

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN TERCERA -

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	11001 33 43 064 2016 -00593
Demandante	CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ Y OTROS
Demandado	NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	Niega responsabilidad por privación injusta de la libertad

Agotadas las etapas procesales correspondientes, procede el Despacho a resolver en sentencia de mérito la controversia suscitada dentro del proceso de la referencia, con el medio de control de **reparación directa** que en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, instauraron los señores CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ, BLANCA ENSUEÑO CARDONA, JOHN ERVIN, JOHN EDWIN, CARLOS ANDRÉS, FREDY ALEXANDER y SANDRA MILENA GUTIÉRREZ GONZÁLEZ.

I. ANTECEDENTES

1.1. SÍNTESIS DEL CASO

Los hechos señalados por la parte actora como fundamentos fácticos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- . Que el señor Carlos Arturo Gutiérrez fue capturado el 16 de abril de 2012, y desde ese día, hasta el 10 de septiembre de 2014 estuvo privado de la libertad, luego de que fuera acusado, por la Fiscalía 289 Seccional, de la comisión de los delitos de "ACCESO CARNAL VIOLENTO, ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, EN CONCURSO SUCESIVO, HOMOGENEO Y HETEROGENEO AGRAVADO", delitos formulados en audiencia de formulación de cargos celebrada, el 17 de abril de 2012, ante el Juzgado 39 Penal Municipal con funciones de control de garantías.

-. Que el señor Carlos Arturo Gutiérrez fue acusado de los delitos antes mencionados, según se indica, tras ser sindicado de cometer tales vejámenes, aprovechando su condición de abuelastro "*por línea paterna*", en contra de una menor de edad que convivió con él y su compañera permanente, ésta última abuela paterna de dicha infante.

-. El 15 de mayo de 2012, la Fiscalía Delegada radicó escrito de acusación por los delitos ya señalados, aplicando, además, la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 7 del artículo 58 de la Ley 599 de 2000. El conocimiento del asunto, le correspondió al Juzgado Once Penal del Circuito Adjunto, ante el cual se desarrollaron las audiencias respectivas hasta el momento en que se cerró el debate probatorio.

-. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento de Bogotá, profirió sentencia de primera instancia el 21 de abril de 2014, y condenó al señor Carlos Arturo Gutiérrez a la pena privativa de la libertad de 130 meses de prisión, en calidad de autor penalmente responsable de las conductas punibles anteriormente referenciadas. Asimismo, se le condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercer derechos y funciones públicas, y se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria.

-. Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, como quiera que se insistía en que la menor de edad implicada había "*acudido a esa trama debido a que temía ser descubierta por su padre en cuanto al estado de embarazo y el haber perdido su virginidad años atrás. Igualmente se cuestionó las imprecisiones respecto del lugar de los hechos, los días y el sitio de los mismos*", como quiera que el implicado y la infante habían dejado de convivir desde el año 2002.

-. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal, mediante providencia del 10 de septiembre de 2014, absolvió al señor Carlos Arturo Gutiérrez, y ese mismo día recuperó su libertad. Concluyó dicha Corporación, que "*la labor investigativa no fue adecuadamente agotada en el juicio, toda vez que los elementos materiales de prueba allegados al debate no constituyen prueba directa, concreta y con suficiente fuerza demostrativa, de manera que permitan pregonar la ocurrencia de los delitos y la responsabilidad atribuida en la acusación al señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ.*".

Señaló el Tribunal, que la presunción de inocencia amparada constitucionalmente no se alteró como quiera que no se había demostrado fehacientemente la ocurrencia de conductas punibles ni la responsabilidad del acusado, en la medida en que al material probatorio sólo se habían allegado "*pruebas de referencia en relación con los supuestos hechos y periciales en torno a la salud mental y física de la jovencita que no permiten sostener el fallo de condena*".

- Se sostiene que el señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ, para el momento de su detención, trabajaba como vendedor ambulante, obteniendo como ingresos la suma de \$650.000, con los cuales sostenía el hogar y pagaba la manutención de sus necesidades y la de su compañera permanente la señora BLANCA ENSUEÑO CARDONA ARIAS, con quien convivía desde hacía mas de doce años, hasta la actualidad.
- Como consecuencia de la detención del referido demandante, la progenitora de éste último, sufrió graves aflicciones de orden moral que le "*aceleraron la muerte*" la cual ocurrió el día 1 de noviembre de 2013, sepelio al cual el señor Carlos Arturo Gutiérrez no pudo asistir generándole graves afecciones morales.
- Se indica que debido a la privación del referido demandante, éste perdió un subsidio de vivienda y un crédito de vivienda que tenía aprobados, igualmente no pudo cancelar un crédito con el Banco Caja Social, situación que le generó perjuicios económicos.
- Señala que la compañera permanente y los hijos del señor Carlos Arturo Gutiérrez, debido a los hechos descritos, sufrieron perjuicios morales debido al escarnio público al que fue sometido su padre, la situación penosa ante la familia política y el círculo social que los rodea.

1.2. PRETENSIONES:

La parte actora solicita que se declare la responsabilidad patrimonial de la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**.

- A título de indemnización, la parte actora persigue el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales, en la modalidad de **daño emergente**, a favor del señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ en la suma de 11'845.000, que corresponde al subsidio de otorgado por la Secretaría del Hábitat para la compra de vivienda; así mismo, solicitan el pago de \$15.714.471, por concepto del crédito de vivienda aprobado por el Fondo Nacional del Ahorro para la adquisición de vivienda; y el monto de \$2.736.367 suma que el actor adeudada al Banco Caja Social, la cual no pudo sufragar.

Por concepto de **lucro cesante**, solicitan el pago de la suma de 19'864.000, que corresponde a los salarios mínimos dejados de percibir el referido señor, como vendedor ambulante, durante el tiempo de su reclusión.

A favor de la señora BLANCA ENSUEÑO CARDONA, se solicita, a título de **daño emergente**, el pago de la suma de \$2'000.000 por concepto de honorarios de abogado, la suma de \$306.000 por compra de productos de aseo para el detenido, y el monto de \$80.000 por empeño de un minicomponente. A título de lucro cesante

el valor de los intereses causados sobre las anteriores sumas de dinero, hasta que se verifique su pago.

Por concepto de **perjuicios morales**, los demandantes persiguen el pago de la suma de CIEN (100) SMLMV, a favor de cada uno de los demandantes.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN¹

La Fiscalía General de la Nación, plantea su defensa y, en primer término, objeta el monto de la cuantía de los daños solicitados en la demanda, al considerar que su estimación esta fuera de la realidad y extralimita los lineamientos establecidos por el Consejo de Estado, por ello solicita se tasen en la justa proporción y se tenga en cuenta la concurrencia de culpas.

Seguidamente, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial de dicha entidad, en el entendido que las actuaciones del ente acusador se adelantaron en virtud de las funciones que constitucionalmente le fueron conferidas. De ahí que, no es ajustado a derecho manifestar que existió una privación injusta de la libertad del señor Carlos Arturo Gutiérrez.

Sostiene, que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar la investigación para, que de acuerdo con la prueba que se obtenga en ese momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de Control de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía y decretar las que estime pertinentes, para luego si establecer la viabilidad o no de formular la medida de aseguramiento, ya que si todo se ajusta a derecho le corresponde al juez de garantías decidir y legalizar la medida de aseguramiento en caso de que deba imponerse.

Aduce que la parte actora pretende se declare responsable administrativamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial por falla en el servicio y error en la apreciación probatoria, tras haberse condenado al señor Carlos Arturo Gutiérrez y luego haber sido absuelto en segunda instancia. Sin embargo, resalta que el Tribunal tomó la decisión de absolver por in dubio pro reo, teniendo en cuenta que las pruebas "*dejaron espacios grandes para la incertidumbre*".

Señala que la Fiscalía General de la Nación, no hizo incurrir en error alguno al Juez de Control de Garantías, para adoptar la medida de decisión privativa de la libertad en contra del demandante, en torno a las pruebas que le presentó, pues finalmente es éste último -juez- quien decide y tiene la potestad para imponer la aludida medida restrictiva de la libertad, cuando advierte que no se presentan inconsistencias. Indica, que el ente investigador sólo podría estar llamado a

¹ F. 63- 85

responder en el evento de una falla del servicio al momento de presentar los elementos materiales probatorios ante el referido juzgador.

Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al argumentar que la facultad jurisdiccional de imposición de medida de aseguramiento recae únicamente en cabeza de la Rama Judicial, según las voces de la Ley 906 de 2004. Propuso también, la excepción de *INEXISTENCIA DE ERROR JUDICIAL* y refiere que en el presente caso, tanto las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación como del Juez de Control de Garantías contaron con la justificación suficiente, necesaria y objetiva dentro del proceso penal para imponer la medida de aseguramiento en contra del señor Carlos Arturo Gutiérrez, como quiera que existieron suficientes elementos materiales probatorios que daban cuenta de la responsabilidad del inculcado en la comisión de los delitos de acceso carnal y acto sexual con menor de catorce años.

Refiere que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al demandante se encuentra circunscrita en el ámbito del equilibrio de las cargas públicas, habida cuenta que atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y el contexto en que acaecieron los hechos delictivos, se cumplieron los requisitos mínimos y los criterios de razonabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento. Lo anterior, sumado a que tal medida es un instrumento provisional, en el cual no está definido todo el sentido de la investigación, de tal suerte que para su decreto no se exige contar con una decisión de fondo, pues de ser así no sería procedente la misma.

Afirma que la privación de la libertad no se tornó injusta y tampoco se puede asegurar que la misma haya sido productor de un error judicial que daba ser reparada por la entidad demandada. Indicó que la Fiscalía General de la Nación obró conforme con la obligación legal y las funciones establecidas en el artículo 250 de la Carta Nacional, y por lo tanto, era su obligación solicitar al Juez de Control de Garantías imponer la medida de restricción de libertad en contra del referido ciudadano, en razón de los indicios que para ese momento existían en contra del imputado y la gravedad de la falta (fs. 174 a 186 c1).

1.3.2 -. NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Manifiesta la entidad accionada, que en el caso concreto, no se estructura ninguna clase de responsabilidad en cabeza de la Rama Judicial, por la privación de la libertad del accionante.

Realiza un recuento jurisprudencial del Consejo de Estado frente al régimen de responsabilidad en los casos en los cuales se reclama la reparación de los daños con ocasión a la privación de la libertad.

Advierte que en el presente asunto el análisis que realizó el Juez de Control de Garantías se circunscribió a verificar la razonabilidad, proporcionalidad, ponderación y cumplimiento de los fines legales para la imposición de la medida de aseguramiento, pues la misma resultaba necesaria por tratarse de un delito cuya

pena mínima es de cuatro años de cárcel, dada la modalidad y gravedad del delito cual era el "ACCESO CARNAL VIOLENTO, ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, EN CONCURSO SUCESIVO, HOMOGENEO Y HETEROGENEO AGRAVADO"; delitos que al recaer sobre una menor de edad el inculpado comportaba peligro para la víctima, y no podía ser beneficiario de los subrogados penales a que se refiere la Ley 906 de 2004, por lo que se justificó la restricción de la libertad del demandante. Lo anterior, habida cuenta de los motivos obtenidos por la Fiscalía General de la Nación derivados de la denuncia del padre de la menor afectada, el informe sexológico y la valoración psicológica practicada a dicha infante por parte de médicos y especialistas del ICBF.

Luego de hacer un recuento de la normatividad contenida en el Ley 906 de 2004, para la procedencia de la medida de aseguramiento, señaló que el Juez de Control de Garantías, que conoció del caso, actuó conforme a derecho y al procedimiento que la ley le faculta adoptar dentro de un proceso penal, por lo que no existe responsabilidad de la Nación – Rama Judicial.

Refiere que la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la decisión condenatoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión, y en consecuencia, absolvió al demandante en aplicación del principio de in dubio pro reo, fue dictada según las normas y las garantías del debido proceso, de tal manera que la diversidad de criterios entre dichas providencias judiciales es, simplemente, la expresión del principio constitucional de la autonomía de la voluntad y no constituye un error judicial.

Asegura que la actuación desplegada por el juez de control de garantías en las audiencias preliminares que presidió, en las que no se discute la responsabilidad penal del imputado, toda vez que el juez de garantías trabaja con elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, los cuales no constituyen plena prueba y no son suficientes para discutir la responsabilidad penal del acusado, es claro que la medida de aseguramiento que le impuso al demandante obedeció a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Propuso como excepción el *hecho de un tercero*, como quiera que la denuncia presentada por el señor Fredy Orlando Pineda Cardona, padre de la menor víctima de los delitos ya señalados, y el testimonio presentado por "ésta", dio cuenta de que el demandante había ejercido actos ilícitos en contra de la menor, hecho que conllevó a que se pusiera en funcionamiento la jurisdicción penal, lo que conllevó a la privación de la libertad del demandante. De manera que el resultado dañoso, resulta imputable a dicha denuncia y a los elementos materiales de prueba allegados por la Fiscalía General de la Nación, aunado a que el delito que se endilgaba recaía sobre una menor de edad, y en virtud de lo previsto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2009, lo procedente era imponer la medida de aseguramiento. Por lo tanto, se presenta una carencia absoluta de responsabilidad frente a la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal por el hecho de un tercero.

Aduce como argumento de defensa, la excepción de fondo que denominó *fuerza mayor*, y afirma que si bien en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, emitida por el Consejo de Estado – Sección Tercera, que estableció la responsabilidad objetiva, para aquellos casos, en que la persona privada de la libertad, es posteriormente absuelta, bien por *in dubio pro reo* u otra causal, dicha línea jurisprudencial no es aplicable, en este caso, para la Rama Judicial, como quiera que los supuestos de derecho son diferentes, y se configura un causal eximente de responsabilidad estatal de FUERZA MAYOR.

Advierte que, al realizar un estudio jurídico de los hechos de la demanda y la sentencia absolutoria proferida, en el caso bajo estudio, en contra del señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ, se observa que en el proceso penal tuvo que darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que excluye los beneficios y subrogados penales a las personas imputadas de delitos, como el presente, de acceso carnal violento y acto sexual abusivo con menor de 14 años, y en tal virtud, no le era dable al juez de control de garantías apartarse de los hechos, dejar de valorar las pruebas o desconocer las disposiciones legales como la del artículo citado, pese a la autonomía e independencia de que goza el juez para administrar justicia.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda que hoy nos ocupa fue radicada ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos el día 12 de octubre de 2016, correspondiéndole por reparto a este Despacho (Fl. 138).
- La demanda fue admitida por este Despacho mediante auto del 16 de marzo de 2017, en el cual también se ordenó la notificación personal de la entidad demandada (fl. 140).
- Luego de tramitarse en legal forma la notificación a todos los sujetos procesales, y de cumplirse los términos de ley; se celebró la audiencia inicial, el día 1º de marzo de 2018, en la se decidieron las excepciones mixtas propuestas por los entes demandados y se dispuso, entre otras cosas, **declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Justicia y del Derecho** (fs. 228 a 235 c1).
- El día 18 de febrero de 2021, se celebró audiencia de pruebas, se recaudaron las pruebas decretadas en audiencia inicial, se declaró reclusa la etapa probatoria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fs. 271 a 273).

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.5.1. La parte demandante².

² Fl. 166- 169

La apoderada de la parte actora en sus alegatos de conclusión, insiste en los argumentos planteados en el escrito de demanda frente a la privación injusta del accionante, con el fin de que se acceda a las pretensiones allí elevadas.

Refiere que en el caso bajo estudio, se llegó a la conclusión de que no se demostró contundentemente la ocurrencia de conductas punibles ni la responsabilidad del acusado; y que la ocurrencia del perjuicio se configuró con la detención injusta y arbitraria del actor, así como por la forma irresponsable en la que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación manejaron la prueba para desvirtuar la inocencia del señor Carlos Arturo Gutiérrez, así como la falta de análisis juicioso por parte del Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión que dictó la sentencia de primera instancia.

Señaló que en el presente caso, se encuentran presentes los elementos necesarios para el éxito de las súplicas de la demanda, como quiera que se encuentra acreditada la ocurrencia del perjuicio, existe un nexo causal con la decisión judicial en firme, contra la que se interpusieron los recursos de ley y contiene un error judicial que determina la resolución del conflicto.

Argumenta que los perjuicios padecidos por los demandantes quedaron plenamente demostrados, como quiera que los elementos de la prueba dan cuenta de su causación.

