensión de los sindicados.

Tras revisar los elementos materiales probatorios, se otorgó legalidad de la captura por la señora Jueza. Los errores de manera mecanográfico no constituyeron una razón de fondo para no hacerlo. Decisión que no tuvo recurso.

La segunda solicitud del fiscal tuvo en cuenta el art. 287 del CPP, para decir que de acuerdo a los elementos materiales probatorios se podía inferir razonablemente la autoría y participación de los indiciados en la conducta de presunto delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años con agravante manifestando los hechos jurídicamente relevantes considerados como infracciones de tipo penal así: “denuncia presentada el 5 de noviembre de 2013 ante la Comisaria 9 de Familia por el señor Luis Miguel Sabaleta Gale padre de la menor LTZT, al señalar que en el colegio donde estudiaba la niña la habían visto muy triste y llorando en la semana del 21 al 24 de octubre de 2013, por lo cual una profesora le había dicho a

las compañeras que siguieran a la menor y al llevarla donde la profesora la niña contó lo que le pasaba con Dagoberto, diciendo que él la cogía de los brazos se los cruzaba con una mano la sostenía a ella y con otra la tocaba, procedieron a llamar a la menor y a su mamá y esta se puso furiosa por qué tenía que contaban esas cosas. La mamá decía que esa era una mentira. El denunciante dijo que la niña le había dicho que Dagoberto le cogía sus partes íntimas y que él notaba a la niña decaída y que lloraba mucho. La psicóloga del Materno Infantil decía que ingresa la mamá y ella decía que la niña decía mentiras. La niña insistía los tocamientos y se refería que la niña vivía con la mamá y el presunto abusador en la misma habitación. En el colegio también indicó que se veía la menor con afección al estado de ánimo y bajo rendimiento académico. En el acta de verificación de garantías en el concepto social se veía un presunto abuso sexual, con no creencia por la madre de la veracidad del dicho de la menor hija. La Comisaría entregó a la niña al padre como medida provisional para protegerla. Se relacionó la entrevista al señor Sabaleta diciendo que recibió una llamada del Colegio Agustín Fernández y Sonia López le informó de los tocamientos del padrastro de su hija LTZT y del enojo de la mamá con la niña, que casi le pega a esta, tildándola de mentirosa. Entrevista con la profesora de LT en cuarto Blanca Sonia López Gutiérrez, que refirió que la niña le contó a otra niña que el padrastro la estaba violando y le daba miedo quedar embarazada y por eso ella insistió y ahí la niña le dijo que su padrastro la cogía fuerte con una mano los brazos y con la otra le tocaba las partes íntimas y que al decirle que hablaran con la niña, ella dijo que la mamá la mataba, que al comentarle a la mamá ella solo dijo que la niña era mentirosa y solo quería irse a vivir con el papá y que al avisarle al progenitor de la infante, la señora madre de la misma se puso más brava. Al preguntarle a la menor, ella insistió en que Dagoberto la tocaba y que la mamá no le creía. La menor lloraba. Se pasa el caso a la Comisaría.

En entrevista forense del 10 de diciembre de 2013 quedó claro que la menor les había dicho a las amigas y ella dijeron que le contará a la profesora y ella lo hizo. La profesora llamó a la mamá, ella se puso brava. La niña estuvo hospitalizada 21 días, ahí todos le creían, su familia no le creía. Al ser preguntada por la relación con la mamá dijo que ella le pegaba mucho. Dijo que los tocamientos eran como de cinco meses, en julio de 2013, que eso ocurría en la habitación. No le había dicho ni a sus padres, ni a su madrastra Galvis. Eso pasó tres o más o menos le bajaba las medías. También dijo que la mamá y Dagoberto tenían relaciones frente a ella, ella

se tapaba los oídos y que ella una vez les había dicho que dejaran la bobada.

La Resolución por medio de la cual se declara la vulneración de derechos y se toman medidas para restablecimiento de los derechos de la niña.

La denuncia presentada el 15 de mayo de 2014 por la señora Tunjano contra el señor Sabaleta por violencia intrafamiliar.

Informe pericial de clínica forense de LTZT con incapacidad definitiva de 6 días.

Medida de protección de 2014 de la Comisaría Quinta de Usme con medida de protección del señor LTZT.

La entrevista de LT en la Comisaría en donde ella decía que se sentía más segura en la casa del papá porque se sentía insegura en la casa de la mamá a partir de lo que pasó. Con la mamá no era buena la relación y que le pegaba y la regañaba.

