



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-009-2016-00059-01
Interno: 2019-0163
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: KEVIN BEDOYA RÍOS – OTROS
Apoderado: ENRIQUE ARANGO GÓMEZ
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderado: NANCY OLINDA GASTELBONDO DE LA VEGA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: CLAUDIA PATRICIA ACEVEDO VÁSQUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra el fallo proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 29 de noviembre de 2018, por medio del cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que sea declarada administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Kevin Bedoya Ríos.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 El 21 de agosto de 2015, miembros activos de la Policía Nacional se encontraban realizando un patrullaje por la avenida Guabinal con calle 34 de Ibagué, cuando se les ordenó dirigirse a la carrera sexta con calle 30 de la ciudad de Ibagué para atender la queja de un ciudadano, y al llegar al lugar, la comunidad les informó que Kevin Bedoya Ríos había abusado de una menor de edad, por lo que procedieron a su captura.

2.2 El 21 de agosto de 2015, siendo las 7:23 p.m, el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ibagué, llevó a cabo audiencia preliminar en contra de Kevin Bedoya Ríos, en la que se realizó la legalización de la captura, formulación de imputación y se impuso detención preventiva en establecimiento penitenciario como medida de aseguramiento, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, sin que se cumplieran los requisitos para ello.

2.3 El 5 de diciembre de 2014, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación, el 29 de enero de 2015 la audiencia preparatoria y los días 30 de abril y 21 de mayo de 2015 se celebró audiencia de juicio oral.

2.4 El día 3 de julio de 2015, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, en audiencia de lectura de fallo, profirió sentencia absolutoria, sin que se hayan interpuesto recursos contra el mismo, por lo que la providencia quedó en firme.

2.5 Kevin Bedoya Ríos, estuvo privado de la libertad en centro carcelario durante 9 meses y 8 días, lo cual le impidió desarrollar alguna actividad económica, pues, la corporación *"el Jardín de los Abuelos"* con la que tenía vinculo laboral procedió a dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido, por la justa causa *"la detención preventiva del trabajador por más de 30 días"*

2.6 Que James Bedoya Amariles sufrió perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por el dinero que tuvo que pagar por concepto de honorarios al abogado que defendió a KEVIN BEBOYA RIOS en el proceso penal, además de los gastos en que tuvo que incurrir para la manutención de este último en el centro carcelario.

2.7. La detención de Kevin Bedoya Ríos le originó daños psicológicos, afectaciones de salud y demás.

2.8 Los demandantes acuden al proceso como víctima directa y en calidad de padres, hermanos, tíos y primos de Kevin Bedoya Ríos.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Inicia explicando que respecto de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha efectuado diversas interpretaciones partiendo de artículo 90 de la Constitución de 1991, que han pasado por la teoría de la responsabilidad subjetiva, en virtud de la cual, solamente se daba lugar a dicha responsabilidad cuando la actuación de los funcionarios judiciales estaba viciada por el error judicial; se pasó luego a la exigencia de probar la antijuridicidad de la medida privativa de la libertad, y a reconocer la antijuridicidad de la misma para eventos en que la absolución se realizaba en virtud de las causales del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, luego, se fincó la jurisprudencia no en la ilegalidad de la conducta del agente del estatal sino en la antijuridicidad del daño sufrido y por último se venía reconociendo la responsabilidad objetiva.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 5400123100020000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del in dubio pro reo, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que el Juzgado Octavo Penal Del Circuito Con función de conocimiento de Ibagué - Tolima, con fundamento en las pruebas luego de analizado el caudal probatorio, no logró obtener la certeza más allá de toda duda frente a la tipicidad de los delitos por los que se

¹ Ver folios 277 al 282 del cuaderno principal.

formuló acusación en contra de Kevin Bedoya Ríos, así, como tampoco frente a su responsabilidad penal, por lo que absolvió a por los cargos formulados.

Que en la absolución proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Lérica - Tolima, se verificó al amparo de la causal "*In dubio pro reo*", es decir, por una causal diferente a las contenidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por lo cual, los actos jurisdiccionales restrictivos de la libertad del accionante, fueron actos legales y normales de la Administración de Justicia y no arbitrarios, razón por la cual; no hubo falla en el servicio, error jurisdiccional, ni mucho menos privación injusta de la libertad, y por lo mismo el carácter de "INJUSTO" que se requiere para que surja la responsabilidad administrativa, no se estructuró en el presente asunto.