Por lo expuesto, solicitó al despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

1.5.2. RAMA JUDICIAL

La entidad demandada RAMA JUDICIAL realiza un recuento fáctico del caso bajo estudio y otro sobre una base jurisprudencial en relación con el régimen de responsabilidad estatal aplicable a los casos de privación injusta de la libertad, para señalar que es labor del juez, atendiendo a las circunstancias de cada caso, definir el régimen aplicable y analizar el dolo o la culpa en el asunto bajo estudio, esto en aplicación del principio *iura novit curia*.

Señaló que en tratándose de delitos en contra de menores de edad, el legislador ha sido drástico para sancionar todas aquellas conductas que atenten en contra de su integridad física, psicología y su desarrollo sexual, y por ello es que el Juez de Control de Garantías, en el caso en concreto, ajustó el decreto de la medida de aseguramiento a los lineamientos previstos en el ordenamiento jurídico, de ahí que pueda advertirse que la misma estuvo fundada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, atendiendo no sólo a las pruebas recaudadas y presentadas por parte de la Fiscalía General de la Nación, sino a la previsión normativa contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que impide la detención domiciliaria y establece que la medida de aseguramiento debe ser intramural. Con base en lo anterior, considera que se desvirtúa la antijuricidad de dicha medida, en aras del interés superior del

menor, que al encontrarse en un proceso formativo físico y mental requiere de especial protección.

Adujo que en el presente caso, el Juez de Control de Garantías contaba con medios que revelaban con claridad la participación del demandante en el acceso carnal violento y con la posibilidad de que fuera un peligro para la comunidad, pues los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida eran suficientes para establecer de manera razonable que el señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ, habría cometido el delito en mención, y de ahí que tuviera soporte el decreto de la medida de aseguramiento de detención preventiva que se le decretó al demandante.

Finaliza su defensa señalando que no existe responsabilidad alguna de la Rama Judicial en los supuestos perjuicios alegados por la parte actora, y menos un error judicial en los fallos emitidos por la justicia penal, toda que fue claro para los operadores judiciales que con fundamento en las pruebas y testimonios allegados con la demanda, no resultaba posible demostrar la situación fáctica alegada por los allí denunciados, existiendo duda en la comisión de los delitos imputados al demandado³.

1.5.3 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Aduce en sus alegaciones que como quiera que el señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ, fue condenado en primera instancia y absuelto en segunda instancia por parte del Tribunal Superior de Bogotá, pues según lo señalado por esta última Corporación las pruebas practicadas al interior del proceso penal no le daban la certeza de la ocurrencia del delito en cabeza del acusado y por lo mismo ante la duda razonable era procedente aplicar el principio de IN DUBIO PRO REO, a juicio de la entidad, no es equivalente solicitar una indemnización moratoria a cargo de Estado, toda vez que es deber de los administrados actuar de buena fe, observar las obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone y no dar lugar con conductas dolosas o gravemente culposas a la materialización de los perjuicios. Ello, como quiera que el sub lite, se puede inferir claramente que la Fiscalía tenía serias razones para solicitar la legalización de la captura, realizar imputación de cargos y peticionar medida de aseguramiento.

Con base en ello, señala que en el caso bajo estudio existe *ausencia de daño antijurídico*, como quiera que las actuaciones de la entidad investigadora se ajustaron a la legalidad y por lo mismo no puede señalarse que la privación de la libertad del actor se tornó injusta, ya que la medida de aseguramiento se fundó en la norma penal aplicable y en los elementos materiales probatorios con que contaba la Fiscalía para solicitar su detención. Refiere que en el presente caso debe darse aplicación al principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño.

³ Folios 1 a 37 del archivo digital denominado “notificaciones” del expediente digital.

Con todo, señala que la Fiscalía General de la Nación carece de facultad jurisdiccional dispositiva acerca de la libertad de las personas, ya que su postulación le corresponde al Juez de Control de Garantías, luego de que ha examinado sobre su legalidad, proporcionalidad y necesidad, lo cual se hace en audiencia preliminar permitiendo la defensa del contradictorio⁴.

II-. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para decidir el presente medio de control, en los términos indicados en el artículo 155 - numeral 6° de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los antecedentes expuestos, le corresponde a este Despacho establecer si la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; deben responder patrimonialmente por la privación de la libertad del señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**. Para lo anterior, la antijuridicidad del daño deberá analizarse:

-. A partir de la solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento, determinar si el daño es o no antijurídico.

Igualmente, en virtud del principio iura novit curia, se deberá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

Para un óptimo análisis del problema jurídico planteado, el Despacho estima pertinente traer a colación los **precedentes jurisprudenciales que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han establecido, en torno a la responsabilidad administrativa, generada por la privación injusta de la libertad.**

Pues bien, en particular, la responsabilidad del Estado en los asuntos de privación injusta de la libertad, ha sido tratada por la Jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo de distintas maneras, en ese sentido el Consejo de Estado ha variado su postura en los que respecta a esta particular forma de imputar responsabilidad a la administración, de tal suerte que exploraremos brevemente tales cambios, la postura actual y su aplicación de cara al caso en concreto a resolver.

⁴ Folios 41 a 47 del archivo digital denominado “notificaciones” del expediente digital

3. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD -SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 17 DE OCTUBRE DE 2013

Lo primero que debemos indicar es que en los casos que una persona es injustamente privada de la libertad, en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente, puede que se concrete un daño antijurídico indemnizable en los términos del artículo 90 de la Constitución Nacional, por ello, como un desarrollo de este precepto superior el legislador expidió las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996⁵, en donde se detalla la forma en que opera esta particular forma de responsabilidad del Estado.

Antes de estas normas el Consejo de Estado contaba con una doctrina jurisprudencial sobre el particular, que los principios de cosa juzgada, la intangibilidad de las providencias judiciales y el principio democrático, e inclusive ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, esta corporación empezó a analizar la forma en que se abordaban estos casos, así, en un primer momento consideró que solo había lugar a declarar la responsabilidad del Estado, por privación injusta de la libertad, cuando el acto de la detención hubiera sido ilegal o arbitrario, esto se enmarcaba en situaciones en donde se evidenciaba la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus decisiones conforme a derecho, es decir, la privación injusta de la libertad, únicamente podía ser derivada del error judicial.

Esa postura se flexibilizó, pasando a un régimen de responsabilidad objetiva, tomando en cuenta el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 (anterior Código de Procedimiento Penal), que enlistaba las hipótesis en las que procedía la condena por privación injusta de la libertad. Así, la jurisprudencia tomó esos eventos como aquellos en los que debía darse aplicación al régimen objetivo de la responsabilidad, tales supuestos son: i) cuando el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió o iii) la conducta no estaba tipificada como punible. A lo que se contraía la tesis de la jurisprudencia era que en dichos eventos no resultaba necesario demostrar la ocurrencia de error judicial o la ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad, sino que el simple hecho de soportar una privación de la libertad sin condena convertía en injusta dicha privación y configuraba la antijuridicidad del daño.

Luego se amplía el alcance de la responsabilidad por privación injusta de la libertad a los eventos en que el sindicado hubiese sido exonerado de responsabilidad en aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

Sin embargo, si el daño es causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de la propia víctima, en virtud de lo consagrado en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, el Estado quedaba exonerado de la responsabilidad administrativa.

⁵ **ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

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

Esta segunda línea quedó definida en la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013⁶; proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, decisión que se fundamentada en los postulados de un **régimen objetivo de responsabilidad**, la **presunción de inocencia**, el **derecho a la libertad y el carácter excepcional de su restricción**.

4. DE LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SU-072 DE 2018.

Por su parte, la Corte Constitucional señaló en sentencia SU-072 de 2018⁷, que no se puede predicar un régimen de imputación particular o privilegiado en tratándose de casos de privación injusta de la libertad; como quiera que es el juez, partiendo de los fundamentos fácticos y jurídicos de cada caso en concreto, quien define el sustento jurídico de la decisión y el título de imputación aplicable.

En dicha oportunidad, igualmente se consideró que con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, **debe valorarse si la imposición de la medida cautelar privativa de la libertad respetó las exigencias normativas y si la conducta de la víctima hizo parte del curso causal que originó la privación de la libertad**, pues existe siempre la posibilidad de que su actuar hubiere sido un elemento causal en la producción del daño, se puede citar dicha providencia así:

"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.