De esto el fiscal concluyó que se imputaba como presuntos autores responsables a título de dolo el comportamiento del título IV delitos contra la libertad integridad y formación sexuales, capítulo 2, art. 209, modificado del código penal de actos sexuales con menor de 14 años, en el caso era agravada con aumento de una tercera parte de la mitad de acuerdo al art. 211, modificado por la Ley 1236 de 2008, porque los responsables tenían autoridad sobre la víctima y el numeral 5 que trata de los parientes de la víctima, esta concursa homogéneo y sucesivo de acuerdo a lo previsto en el art. 31 del código penal por la reiteración de la conducta.

Para el señor Dagoberto el delito se imputa por acción y por la señora Tunjano por omisión impropia-de actos sexuales con menor de catorce años agravado (arts. 209 y 211.2C.P.)

No existió aceptación de cargos por los indiciados.

En audiencia preliminar subsiguiente, por solicitud del delegado de la Fiscalía, el Juzgado de Garantías decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria en contra de los procesados enunciado entre otros la ley 1098 de 2006 de infancia y adolescencia, varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte

Constitucional (audio terminado 110014088017_9) la inferencia razonable, los requisitos y fines constitucionales y la especial protección del menor. Esa decisión no tuvo recurso por la defensa de la hoy demandante.

3. El 17 de marzo de 2015, el Juzgado 24 Penal del Circuito de Bogotá, con función de conocimiento, realizó audiencia en la que se formuló acusación por el concurso de delitos antes señalado.
4. El 29 de julio de 2015 tuvo lugar la audiencia preparatoria.
5. El juicio oral se desarrolló en varias sesiones los días 26 de noviembre de 2015; 5 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 9 de diciembre de 2016; 16 de febrero y 6 de marzo de 2017. En la última fecha, el Juzgado anunció que la decisión sería absolutoria para los 2 acusados y, en consecuencia, ordenó que fueran liberados de manera inmediata. Después, el 8 de mayo de 2017 dictó la respectiva sentencia.
6. El 8 de mayo de 2017 el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento profirió fallo absolutorio considerando:

“En conclusión, analizadas las pruebas de cargo, estas no resultan contundentes como para edificar, con fundamento en ellas, una condena en contra de DAGOBERTO BUITRAGO TINACO y ANA ELERLINDA(sic) TUNJANO REINA. De los dichos de estos declarantes no puede extraerse la comisión del punible de Acto Sexual con menor de 14 años agravado en cabeza del acusado y orquestado por la procesada, porque no señalan de manera específica y concreta, incontrovertible la ocurrencia de los hechos, no la responsabilidad de los implicados en los mismos y solo a ellas puede acudir la administración de justicia para resolver el asunto... Ahora bien, ¿qué indicaron los testigos de la defensa, respecto a los acontecimientos que rodearon la denuncia en contra de los acusados?.. Pues bien, claro es que los testimonios de MANUEL SILVANO URREGO BELTRÁN, BELISARIO FERNANDO VALVUENA y el de HEIDY LORENA DÍAZ TUNJANO, no son muy útiles para determinar la inocencia de los acusados, pero en alguna medida sirven para no inferir lo contrario, pues por lo menos la última, trató de indicar que su mamá siempre fue diligente en la atención del supuesto abuso sexual por parte de su compañero sentimental. Afirmaciones en (sic) son confirmadas por la propia acusada, quien brindó argumentos fácticos que, aunque no desvirtúan su total favorecimiento y defensa a su compañero, también comprueban que ella acudió a todas las instancias judiciales y terapéuticas, con el interés de esclarecer el presunto abuso sexual. Como es muy sabido, la defensa no tiene la obligación constitucional o legal de probar su inocencia, sino que es la Fiscalía la obligada a probar lo contrario, lo cual, tal y como se analizó en su momento no se hizo más allá de toda duda razonable. Corolario lo expuesto, en aplicación del principio ecuménico del in dubio pro reo, se absolverá a DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO y ANA ERLINDA TUNJANO REINA, se aclara, no porque este despacho se haya formado una idea compatible con la declaración de inocencia, sino

porque no tiene elementos de juicio que le permitan arribar a la convicción, más allá de toda duda, de que BUITRAGO TINOCO haya realizado actos sexuales a su hijastra LTZT con el beneplácito omisivo de TUNJANO REINA”

En la providencia la decisión absolutoria se dio a favor de Dagoberto Buitrago Tinoco y Ana Erlinda Tunjano Reina así:

RESUELVE

1. Absolver a: **DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO** con cédula No. 80.401.958 y **ANA ERLINDA TUNJANO REINA** con cédula No. 52.122.153, del cargo que por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO (art. 209, 211 numeral 2º, 25 y 31 del Código Penal), les formuló la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
 2. Levantar las medidas que les hubieran sido impuestas a **DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO** y a **ANA ERLINDA TUNJANO REINA**, en desarrollo de este proceso.
 3. Comunicar esta decisión, una vez ejecutoriada, a la Fiscalía General de la Nación, para los efectos consagrados en el inciso 2 del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.
 4. Este fallo se notifica en estrados y en su contra procede el recurso de apelación, en la forma y términos contenidos en los artículos 179 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004.
7. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el 14 de agosto de 2017 resolvió la apelación interpuesta por la Delegada de la Fiscalía y la representación de víctimas contra la sentencia del 9 de mayo de 2017 enunciada anteriormente. En ella analizó la retractación de la menor sobre su acusación inicial frente a su entonces padrastro así:

“Por otra parte, es necesario precisar que para la consumación de un delito a título de comisión por omisión u omisión impropia, de ningún modo basta la posición de garantía y la constatación de la realidad del resultado lesivo del interés jurídico tutelado, como erróneamente al parecer lo entiende la titular de la Fiscalía en este asunto, conforme se infiere de la acusación, del pedido de condena y de la motivación de la impugnación. Ello, porque en tales actos procesales se vinculó la autoría afirmada en tal modalidad de TUNJANO REINA por no haberle dado credibilidad al relato de su hija, incluso a la circunstancia de haber mantenido la convivencia material con BUITRAGO TINOCO luego de que en el ámbito escolar le hubiesen sido revelados los sucesos y a pesar tener la custodia de LT, aunque durante ese período ulterior no se hubiese registrado ningún acto sexual abusivo en detrimento de aquella, al menos, no fue atribuido fácticamente...

En ese elemento de convicción, conviene resaltar, el Tribunal advierte la reconstrucción de una circunstancia, que enfatizado sea, constituye prueba directa y, que destacado sea desde ahora, que enfatizado sea, constituye prueba directa y, que destacado sea desde ahora, perfila la credibilidad que concitan las manifestaciones previas con obvio detrimento de la retracción exteriorizada en el juicio oral y público, que se ofrece mendaz...

En todo caso, para la Corporación resulta significativo en orden a determinar la versión de la afectada que resulta ajustada a la realidad, que la niña en presencia de la progenitora ANA ERLINDA TUNJANA REINA y en la reunión con la docente López Gutiérrez, clarificó el comportamiento del cual fue acusado el padrastro. En lo específico, afirmó de manera categórica, en sus propias palabras, que aquel le metía las manos “por dentro de los calzones”; acusación que la encausado desestimó de tajo y por completo al atestar que ello era del todo imposible debido a que “ella nunca jamás la dejó sola con el señor”, en referencia a BUITRAGO TINOCO y, adicionalmente, que su hija efectuaba esas afirmaciones con la finalidad de que se le permitiera convivir con el progenitor (audiencia de juicio oral 5 de mayo de 2016, audio a partir de registro 01:16:25).

Por otra parte, en circunstancia que afianza la veracidad otorgada a esos señalamientos y permite descartar la del juicio oral, se anticipa, la Corporación señala que LT, en presencia de la madre y, desde luego, de la educadora, a pesar de no le generaron ninguna credibilidad en la primera, insistió en la realidad de los abusos sexuales y atribuírselos al padrastro. Igualmente, ante la actitud de la progenitora de no concederle ningún crédito en esas acusaciones, en forma suplicante le solicitó a la profesora López Gutiérrez que le permitiera permanecer con ella”

De todas maneras, conviene señalar por la trascendencia que tiene para discernir el compromiso atribuible a la procesada TUNJANO REINA, que esta última, a pesar de restarle cualquier atisbo de seriedad a las sindicaciones en detrimento de su compañero, atendió las indicaciones de la docente. En efecto, el 25 de octubre de 2013 la presentó en el centro de salud hospitalario CAFI, ubicado en la calle 56 de esta ciudad, con el propósito de que se realizaran los exámenes pertinentes y los trámites correspondientes orientados, en ultimas, a establecer la veracidad o no de las afirmaciones de su hija.