Para cerrar todo este panorama general, debemos concluir que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, han adoptado una posición para asuntos similares al que ahora se desata, en donde deben estudiarse los hechos que motivaron la privación de la libertad y la conducta del afectado para poder determinar si resultó injusta o no dicha restricción al derecho fundamental, aunado a que en cada asunto el Juez revisará su sustento factico previo a determinar qué régimen de responsabilidad debe aplicar."

⁶ Consejo de Estado. Sala Plena Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Expediente radicado interno: 23354.

⁷ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia T-078 del 5 de julio de 2018. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Expedientes: T-6.304.188 y T-6.390.556.

En consonancia con lo anterior, se tiene que en reciente pronunciamiento del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸ ha precisado que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado ***no resulta contradictoria*** frente a las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 072 de 2018, en lo que respecta **al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad**; como quiera que al sentir de dichas Corporaciones, el artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, y sentencia C-037 de 1996, *-que determinó la exequibilidad condicionada de ese artículo-*, no estipulan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad.

En este sentido, se precisa en el referido que pronunciamiento tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado que resulta factible aplicar el **régimen objetivo de responsabilidad** cuando en el proceso penal se determine que el **hecho no existió**, o la **conducta era objetivamente atípica**. Así, se indicó en la referida decisión:

"5.5. 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".

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal.

Las dos causales anteriores se contrastan con las absoluciones 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 oral.

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

⁸ Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección "A", sentencia del 30 de mayo de 2019, dentro del proceso No. 76001-23-31-000-2011-01091-01(53454), Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo.”

Una vez establecido el panorama jurisprudencial vigente para estudiar casos como el que ahora avoca el conocimiento del Despacho, lo procedente será pasar a verificar lo acreditado en juicio, de cara a establecer si es posible o no imputar responsabilidad a la administración por la privación de la libertad que se presenta como injusta en esta oportunidad.

5.- CASO CONCRETO

De conformidad con lo desarrollado en precedencia se abordará el estudio del sub lite a la luz del título de imputación de falla en el servicio, de acuerdo con los planteamientos de responsabilidad efectuados por la parte actora a las entidades enjuiciadas, y lo indicado en el marco jurídico y jurisprudencial, por tanto para que, en esta instancia prosperen las súplicas de los demandantes, deberá establecerse los siguientes presupuestos;

- El daño, lesión o perturbación a un bien protegido por el derecho.
- Una falla del servicio, por acción, omisión, retardo o ineficiencia del mismo.
- Un vínculo de causa efecto entre la falla y el daño.

a.- El Daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el **daño antijurídico** como “*la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la **víctima no está en la obligación de soportar**, que no está justificado por la ley o el derecho*”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “*el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”⁹.*

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe “*estar cabalmente estructurado, **razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos:** i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. **Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de***

⁹ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración”¹⁰

Ahora bien, examinadas las pretensiones del líbello se advierte que el daño alegado se circunscribe a la *privación de la libertad* del señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ, la que fue catalogada como injusta.

En el sub lite, las pruebas aportadas al proceso ponen en evidencia que el señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ permaneció privado de su libertad, durante el período comprendido entre el 17 de abril de 2012 hasta el 10 de septiembre de 2014, conforme a la certificación expedida por la INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC- (fl. 225 c1).

Lo relacionado en precedencia, permite tener por demostrada la existencia del daño, razón por la que procederá el Despacho a establecer si el mismo es atribuible a las entidades demandadas.

B. De la falla en el servicio -nexo causal con el daño

Procede, en primera instancia el Despacho a determinar si en el caso de autos la detención, captura y *privación* de la libertad del señor CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ se configuró en injusta como consecuencia de una **falla en el servicio** de la administración de justicia¹¹ de conformidad con los hechos probados.

En primera medida, acoge el Despacho los criterios jurisprudenciales anteriormente referenciados, y se determina que el régimen de imputación que **resulta aplicable al caso que nos ocupa**, es el de la **responsabilidad subjetivo**, ello conforme a los argumentos que pasan a exponerse.

Así, en lo que respecta al régimen de responsabilidad aplicable en casos de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado¹² precisó:

*"5.5. 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".*

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000- 2008-00974-01(38522) Actor: OMAR DE JESÚS CORTÉS SUÁREZ Y OTRA Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

¹¹ En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 30 de enero de 2013. Exp.: 22.423

¹² Consejo de Estado Sección Tercera – Subsección "A", sentencia del 30 de mayo de 2019, dentro del proceso No. 76001-23-31-000-2011-01091-01(53454), Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal.

Las dos causales anteriores se contrastan con las absoluciones 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 oral.

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 subjetivo.”

Así, de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales anteriormente señalados, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han señalado que resulta factible aplicar el **régimen objetivo de responsabilidad ÚNICAMENTE** cuando en el proceso penal se determine que el **hecho no existió**, o la **conducta era objetivamente atípica**.

En el caso bajo estudio, la responsabilidad que se le atribuye a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, ha de examinarse bajo el **régimen de responsabilidad subjetiva**, dado que la absolución de la víctima obedeció al principio de “***indubio pro reo***”.

Se plantea en la demanda que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en el presente caso, son administrativamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes por el presunto carácter injusto de la privación de la libertad a la que, se indica, fue sometido el señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**, como consecuencia de la imposición de la medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

Como se precisó en el marco teórico de la presente providencia, la privación injusta de la libertad se encuentra regulada en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece que, quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios. En este sentido, la Corte Constitucional frente a la exequibilidad del artículo 68 de la norma en comento, condicionó dicha disposición en aclarar que el término “**injustamente**” se refiere a una **actuación**

abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales¹³.

De acuerdo con la norma en comento –Ley 270 de 1996–, y su condicionamiento de constitucionalidad, el estudio de responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad debe hacerse bajo los parámetros que conlleve analizar las circunstancias en que se produjo la privación de la libertad, para determinar si obedeció a una medida apropiada, razonada, conforme a derecho o si la conducta de la entidad fue abiertamente arbitraria. Aunado a lo anterior, según las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, este tipo de controversias no cuentan con régimen de responsabilidad particular o privilegiado, como que quiera que tanto artículo 68 de la Ley 270 de 1996, como el artículo 90 de la Constitución Nacional no establecen un único título de atribución. Por ello, en la sentencia de unificación SU -072 de 2018 se advierte que es el juez, partiendo de los fundamentos fácticos y jurídicos de cada caso en concreto, **quien define el sustento jurídico de la decisión y el título de imputación aplicable.**

Por ello, destaca que con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, ***debe valorarse si la solicitud de orden de captura y de imposición de la medida cautelar privativa de la libertad respetó las exigencias normativas y si la conducta de la víctima hizo parte de la causal que originó la privación de la libertad***, pues existe siempre la posibilidad de que su actuar hubiere sido un elemento causal en la producción del daño.

Ahora bien, en el presente asunto, está demostrado que en audiencia preliminar de Formulación de Imputación llevada a cabo el día **17 de abril de 2012**, el Juzgado 39 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, legalizó captura realizada ese mismo día y profirió la medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro penitenciario, en contra del señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**, por la presunta comisión de los punibles de *Acceso carnal violento, acceso carnal abusivo con menos de 14 años, actos sexuales con menor de 14 años, en concurso sucesivo, homogéneo y heterogéneo, agravado con circunstancias de mayor punibilidad*; medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo previsto en el artículo 308, numerales 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal (fs. 4 al 7 c2), que a la letra reza :

"ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996 [fundamento jurídico 2].

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

Esta medida consistente en la privación de la libertad, se mantuvo en ejecución y no fue levantada hasta la sentencia de segunda instancia del **10 de septiembre de 2014**, cuando la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, revocó la decisión de primera instancia, y profirió fallo absolutorio a favor del procesado señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**.

Ahora respecto de la medida de aseguramiento, vale mencionar que al presente proceso, si bien es cierto fue allegado copia del expediente penal, no fueron aportados los audios y videos de las audiencias llevadas a cabo dentro del proceso penal, por lo que no fue posible identificar con exactitud los elementos aportados por la Fiscalía General de la Nación para solicitar la medida de aseguramiento; sin embargo revisado el expediente penal se observa el escrito de acusación elaborado por dicho ente investigador, se relaciona las pruebas a través de las cuales solicitó inicialmente la medida de aseguramiento: el testimonio de la menor afectada realizado por la Psicóloga del ICBF y una Valoración Sexológica elaborada por la Unidad Básica del Atención al menor del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entre otros (fs. 8 y 9 del c2).

Bajo ese contexto, el Despacho considera que el ente investigador, solicitó en su momento la captura del señor Carlos Arturo Gutiérrez, por contar con elementos materiales probatorios que indicaban que el citado participó en los hechos que se investigaban.

En efecto, en el expediente obra la entrevista a la menor Angela Daniela Pineda Garzón realizada, ante la Defensora de Familia, el **20 de junio de 2011**, por parte de la Psicóloga YAQUELINE SÁNCHEZ SALDARRIAGA perteneciente al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en la que la menor relató:

"(...)

Pregunta: Cuéntame por que estas aquí?

Respuesta: porque lo que para es que yo me acosté con mi novio y él sabía que yo no era virgen, entonces, mi papá se enteró y me dijo que me iba a hacer una prueba en medicina legal, yo tenía mucho miedo, porque él no sabía lo que había pasado, entonces, yo le conté a mi mamá, por la mañana, que este señor me había hecho todo eso, y salimos al CAI de la alquería y mi mamá le dijo a mi papá que yo no era virgen y le preguntaron quien había sido, y yo le dije que era el esposo de mi nana (abuela) que es CARLOS.

Pregunta: a que te refieres cuando dices "él no sabía que había pasado".

Respuesta: que me había violado, yo le conté a mi papá lo siguiente, le dije, que una vez yo no me acuerdo (sic) el día el mes ni nada, y en las noches, este señor cuando salía de trabajar me traía bombombunes, y le hacia introducir en la vagina y después se los comía y me decía que le besara su parte intima, y así fue varias noches, yo lo hice, otra noche yo me acosté con ellos, con mi nana y él, y él me empezó a tocar los senos,

me metió la mano dentro de la ropa y me cogió la vagina y me cogió la cola, y yo dije nada (sic) porque no sabía que era eso, entonces al igual me volví a acostar con ellos, la otra noche otro día, paso lo del bombombun y me volví a acostar allá y había una colchoneta que se iba a caer, y se calló y me dijo que nos bajáramos que estaba haciendo mucho calor, y yo me baje, y él se bajó el pantalón y el me tapó la boca y fue cuando el introdujo su pene en mi vagina y eso duele mucho, mucho, y él se mesaba, se movía en mi, y después se acabo y nos volvimos a subir a la cama, al otro día amanecieron los cucos manchados, nadie se dio cuenta, y yo no sabía que había pasado y luego nos separamos cada uno por su casa, y ya, eso fue en el barrio de mi abuelita, y después nos fuimos a vivir en el Clareth, después de esa vez nunca mas me volvió a decir nada, y después estábamos en el Clareth viviendo, entonces eran las 9 o 10 de la noche estábamos durmiendo, estábamos que llegara mi papá (sic), entonces él llegó y tocó ese fue el día de mi cumpleaños, el dos de agosto, y el me traía una flor y unos pantis, y el me cogió en la cadera, y el me empezó a besar, entonces el me sentó en la mesa y me empezó a bajar los pantis y él empezó a subir las manos por las piernas, en ese momento timbró una vecina, entonces me subió los cucos y dijo chao y se fue y eso se quedó así, en ese momento nunca le había dicho nada, hace tres, cuatro años, yo le conté a mi mamá que él me había manoseado, yo nunca le dije que él había abusado de mi, entonces ese día mi mamá le dijo a mi abuelita y dijo que eso era mentira que como era eso y mi mamá lo citó en una panadería en la esquina de la casa, entonces, me contó mi mamá que él le dijo que yo era una niña, que yo no sabia lo que decía, mi mamá siempre quedó con la duda, nunca le dijo a mi papá, hasta hoy, yo me empecé a enfermar, y el psiquiatra me dio vio, el de la misericordia, y me dijo que tenía un trastorno de ansiedad no especificado, y el dijo que yo tenía un trauma que algo me había pasado, entonces él me mando una droga para que estuviera tranquila, (...) eso me mantenía dopada, entonces esa imagen del bombombun llegaba a mi cabeza, después me vio el cardiólogo y dijo que tenía un cincopevasovagal y ya vinimos acá.

(...)

Pregunta: cuando sucedió lo que acabas de narrar, cuantos años tenias?

Respuesta: 8,9 años

Pregunta: lo que acabas de narrar, alguien se dio cuenta?

Respuesta: nunca nadie

(...)

Pregunta: en que momentos te quedabas sola con él:

Respuesta: eso era por momentos, no recuerdo bien.

Pregunta: a quien te refieres que realizó lo que estas narrando

Respuesta: al esposo de mi NANA, CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, el esposo marido de mi abuelita.

(...)

Pregunta: cuando sucedió lo que narras de la colchoneta, expresas "me dolió mucho mucho", en ese momento no gritaste?

Respuesta: no tenía la boca tapada.

Pregunta: dado que te dolió, porque no le contaste a tu abuelita

Respuesta: no sé, porque era muy pequeña y no sabía que era eso

(...)

Pregunta: lo que me narraste le había contado a alguien?

Respuesta: el que sabia era mi novio y una amiga.

Pregunta: Cuando iniciaste la narración, cuando te pregunte sabes porque estas aca, expresas " lo que pasa es que yo me acosté con mi novio y él sabia que yo no era virgen" a que te refieres?

Respuesta: es que o sea si piensan que es si es por tapar (sic) o evitar un regaño, era una aclaración.

Pregunta: hace cuando iniciaste tu vida sexual activa.

Respuesta: yo no mantengo una vida sexual activa.

Pregunta: desde hace cuanto eres novia de tu novio actual

Respuesta. 8 meses

Pregunta: antes de esos ocho meses, has sostenido relaciones sexuales?

Respuesta: después de lo que me sucedió no.

Pregunta: desde hace cuanto sostienes relaciones sexuales con él?

Respuesta: Desde hace tres meses y sólo fue una vez.

Pregunta: utilizas métodos de planificación

Respuesta: no, no mantengo una vida sexual activa.

(...)

Pregunta: que te motivó a contar lo que narraste:

Respuesta: la verdad no quería contarle a mi papá, y ya como que se supo y como que el cuerpo necesita hablar

Pregunta: Que te motivó a hablar con tu papá

Respuesta: porque él me preguntó que quien había abusado de mi y yo pensé, y le dije que tenía miedo, y él me dijo que le dijera y ya, y él me dijo que era mejor decirlo porque tarde o temprano las cosas de descubren.

(...)

Que sientes frente a lo que sucedió

Respuesta: miedo, rabia, como un hecho trágico para mi y para toda mi familia, el hecho de contarles a mis papás, es algo que no se va a borrar.

Pregunta: Como crees que este hecho te ha afectado

Respuesta: psicológicamente, es porque yo estoy así y se me vienen a la mente ese recuerdo, y pienso pro que (sic) me paso a mi siendo tan niña.”
(fs. 79 a 84 c2).

Se advierte también que, en el plenario reposa el Informe Técnico Médico Legal Sexológico elaborado, en fecha en fecha 10 de junio de 2011, por el Instituto Nacional de Medicina Legal, a la menor Angela Daniela Pineda Garzón, en donde se consignó el relato de la menor que, en contexto, corresponde a los mismos hechos señalados ante el ICBF, sobre los actos de abuso sexual que sufrió y le fueron producidos por parte del señor Carlos Arturo Gutiérrez, esposo de la abuela Blanca Ensueño Cardona, cuando la menor tenía 8 o 9 años, aproximadamente.

Concluye el referido informe:

"Victimas de delito sexuales por el tiempo transcurrido desde la última vez de los hechos 2 de agosto de 2006 y el examen se hace innecesaria la toma de muestras para el laboratorio para investigar semen. El anterior hallazgo no descarta ni confirma los hechos, tener en cuenta el relato del menor, el relato del menor es coherente, preciso y concreto y cronológico no cambia los hechos al repetir los mismos, identifica completamente y sin duda al responsable de los hechos y a los actores del conflicto (...)" (fs. 76 y 77 c2).

De lo anteriores, puede desprender que, para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento, se contaba con la entrevista de la menor realizado por el ICBF y el Informe Pericial Sexológico elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, que motivaron la investigación que se le adelantó por parte de la Fiscalía, en cumplimiento de su deber constitucional de investigar las conductas que pudieran constituir delito, esto según artículo 250 de la Constitución Política y, con ello, la solicitud de la medida de aseguramiento por parte del ente acusador y su decreto efectivo por parte del Juez de Control de Garantías que conoció del asunto.