En esa dependencia la niña, para esa época de 9 años de edad, se insiste, fue atendida por el galeno Andrés Mauricio Galindo Limas, ante quien LT, como consta en la anamnesis de la valoración médica y fue expuesto por aquel en la declaración rendida en el juicio oral, narró en coincidencia con las otras versiones anteladas a la audiencia pública, que el padrastro ejecutaba vejámenes sexuales en su contra. De igual modo, que la madre de la afecta se rehusaba a creer en esas aseveraciones, en concreto, por la proximidad que las dos constantemente mantenían, según lo expuesto en presencia del referido profesional de la salud, aspecto que a juicio aquella, imposibilitaba la existencia de un momento propenso o propicio para la consumación de los tocamientos libidinosos (fl. 99)

El deponente Galindo Limas atestiguó, además, que luego del examen médico concluyó que la menor no presentaba lesiones en el ano o en la vagina. Así mismo y, en todo caso, que ante las acusaciones de aquella, de haber sido víctima de los tocamientos de BUITRAGO TINOCO, estimó necesario y oportuno remitirla al servicio de urgencia para la valoración psicológica correspondiente (audiencia de juicio oral 5 de mayo de 2016, audio a partir de registro 01:42:43).

Por este motivo, el 29 de octubre de 2013, la madre de LTZT acudió a la Clínica Materno Infantil, donde fue atendida por la psicológica Leddys Yulieth Duarte Portillo, quien como

lo indicó en la declaración pública, escuchó el recuento de los vejámenes y realizó un análisis para activar la atención integral a posibles víctimas de delitos sexuales (audiencia de juicio oral 5 de mayo de 2016, audio a partir de registro 2:00:12)

Ante esta narración, la deponente especificó que al advertir como posible que la citada pudo haber sido abusada sexualmente, solicitó la adopción de medidas de protección por parte de la comisaría de familia. De igual modo, indicó que la progenitora de la menor descalificó su relato, que tildaba de mentiroso en implícita defensa del compañero sentimental.

Ante este panorama y en el marco del procedimiento adelantado por esa última dependencia, integrante del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, se le solicitó a la Asociación Creemos en Ti que adelantara la evaluación psicológica de LTZT. Esta última fue agotada el 26 de abril de 2014 por Guadalupe Acero Aduld, a quien la menor antes citada le reiteró también la versión sobre los tocamientos libidinosos...

Ahora bien, en la reconstrucción que efectuó la psicóloga Rocío Esmeralda Pérez de la versión que le recibió a la niña el 16 de marzo de 2015 en las instalaciones del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Tribunal encuentra datos permisivos de inferir el motivo por el cual la ofendida, a pesar de la realidad de los abusos sexuales en últimas y en el juicio oral se retractó del recuento que hasta entonces mantuvo incólume.

Esta connotación se le asigna la Corporación a la revelación que hizo la menor en dicha oportunidad en el sentido de que ninguno de los miembros del núcleo familiar, con excepción del progenitor Luis Miguel Zabaleta Gale, le creyó; más aún, que de manera constante la acusaban de mentir sobre las sindicaciones en contra de su padrastro. Es más, expuso de manera explícita que ante la presión que ejerció su media hermana modificó la declaración y retractó, pero que, posteriormente, aseguró ser objeto de los actos sexuales abusivos en referencia...

En síntesis, a partir de las pruebas reseñadas en precedencia, es inevitable concluir, no solo que el relato de LTZT permaneció inalterado hasta la audiencia de juicio oral; sesión en la cual, contrario a lo colegiado por el aquo, sin mayores explicaciones sobre el episodio que vinculó al motivo de la retractación, inclusive, en términos que pueden calificarse de escuetos, negó la realidad de la perpetración de los demandas sexuales....

De acuerdo con lo argumentado, resulta forzoso colegir, de una parte, que el funcionario judicial de primera instancia en la sustentación del fallo confutado pretermitió valor los medios suasorios, tanto directos como indirectos que sustentan y corroboran la versión incriminadora de la ofendida. Así, por ejemplo, se reitera, no constituyen pruebas de referencia las percepciones directas que tuvieron los testigos sobre los cambios comportamentales que sufrió la menor con ocasión de los vejámenes sexuales que denunció.

De igual modo, y de otra, que la retractación de la víctima en el juicio oral carece de fuerza probatoria en el presente asunto, máxime, por cuanto existen suficientes

elementos materiales probatorios, directos, indirectos y de referencia para erigir el fallo condenatorio según lo dispuesto en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 en contra de DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, motivo por el cual la Sala revocará la decisión de primera instancia...

Con idéntica orientación, es necesario indicar que en el presente asunto se probó que BUITRAGO TINOCO ejercía un rol de cuidado y autoridad frente a la menor, en especial, debido a que, como se desprende los hechos en comenté, debido a la confianza que la procesada tenía en su pareja sentimental, ésta dejaba a su cargo a LTZT mientras se ausentaba con el propósito de comprar alimentos en una tienda, o cuando se dirigía a lavar ropa o a cocinar.

En cambio, no se puede afirmar lo mismo frente a la acusación formulada por la Fiscalía en contra de ANA ERLINDA TUNJANO REINA. Lo anterior, debido a que en el actual proceso no se probó, más allá de toda duda razonable, que esta hubiese infringido su posición de garantía...

Así, era obligación de la Fiscalía probar, que a pesar de tener conocimiento de la intención o conducta lasciva de su pareja sentimental frente a la ofendida TUNJANO REINA no ejecutó ninguna acción para evitar que aquella se consumara o perpetuara, respectivamente. Por el contrario, el ente acusador se limitó a indicar que la responsabilidad penal de la acusada se erigía en que no solo no le creyó a su hija, sino que, adicionalmente, la llevó y enfrentó con el sujeto activo de la conducta, actividad del todo atípica para los delitos por los que fue acusada. Distinto sería el escenario, desde luego, si en el marco de aquella actividad LTZT hubiese sido objeto de nuevos vejámenes sexuales por parte de BUITRAGO TINOCO, hecho que la menor descartó por completo en varias oportunidades.

En esta providencia se resolvió:

1. CONFIRMAR parcialmente la sentencia de fecha, naturaleza y origen indicados en cuanto se absolvió a la procesada ANA ERLINDA TUNJANO REINA de los cargos formulados en la acusación.

2. REVOCAR en lo restante el fallo aludido. En su lugar, condenar al procesado DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO a la pena principal de 166 meses de prisión como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados en concurso homogéneo y sucesivo. De igual modo, a la sanción accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso antes indicado para la privativa de la libertad.

4. NEGAR la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria al procesado DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO. En consecuencia, en firme esta decisión, se librarán las órdenes de captura para el descuento efectivo de la sanción de prisión.

5. ORDENAR que en firme este pronunciamiento se libren las comunicaciones a que hubiere lugar de conformidad con la Ley 906 de 2004.

8-. La Corte Suprema de Justicia en providencia del 12 de mayo de 2021, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensora de Dagoberto Buitrago Tinoco contra la sentencia de segunda instancia proferida el 14 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá y resolvió casar la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, absolver a DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, por los cargos formulados en la demanda de casación bajo la teoría del in dubio pro reo. En la sentencia se consideró:

“Ahora, durante el juicio oral L.T.Z.T. manifestó que en otros escenarios (ante una docente, unas «compañeras», su padre y una psicóloga de «Creemos en Ti») había declarado que DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, su padrastro, le tocó la vagina y la cola en varias ocasiones, siempre en horas de la noche mientras su mamá Ana Erlinda Tunjano Reina cocinaba o lavaba, en la habitación que los 3 compartían. Pero, de inmediato advirtió, reiterándolo durante todo el interrogatorio, que ese relato era falso y que lo inventó para que su madre se separara de aquél y volviera con su papá -biológico-(...)

Siendo así, el único relato en juicio o testimonio de L.T.Z.T. fue la negación de los hechos jurídicamente relevantes, sin olvidar que la primera parte de su declaración activó la posibilidad de que la Fiscalía, peticionaria de aquella prueba, incorporar a las narraciones preprocésales que corroboraban la teoría fáctica de la acusación y cumplir así con la carga probatoria que en tal sentido le impone el artículo 7 del C.P.P. De agotarse esta vía, el testimonio en cuestión habría quedado integrado por las 2 versiones contradictorias sobre los hechos develando la retractación de la testigo.