Ahora, en sentencia del **21 de abril de 2014** el Juzgado Primero Penal del Circuito de Descongestión con Función de Conocimiento de Bogotá, profirió fallo condenatorio en contra del señor **Carlos Arturo Gutiérrez**. Así quedó registrado en sentencia:

"SENTIDO DEL FALLO

*La directora del Audiencia, luego de declarar finalizado el debate dentro del juicio oral, señaló que de acuerdo con el artículo 445 del CPP correspondía al Despacho Judicial, emitir el sentido del fallo, el cual precisó era de carácter condenatorio; que a se conclusión arribó luego de hacer abalizado las pruebas que fueron aportadas legalmente al proceso y que se practicaron dentro del juicio oral bajo las reglas establecidas en la constitución y la ley, como lo son el testimonio del siquiatra que valoró a la menor víctima de las agresiones sexuales; así como la declaración de la psicóloga del Bienestar Familiar; del médico que practicó el examen sexológico a la menor y los testimonios de los investigadores a través de los cuales, se escuchó la versión de la madre y el padre cuando se formuló la correspondiente denuncia; por lo que la Sede Judicial con fundamento en conceptos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, encuentra que en relación a los conceptos que emiten los especialistas concebidos como prueba directa, arriba a la conclusión de que la fiscalía con base en dichas pruebas ha logrado demostrar la teoría de su caso y en ese sentido el fallo será de carácter condenatorio para el señor **CARLOS ARTURO GUTIERREZ**, identificado con cédula de ciudadanía 19.225.104 por el delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años en los términos que hizo o que solicitó la condena la fiscalía.*

(...)

*Así las cosas y aunque no se contó con la versión de la menor en Camara Gesell, ni con la declaración del denunciante o de la madre al debate, si concurrieron ese grupo de profesionales expertos citados en acápites anteriores, quienes de manera espontanea en cada una de sus especialidades, entregaron a la audiencia, un relato de la situación fáctica que les relató la menor, pudiéndose advertir que esa narración guarda un mismo eje conceptual, al punto que así lo consignó la Doctora **MONICA PACHECO SERPA**, quien consignó en su informe medico legal sexológico, que no obstante el transcurso del tiempo, la menor guardó coherencia en su relato fáctico. Luego entonces no cabe duda que le hecho ocurrió y que el protagonista de él fue el señor **CARLOS ARTURO GUTIERREZ**, quien ostentaba la calidad de abuelastro, al ser el esposo de su abuela paterna.*

(...)

*Bajo ese contexto jurisprudencial, debe afirmarse que siendo la Dra **MONICA PATRICIAL PACHECO SERPA**, una perito que realizó la valoración sexológica a la menor y emitió su concepto, sus expresiones en audiencia han de ser tenidas como prueba directa en relación a lo que en conocimiento científico evidenció en la víctima y no de referencia, máxime que su concepto lo fue de acuerdo a su especialidad en este caso, perito sexológica, quien valoró físicamente a la menor, y le escucho su relato que consignó de manera puntual en la anamnesis, siendo así, como se tiene que ante ella la menor víctima hizo un relato de lo ocurrido, y aunque se*

concluyó que si bien los hallazgos no confirman ni descartan los hechos, las expresiones de la menor eran coherentes precisas y concretas; además de advertirse la narración con un adecuado orden cronológico, al punto que no cambió los hechos no obstante repetirlos, identificando completamente y sin duda al responsable de ellos, por lo que emerge imperativo otorgarle la fuerza de prueba directa.

En relación con el testimonio de la psicóloga SANCHEZ SANDARRIGA, quien declaró sobre la narración que le hizo la menor sobre los hechos destacó que contó con detalles de lo ocurrido, y precisó la técnica utilizada en la entrevista, la cual se hizo con el acompañamiento del defensor de familia, concluyendo que la adolescente mostró ubicación en el tiempo y espacio demás de claridad en los conceptos de verdad y mentira al tiempo que presentó una expresión verbal y cognitiva acorde a su edad y grado de escolaridad, lo que la conllevó a concluir en audiencia que la menor vivenció las situaciones que narró y aunque no por ello se debe considerar que se trate de un testigo directo, no podemos desatender que se trata de una entrevista judicial que la practica una psicóloga, que ingresó al proceso como una entrevista recepcionada por una testigo experta, la cual es acompañada, armonizada y soportada en los investigadores (...) quienes fueron los encargados en su orden de recepcionar la entrevista realizada a la madre de la menor y la denuncia instaurada por el progenitor; compendio probatorio que autorizan a la sede deducir la ocurrencia de los hechos por los que la Fiscalía llamó a juicio a CARLOS ARTURO GUTIERREZ.

Consecuente con lo analizado, se verifica la comisión de los actos sexuales agravados en la menor ADPG en concurso homogéneo y heterogéneo con acceso carnal abusivo con menor de 14 año, con la misma circunstancia de agravación conforme a lo normado por el art. 211 numeral 2 del C.P. en tanto, las conductas fueron realizadas en diversas oportunidades por el agresor sobre su consanguínea -nietrasta-.

(...)

En acatamiento de los presupuestos citados y como se evidencia de la información condensada en la entrevista psicológica recepcionada a la menor por la doctora JACKELINE SANCHEZ SALDARRIAGA con fecha 20 de junio de 2011; del examen sexológico practicado por la doctora MONICA PACHECO SERPA, a la menor el 19 de junio de 2011, quienes en su labor profesional no sólo aplicaron los protocolos exigidos para la práctica de la entrevista en el campo psicológico correspondiente a la primera, y en el examen técnico médico legal sexológico desplegado por la segunda a la menor víctima, se determina sólo la ocurrencia del hecho, sino que además, en grado de certeza, se establece la responsabilidad del acusado, quien no dudó en vilipendiar la inocencia de A.D.P.G., quien por su corta edad al momento del suceso, no entendía ni comprendía los vejámenes que desplegaba el acusado; sin que se puedan tener los relatos de estas profesiones en audiencia, como prueba de referencia, como lo plantea la defensa, por cuanto fueron expertas que en desarrollo de sus conocimientos científicos conocieron del suceso fáctico que tuvo que vivir la menor ADPG, a sus escasos 8 o 9 años, sin que la precisión de la edad y de fechas puntuales de los vejámenes de que fue víctima, tengan alguna incidencia estructural en la deducción de responsabilidad que le asiste al acusado, dado que en las referidas actuaciones, se guarda un mismo eje fáctico en las expresiones que la menor entregó a cada una de estas facultativas; por tanto esos testimonios (...) tienen la fuerza probatoria para

deducir el aspecto subjetivo o de culpabilidad dolosa en el acusado por las conductas endilgadas(...)

Con base en los anteriores argumentos el juez de instancia, advirtió que se había logrado desvirtuar la garantía constitucional de presunción de inocencia e Indubio Proreo del procesado, y por ello le declaró penalmente responsable al señor CARLOS ARTURO GUTIERREZ como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años en concurso homogéneo y heterogéneo con acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravados los dos, dada la posición de autoridad que ejercía sobre la víctima el acusado así como la confianza en él depositada, por lo que fue impuesta una pena principal de 130 meses de prisión (fs. 42 a 71 c1).

La referida decisión fue objeto de recurso de apelación y mediante sentencia de segunda instancia del **5 de septiembre de 2014**, cuando la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, revocó la decisión de primera instancia, y profirió fallo absolutorio a favor del procesado señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**, así:

"(...)

En el caso sometido a consideración, la labor investigativa no fue adecuadamente agotada en el juicio, toda vez que los elementos materiales de prueba allegados al debate no constituyen prueba directa, concreta y con suficiente fuerza demostrativa, de manera que permitan pregonar la ocurrencia de los delitos y la responsabilidad atribuida en la acusación a CARLOS ARTURO GUTIERREZ.

(...)

Por consiguiente, estima esta instancia que la presunción de inocencia amparada constitucionalmente, no se alteró pues no se demostró contundentemente la ocurrencia de conductas punibles ni la responsabilidad del acusado, dado que se allegaron al debate probatorio únicamente pruebas de referencia en relación con lo supuestos hechos y, periciales en torno a la salud mental y física de la jovencita, que tampoco permiten sostener el fallo de condena que se cuestiona."

Adujo dicha Corporación, que las pruebas recopiladas en juicio solamente se limitaba a pruebas de referencia de los profesionales de la medicina que intervinieron en la atención de la menor antes y después de la denuncia, esto es, las practicadas por la psicóloga y la médico legista, ante quienes la menor afectada había relatado los hechos de abuso que habría padecido; pruebas que aunque eran relevantes en los casos de denuncia de abuso sexual en menores, consideró, el fallador de segunda instancia, que *"sino se acompañan de medios de convicción directos, no permiten tener por demostrada la ocurrencia de los delitos y la responsabilidad atribuida al enjuiciado"*.

Señaló dicha Corporación, entre otras cosas, que tampoco se había logrado desvirtuar la teoría de la defensa, consistente en, la falsa denuncia generada por la presión que sintió la menor al quedar embarazada a los quince años de edad y tratar de justificar la pérdida de su virginidad haciendo el señalamiento en contra del procesado (fs. 73 a 83 c1). Con base en tales consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dio aplicación a lo previsto en el aparte

final del inciso segundo del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, normativa que en su totalidad reza:

"ARTÍCULO 7o. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal. En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda."

Ahora, de conformidad con lo previsto en el artículo 306 del CPP, corresponde a la Fiscalía General de la Nación solicitar la imposición de medida de aseguramiento al Juez de Control de Garantías, indicando la persona, el delito, los medios de conocimiento para sustentar la medida y su urgencia, con el fin de llevar al convencimiento del juez sobre la necesidad de la imposición de la misma.

Los artículos 308 y 313 del Código de Procedimiento Penal, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento, señalan:

"ARTÍCULO 308. REQUISITOS. *El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

PARÁGRAFO 1o. La calificación jurídica provisional contra el procesado no será, en sí misma, determinante para inferir el riesgo de obstrucción de la justicia, el peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y la probabilidad de que el imputado no comparezca al proceso o de que no cumplirá la sentencia. El Juez de Control de Garantías deberá valorar de manera suficiente si en el futuro se configurarán los requisitos para decretar la medida de aseguramiento, sin tener en consideración exclusivamente la conducta punible que se investiga.
(...)

"ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. *Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:*

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.

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

3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

4. <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

En el supuesto contemplado por el inciso anterior, se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad en los términos de los artículos 308 y 310 de este código.” (Resaltado por el Despacho)

A su turno, los artículos 208 y 209 del Código Penal, señalan la cuantía de la pena privativa de la libertad en que incurre quien cometa delitos sexuales con menores de catorce años, así:

"ARTICULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años."

"ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años."

Conforme con lo anterior, es claro que la medida de aseguramiento privativa de la libertad que se impuso en contra del señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**, resultaba procedente como quiera que para el momento de la imposición de la misma, la Fiscalía contaba con elementos probatorios suficientes para sustentar su decreto, como lo era, la entrevista de la menor realizado por el ICBF y el Informe Pericial Sexológico elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, además de la denuncia del progenitor de la menor afectada; elementos materiales probatorios con base en los cuales también se justificó el decreto de dicha medida por parte del Juez de Control de Garantías.

Lo anterior se refuerza aún más si se tiene en cuenta la previsión normativa contenida en el artículo 199 de la ley 1098 de 2006 "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", según el cual, en tratándose de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, 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 reclusión¹⁴; supuesto jurídico que efectivamente se aplicó en el caso bajo estudio, en contra del señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**.

De ahí que, evidentemente la etapa preliminar de la actuación penal, y concretamente en las actuaciones desplegadas por el ente investigador y el Juez de Control de Garantías, en la que se decretó la medida de aseguramiento en contra del referido señor, se ajustó a la normatividad penal aplicable y procedente, y por ende se tornó razonable, dada la gravedad de la conducta, la condición de menor de edad de la víctima y los varios medios de convicción con que se contaban en ese momento, los cuales permitían inferir la participación y autoría del señor Carlos Arturo Gutiérrez en los delitos sexuales ya anotados en contra de una menor de edad.

Si bien la privación de la libertad que soportó **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ**, produjo un menoscabo a la libertad personal, derecho reconocido en el artículo 28 constitucional; lo cierto es que la medida de aseguramiento, proferida contra referido ciudadano, encaja dentro de los eventos en que era procedente, tal y como se advierte de la normatividad penal transcrita.

Ahora, este Despacho considera pertinente destacar lo señalado en reciente jurisprudencia, del Consejo de Estado¹⁵, en un caso similar al presente en el que se analizó lo relacionado con la privación injusta de la libertad cuando la víctima del punible era una menor de edad. En dicha oportunidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló:

"Finalmente, dentro de la investigación penal, se le practicó a la menor un dictamen médico sexológico que obra en copia auténtica dentro del expediente que arrojó los siguientes resultados:

"Himen Anular Integro (sic) No Dilatable lo cual indica que no ha sido desflorado, Tono Anal Normal, Forma Anal Normal, No Hay Signos clínicos compatibles con contaminación venérea al momento del examen. (...) Los hallazgos al examen físico no permiten confirmar ni descartar maniobras sexuales en la examinada, es importante tener en cuenta el relato dado".

¹⁴ El artículo 199 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), señala:

"ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. 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.
(...)"

¹⁵ Sentencia del 29 de julio de 2019, dentro proceso 76001-23-31-000-2009-00033-01 (47050)

Así las cosas, por basarse en una denuncia formulada por una funcionaria del municipio, sin mayor interés que el de cumplir a cabalidad con su labor como psicóloga de la Secretaría de Salud, y ante la necesidad de salvaguardar la integridad de la menor afectada, quien acudió en compañía de su tía buscando ayuda, posteriormente rindió declaración, sin que se hubiera evidenciado intención de dañar al señor Herrera, o de haber sido entrenada para contestar los interrogantes que se le plantearon; y ante la información entregada en declaración por la madre de la menor, que no solo reconoció no haberle creído a la niña en un primer momento, sino que coincide con su hija en que el señor José Antonio Herrera las maltrataba y amenazaba constantemente, esta Subsección encuentra que el ente investigador contaba con elementos de prueba que permitían afirmar, con un nivel de certidumbre incluso mayor al que proporcionaría la prueba indiciaria, la responsabilidad de José Antonio Herrera en el delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años, siendo así menester proferir medida restrictiva de la libertad como lo imponía la normativa.

Como si lo anterior no fuera suficiente, el dictamen médico sexológico elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses guardaba relación con lo manifestado por la menor, pues nunca mencionó haber sido accedida, y además aseveró que no había sangrado, por lo que era lógico que no se hubiera presentado desfloración. Sin embargo, el dictamen concluyó que los exámenes no permitían ni descartar, ni confirmar maniobras sexuales, motivo por el cual, debía dársele importancia al relato entregado por la menor ofendida, como en efecto lo hizo el ente investigador en su momento.

En consecuencia, como la restricción de la libertad de José Antonio Herrera y su posterior absolución fue ajustada a derecho y no encuentra la Sala razones para inferir que hubiera sido inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, resulta forzoso concluir que la privación de la libertad padecida se encontraba amparada por un título jurídico que obligaba al actor a soportar la restricción a su libertad personal.”

En punto a ese mismo asunto, el Consejo de Estado en sentencia del 28 de junio de 2019, dentro del proceso identificado bajo el radicado N° 76001-23-31-000-2006-03425-01(42863), precisó:

"4.5.- La Sala considera, además, que la medida de aseguramiento de detención preventiva era claramente necesaria en el asunto bajo examen. En primer lugar, se observa que en el examen médico-sexológico practicado en el proceso penal, dos días después de su declaración, se sugirió la protección inmediata al menor, además de su vigilancia, por considerar que estaba expuesto a un alto riesgo. En segundo lugar, en la entrevista inicial socio-forense por delito sexual, realizada por un perito forense, se recomendó ofrecer protección al menor. Y, en tercer lugar, en el informe psicológico núm. 1 (parcial), del 2 de febrero de dos 2005, se advirtió que era necesario brindar apoyo a la madre de menor, para que le ofreciera protección y cuidado, pues se evidenció manipulación del menor bajo el cuidado de la familia del padre. Esto mostraba, con claridad meridiana, la necesidad de apartar al menor del, entonces, eventual responsable de la perturbación sexual de la que era objeto.