Visto de otra manera, el único escenario en el que la adolescente declaró, atestiguó o aseveró que el procesado realizó la conducta por la que fue

acusado, fue en las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que no fueron legalmente incorporadas como testimonio adjunto, porque la Fiscalía no lo solicitó (a pesar de que la testigo, por iniciativa propia, hizo notar la existencia de esas declaraciones y su contradicción con lo que estaba aseverando ante el juez), lo que evitó que, por esta vía, el juzgador pudiera acceder al contenido completo y preciso de dicha versión, lo que se erige en presupuesto ineludible para su valoración como prueba. Ello, sin perjuicio de lo expuesto en precedencia sobre los demás requisitos para la incorporación de declaraciones anteriores al juicio oral.

En lugar de ello, la Fiscalía omitió confrontar a la declarante con las manifestaciones que hiciera a su profesora Blanca Sonia López Gutiérrez ya su padre Luis Miguel Zabaleta Galé; es más, ni siquiera le puso de presente la entrevista que le recibió la psicóloga Guadalupe Acero Aduld Aza de la «Asociación Creemos en Ti». Por ende, la defensa no tuvo la oportunidad de contrainterrogar a L.T.Z.T. sobre el contenido exacto de sus anteriores declaraciones, tema que, además, podía resultar impertinente porque aquél no fue reproducido durante el interrogatorio. De todas maneras, al Juez nunca se le solicitó que tuviera esos medios cognoscitivos como integrados al testimonio en cuestión.

Por si fuera poco, la agencia estatal contaba con otras 3 declaraciones previas del entonces niña en las que también señalaría a DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO, como lo afirmaron en juicio la investigadora del C.T.I. Nelsy Viviana Aguirre Ariza y las psicólogas Rocío Esmeralda Pérez Celis (perito del INMLCF) y María Teresa Morales Valero (funcionaria de Comisaría de Familia), quienes recibieron a aquella sendas entrevistas que tendrían el sentido antes indicado. Esas entrevistas ni siquiera fueron mencionadas por L.T.Z.T., básicamente porque la Fiscalía, que fue la parte que solicitó la prueba y a la que debía interesarle se valoraran sus contenidos, no se preocupó por interrogarle a ese respecto; de manera que, ni siquiera el presupuesto consistente en el reconocimiento por el testigo de sus versiones anterioresse cumplió. Y, al final del testimonio en cuestión, tampoco la titular de la acción penal solicitó que se admitieran las 3 entrevistas como medios de prueba adjuntos a aquél.

En resumen, el testimonio de L.T.Z.T. negó los hechos investigados y, siendo procedente, la Fiscalía no agotó el procedimiento para introducir -en la misma diligencia-sus plurales declaraciones anteriores que sí habrían afirmado los actos sexuales realizados por el acusado con todas sus circunstancias.

Cierto es que en el juicio los testigos de la acusación Blanca Sonia López Gutiérrez y Luis Miguel Zabaleta Galé declararon sobre la versión que escucharon de la menor de edad y que, en el mismo sentido, Guadalupe Acero Aduld Aza, Nelsy Viviana Aguirre Ariza, Rocío Esmeralda Pérez Celis y María Teresa Morales Valero dieron cuenta del contenido de sendas entrevistas; así mismo, que cuando finalizaba el testimonio de cada uno de estos la Fiscalía solicitó la incorporación de las declaraciones previas que tenían registro documental y que el Juez accedió a esa pretensión.

Sin embargo, como se precisó desde un inicio, esas declaraciones previas de L.T.Z.T. constituían prueba de referencia inadmisibles porque dicha testigo estuvo disponible a plenitud. Y, de otra parte, tampoco aquéllas ingresaron

como testimonio adjunto porque la agencia acusadora no desplegó la más mínima actuación tendiente a ello...

Se concluye, entonces, que cuando el Tribunal valoró las entrevistas y demás declaraciones previas de L.T.Z.T., cuyos contenidos fueron referidos en el juicio oral, a modo de pruebas de referencia inadmisibles, por Blanca Sonia López Gutiérrez (docente), Luis Miguel Zabaleta Galé (padre), Nelsy Viviana Aguirre Ariza (investigadora), Rocío Esmeralda Pérez Celis (perito) y María Teresa Morales Valero (psicóloga), incurrió en el error de derecho denominado falso juicio de legalidad que conlleva la exclusión de todas aquellas.

4.5.2 Valor de los contenidos probatorios admisibles.

4.5.2.1 Conforme a lo expuesto, el testimonio de L.T.Z.T. sobre los hechos consistió en que DAGOBERTO TINOCO BUITRAGO no realizó actos sexuales con ella, sin que sus declaraciones previas que, por el contrario, afirmarían estas conductas y, además, detallarían cuáles, cuántas, cómo, cuándo y dónde se cometieron, constituyan prueba legal. Ningún otro medio de conocimiento incorporado dio cuenta de esos comportamientos ilícitos ni de su autor, pues los restantes acreditan, a lo sumo, los efectos psicológicos de un evento traumático que padeció L.T.Z.T., pero no arrojan un conocimiento más allá de toda duda razonable de que el mismo haya consistido en actos sexuales y menos aún de que el responsable de los mismos sea su padrastro DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO. En este sentido, obran las siguientes pruebas:

- i. i.-La perito Rocío Esmeralda Pérez Celis del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁶, dictaminó una afectación psicológica en L.T.Z.T... Dicha opinión, que correlaciona una afectación psicológica con eventuales actos sexuales abusivos, se fundó en multiplicidad de síntomas detectados en el área académica (baja capacidad de concentración), social (rechazo, desconfianza hacia los hombres, cambios en su forma de vestir, temor de salir sola) y mental (pensamientos de muerte, ideación suicida, recuerdo frecuente de los hechos y evitación de este).*
- ii. Varias pruebas dieron cuenta de que la niña requirió tratamiento intrahospitalario y atención psiquiátrica...*
- iii. Blanca Sonia López Gutiérrez y Luis Miguel Zabaleta Galé dieron cuenta de cambios comportamentales de L.T.Z.T. en su vida cotidiana... Las pruebas reseñadas revelan un menoscabo de la salud mental y emocional de L.T.Z.T. que repercutió en su conducta individual, familiar y social, y que requirió de atención médica especializada. Ese resultado debió obedecer a un evento traumático intenso como lo es un abuso sexual; sin embargo, se reitera, los medios probatorios válidos no definieron, de manera indubitable, la ocurrencia de este último ni su autor, características y demás circunstancias. En efecto, quienes acudieron al juicio como testigos no lo fueron de actos sexuales que involucraran a la citada menor de edad y al acusado, y, por su parte, la experta solo podía tenerlos como una hipótesis de su trabajo pericial.*

(---)

También podría tenerse por demostrado que DAGOBERTO BUITRAGO TINOCO quería causarle algún dolor o sufrimiento a Luis Miguel Zabaleta Galé, porque este declaró que, en una conversación telefónica, lo amenazó con

estas palabras: «costeñito te voy a dar donde más te duele» (minuto 12:53). El anuncio de este propósito malicioso, obviamente, puede revelar un compromiso del acusado en cualquier hecho que victimizara a la hija menor del amenazado, más aún cuando aquél tenía la oportunidad de hacerlo por convivir con esta; sin embargo, la Fiscalía no logró demostrar que el mismo haya ocurrido y, menos aún, que consistiera en actos sexuales.

4.5.2.2 De otra parte, en el juicio se desvirtuaron algunos datos del testimonio de L.T.Z.T. y, además, que la negación de los hechos investigados pudo estar determinado por motivos diversos a su falta de veracidad; no obstante, la mengua de ese relato no implica, automáticamente, la afirmación de la hipótesis contraria y, lo que es más importante, tampoco daría respuesta a las preguntas fundamentales que permitirían configurar los hechos jurídicamente relevantes: cuál, cuántas, quién, cómo, cuándo y dónde de la conducta realizada...

Podría concluirse que el testimonio de L.T.Z.T. fue desvirtuado en lo que respecta al tiempo que sus progenitores llevaban separados y a la calidad de la relación con su madre. No obstante, estas inconsistencias no se refieren a aspectos centrales de los hechos jurídicamente relevantes y, en todo caso, no tendrían la virtualidad para convertir la negación de aquéllos en una afirmación. A lo sumo, menoscaban la credibilidad de la versión sin que ello implique que introdujo un relato incriminatorio.

ii.-En segundo lugar, existían razones de peso que pudieron determinar a L.T.Z.T. para que negara el abuso sexual aun cuando fuese cierto, así... En síntesis, (i) la falta de apoyo y descalificación de su propia madre, (ii) el enjuiciamiento penal de esta y la privación de su libertad en ese contexto, y, (iii) la inestabilidad emocional y pérdida de su núcleo familiar; constituyen factores que, razonablemente, pudieron determinar la negación de los hechos por L.T.Z.T. aun cuando fuesen ciertos. Pero, se reitera, desvirtuar la negación de un hecho no significa, por sí misma, la demostración indubitada de la hipótesis contraria y menos aún de las características fácticas específicas que resultarían típicamente relevantes de un delito de actos sexuales abusivos. (Doc. 35) 49

Dicho lo anterior se tiene que la reclusión de la hoy demandante señora Tunjano se dio con relación a un presunto acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo sucesivo y comisión por omisión.