4.6.- Así las cosas, esta Sala concluye, por fuerza de los anteriores argumentos, que la medida de restricción de la libertad del señor Rubiel de

Jesús Valencia Agudelo estuvo respaldada en un título legal acorde con el ordenamiento constitucional y las disposiciones convencionales y, por ende, no tiene un carácter antijurídico.”.

El Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de marzo de 2019, dentro del proceso 44001-23-31-000-2004-00987-01(45574), con ponencia de la Doctora María Adriana Marín, reiteró y estableció los parámetros que deben adoptar los operadores judiciales en el estudio de responsabilidad estatal tratándose de privación injusta de la libertad y la procedencia de la imposición de las medidas de aseguramiento dentro del proceso penal cuando se tratare un punible o delito sexual, ello desde una perspectiva de género. Sobre ese punto señaló:

"Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido adoptando una cosmovisión con perspectiva de género en casos específicos de privación injusta de la libertad, mediante los cuales se evidencia que hay de por medio una víctima de violencia sexual que, en muchos casos, tuvo que someterse a una revictimización y, posteriormente, ver que su agresor fue absuelto en virtud del principio de in dubio pro reo, por no hallarse "pruebas suficientes" para ser acreedor de una condena, pero que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la conducta del procesado resultó determinante para concluir que sus acciones promovieron y dieron lugar a una medida restrictiva de la libertad.

(...)

Así las cosas, en atención a la labor como operadores judiciales en relación con la deconstrucción de un sistema estructurado discriminatorio de género, se concluye que en el presente caso la manifestación del hoy demandante en su indagatoria echó mano de una excusa fácil socialmente aceptada, que le permitía salvar su responsabilidad con la aceptación de una práctica que si bien puede leerse como discriminatoria, no ha sido tipificada como delictiva. No se puede obviar el avance en el contexto nacional e internacional en relación con la proliferación de normas que impulsan la eliminación de la discriminación de la mujer, como quedó expuesto, dado que Colombia ha suscrito la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención De Belem Do Pará), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) -entre otras-, normas que están encaminadas a proteger a la mujer y, que a su vez, obligan a las autoridades a actuar frente patrones discriminatorios en aquellos paradigmas relacionados con la violencia de género, porque es preciso expresarlo, en el estudio de la responsabilidad patrimonial, se logró visualizar que la señora M.H.A. fue víctima y sus derecho a la libertad y autonomía sexual fue vulnerado.

Por lo expuesto hasta este punto, es posible aducir que la actuación de la Fiscalía Primera de la Unidad Seccional de Vida de Riohacha, al imponer la medida de aseguramiento en contra del señor Luis Rafael Redondo Uriana en establecimiento carcelario, se ajustó a las pruebas que practicó y los indicios que construyó a partir de las mismas, conforme a las disposiciones legales que regulaban dicha fase dentro del proceso penal.

Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen suficientes para negar la reparación reclamada por el demandante respecto de la imputación realizada a la Fiscalía General de la Nación. Esto es así porque

responden a la explicación más razonable de lo probado.

De esta manera, observa la Sala que aun cuando a favor del señor Luis Rafael Redondo Uriana se profirió resolución de preclusión de la investigación en aplicación del principio de in dubio pro reo, porque la Fiscalía consideró que no existían suficientes elementos probatorios que permitieran mantener la medida de aseguramiento impuesta, la Subsección concluye que valoradas las pruebas allegadas al expediente, el juicio de las mismas se hizo en el trámite de la investigación penal y proferir la medida de aseguramiento resultaba plenamente razonable; ajustado a las disposiciones legales y, por tanto, era proporcional.

Con todo lo mencionado anteriormente, se deduce que el ente investigador tenía indicios y soporte probatorio suficiente para inferir que la denunciante había sido víctima del acceso carnal, obligada mediante intimidación, por lo que la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la deber de investigar al sindicado y, además, privarlo de la libertad mediante una medida de aseguramiento en centro carcelario debido a la gravedad del delito por el cual fue procesado. Como consecuencia, la Sala confirmará la sentencia denegatoria de las pretensiones.”.

Atendiendo al caso bajo estudio, encuentra el Despacho que pese a que, como lo señaló el Tribunal Superior de Bogotá en la sentencia de segunda instancia, el ente acusador no logró desvirtuar la presunción de inocencia del señor Carlos Arturo Gutiérrez y, por duda, fue absuelto en aplicación del *indubio pro reo*, lo cierto es que, en sede del estudio de la responsabilidad administrativa que se le endilga a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL en los hechos materia de debate, y con base en las pruebas recaudadas en el proceso penal que se adelantó en contra del aludido ciudadano, es posible inferir que la actuaciones de las entidades demandadas de solicitar y decretar medida de aseguramiento restrictiva de la libertad del demandante, se ajustaron a los hallazgos probatorios recogidos en esa oportunidad y a los serios indicios que de ellos se podían deducir, sobre la muy posible ocurrencia del delito sexual en la menor de catorce años, y de ahí que, su conducta debía ser investigada y era procedente decretar la medida de aseguramiento impuesta dadas las disposiciones legales que le eran aplicables al punible investigado.

Lo anterior, máxime cuando, de un lado, finalmente, tampoco se demostró plenamente la inocencia del señor Carlos Arturo Gutiérrez, y de otro, porque no se justifican las razones que aduce la parte actora, de que la menor habría inventado el abuso para ocultar un embarazo temprano, pues el relato de los hechos en los acaeció el abuso sexual, realizado por la menor, en nada se relacionan con el ocultamiento o justificación de un estado de gravidez, sino que la narración, que dicho sea de paso es consecuente y coherente en términos de ocurrencia, muestran su angustia y temor de que su progenitor y su familia se enterara de tales hechos que le habrían sucedido años atrás cuando tenía 8 o 9 años de edad, pero que debido a su inocencia e ingenuidad no era consciente de la magnitud de tales eventos como para contarlos a su abuela o progenitores, hechos que salieron a la luz cuando se trató el tema de la virginidad de la menor.

Por ello, advierte esta Sede Judicial que no existe vínculo causal entre la medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el presente

asunto, como quiera que la privación de la libertad del referido señor no tuvo su causa eficiente o adecuada en las decisiones emitidas por la Jurisdicción Penal, sino en los medios de prueba recopilados durante la investigación del punible, y los serios indicios que de ellos se podían desprender.

Así las cosas, no es posible atribuir responsabilidad administrativa alguna a la Rama Judicial como tampoco a la Fiscalía General de la Nación, como quiera que si bien el aludido demandante sufrió un daño, en el entendido de que éste estuvo privado de la libertad, no puede predicarse de aquellas circunstancias antijuridicidad alguna que haga procedente su indemnización, ya que como se advirtió, la prolongación en el tiempo de la restricción en la libertad se generó debido a que la conducta del demandante tenía que ser investigada, dadas las pruebas allegadas en la etapa inicial de la investigación penal, la calidad de menor de edad de la víctima dentro del proceso penal, la gravedad del punible atribuido y la normatividad penal aplicable.

De conformidad con lo anterior, no habrá lugar a declarar la **responsabilidad de las entidades demandadas, por el daño padecido por la parte actora, y en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.**

III. COSTAS

Sobre la condena en costas la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188, consagró una obligación a cargo del Juez de resolver sobre este particular en la sentencia, la norma antes citada impone al Juez que disponga sobre la condena en costas, no obstante, para determinar en concreto la procedencia de dicha condena, se deben acatar las reglas especiales que se extraen del artículo 365 del CGP, norma en que consagra en su numeral 8, que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Se hace frente a lo anterior imperativo concluir que solo procede la condena en costas cuando, del contenido del expediente se evidencie la causación efectiva de gastos erogaciones para el trámite del proceso, lo que no se ha evidenciado en la presente actuación, dado que el único gasto en que se ha incurrido es en la cancelación de los gastos ordinarios del proceso, carga que corresponde únicamente a la parte actora. Conforme a lo anterior el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

IV. CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se concluye que el problema jurídico planteado en el sub lite debe resolverse en forma negativa, pues **no hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** derivado de la privación de la libertad del señor **CARLOS ARTURO GUTIÉRREZ.**

Por todo lo expuesto, el *JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO: Contra la precedente decisión, procede el recurso de apelación.

CUARTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos procesales a favor de la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MAGDA CRISTINA CASTAÑEDA PARRA
JUEZ