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 edad, presunta víctima de los hechos, había sostenido en varias oportunidades la existencia de un abuso por su padrastro y reposaba

suficientes elementos materiales probatorios para inferir razonablemente la autoría en cabeza de los indicados.

Es clara, además, la aplicación del principio *pro infans*⁶⁰, en la garantía del interés superior de los niños y adolescentes como sujetos de protección reforzada frente a las garantías procesales del otro sujeto procesal, sumado a las demás pruebas que justificaba la imposición de la medida de aseguramiento.

Es necesario precisar respecto a la labor de la Fiscalía y de la Jueza 76 Penal Municipal con Función de control de Garantía de Bogotá que en la audiencia preliminar el defensor del hoy petente no apeló la decisión, por lo cual desde el punto de vista procesal existe la culpa exclusiva de la víctima.

Se destaca que la valoración probatoria de la 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 la acusada; 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 en el fallo absolutorio nunca se dijo que la conducta no fuera efectuada por la aquí demandante, sino que se aplicó el principio *in dubio pro reo*, tanto por la primera como por las siguientes instancias.

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 y es deber de las autoridades judiciales penales cumplir la normatividad de protección al efecto que implica en últimas la medida de detención en establecimiento carcelario.

En consideración de esta jueza los argumentos planteados por la Fiscalía y acogidos por el juez de control de garantías fueron razonables frente a las exigencias de la Ley 906 de 2004, razón por la cual no se estaría ante unas providencias groseras a la luz del derecho penal. Fueron 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 sindicato.

Por lo expuesto ante la existencia de la normatividad de protección a la infancia y adolescencia es una carga que tenía que soportar la aquí demandante por verse involucrada una menor, hija de la hoy accionante, la cual merecía como se hizo una especial protección.

Dado el tiempo que tomó la investigación y la ausencia de las pruebas suficientes para tener por demostrada la presunta conducta investigada máxime cuando el delito se daba en autoría por omisión, era menester absolver a la sindicada de acuerdo al principio *in dubio pro reo* y ante la retractación de la niña en la audiencia de juicio. No obstante, la duda a favor de la entonces capturada no da lugar *per se* a la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que la imposición de la medida de aseguramiento y la resolución de acusación, resultan razonables frente a las pruebas del plenario y la normatividad del caso, 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 de la Rama Judicial fueron razonables, sustentando su decir en una argumentación 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).

En este punto se debe resaltar que el presente no es un análisis de la responsabilidad penal de la señora Tunjano, ni el desconocimiento de la presunción de inocencia que le asiste sino un juicio en punto de responsabilidad de los criterios esbozados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para decretar o no la existencia de una privación injusta de la libertad.

En conclusión, conforme al material probatorio obrante dentro del proceso, se considera que no existe daño antijurídico, en tanto que, en la captura, la resolución de acusación, la medida de aseguramiento ejecutada a la citada señora Tunjano, contaron con pruebas suficientes para ser emitidas, no siendo desproporcionada la privación, ni mucho menos arbitraria.

Por otro lado 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.

Por lo expuesto, se negarán las pretensiones de la demanda.

4.2.5.2. 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 a cargo del demandante (artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por la ley 2080 de 2021 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: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto dentro de la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la sentencia, remítase el expediente a la oficina de apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá para la liquidación de los gastos procesales y devolución de remanentes si los hubiere.

CUARTO: Una vez cumplido lo anterior, por secretaría ARCHIVAR el expediente.

10. Recursos.

Interviniente	Récord	Intervención
Parte Actora	1.24	Se interpondrá recurso de apelación en término de ley
Fiscalía General	1.24	Sin recursos
Rama Judicial	1.25	Sin recurso

Se hace control de legalidad.

Así las cosas, y se deja constancia de la revisión del acta por las partes. Se finaliza la presente audiencia siendo las 16.03 sin manifestación al acta final. En aras de dar fe de la realización por los asistentes y de la ejecución conforme a la ley, se suscribe de manera electrónica por

EDITH ALARCÓN BERNAL
Jueza

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: **425017c49c4ba7a1f527f987e6769f3dfdd30caba63665a9abdea0e2176a5460**

Documento generado en 25/01/2022 04:06:21 PM

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