Que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrojadas al proceso, porque existieron falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez con Funciones de Conocimiento no pudiera emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la participación del demandante.

Que el juez con funciones de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asignó la Ley 906 de 2004, las audiencias por él dirigidas fueron audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la responsabilidad penal de los imputados, por cuanto el juez con funciones de control de garantías, trabaja con elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad, por lo cual la medida de aseguramiento impuesta a los imputados obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué - Tolima, con base en las pruebas aportadas, se podía inferir de manera razonada la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento contra el imputado (Art.308Ley 906).

Señala por ello, que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrojadas al proceso, de las cuales no se obtuvo la certeza suficiente para la condena.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda.

Que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen 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.

Que en este asunto, la Fiscalía solicitó orden de captura ante el Juez De Control de Garantías, y posteriormente acudió ante el Juez con función de control de garantías, donde se celebró la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, declarándose esta legal por parte

² Folios 321 al 339

del Juez de Control de Garantías, en conclusión, quien ordena, legaliza la captura e impone la medida de aseguramiento es el juez de control de garantías y no la fiscalía.

Que con los elementos materiales de prueba (entrevista familiar, entrevista a la menor e informe médico psicológico), la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento privativa de la libertad, por cuanto se infirió razonablemente que el imputado era autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años; por lo que el Juzgado Octavo Penal Municipal con función de garantías de Ibagué, impuso medida de aseguramiento, lo cual se estaba ajustado a lo señalado en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

Para el caso que nos ocupa, eran tres (3) los indicios que pesaban en contra del hoy demandante: Denuncia fundamentada de la madre de la menor; Entrevista de la menor y; Informe de la sicóloga.

Que en este asunto si bien es cierto el demandante soportó la detención preventiva que como medida de aseguramiento le decretó el Juez de Garantías; la misma efectivamente se encuentra circunscrito en el ámbito del equilibrio de las cargas públicas, habida cuenta que analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el contexto en el cual se le impuso así como el riesgo que corría la menor en el caso de dejarlo libre, superaban con creces los requisitos mínimos y los criterios de razonabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento.

Que, en este caso, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, ordenó captura, legalizó la misma y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al hoy demandante, lo anterior fue totalmente ajeno al poder que tiene la Fiscalía General De La Nación, dentro del nuevo sistema penal acusatorio; por lo que no está llamada a responder.

Que la absolución no permite desconocer el hecho de que la Fiscalía General De La Nación, contaba con elementos de juicio suficientes para solicitar al Juez de Conocimiento la realización del Juicio contra Kevin Bedoya Ríos.

Y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 29 de noviembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda, tras considerar que a pesar de estar acreditado el daño consistente en la privación de la libertad de Kevin Bedoya Ríos y su antijuridicidad dada por la absolución emitida en su favor por parte del Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, lo cierto es que la valoración de la responsabilidad administrativa es diversa a la tomada en cuenta en materia penal, y en consecuencia al estar acreditada también la conducta gravemente culposa del reclamante, debe exonerarse de responsabilidad al Estado, por hallarse configurada la culpa exclusiva de la víctima, ya que el actuar del actor dio lugar al proceso penal que se adelantó en su contra, y a la consecuente privación de la libertad.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, indicó en su apelación que ninguna de las entidades demandas cumplió con la exigencia establecida en la ley, frente a la oposición al hecho 23 de la demanda en el que se hizo referencia que el actor “no actuó de forma gravemente culposa

³ Ver en los folios 432 al 440 del cuaderno principal

que diera lugar a su captura”, lo que significa que es un indicio claro de que no hay oposición a ello y tampoco se alegó el hecho de la víctima, culpa de víctima o alguno similar.

Que, en este proceso, en la fijación del litigio no se indicó que estuviera encaminada a verificar si Kevin Bedoya Ríos actuó de manera gravemente culposa que diera lugar a su privación de la libertad, ni tampoco quedó plasmado dentro de los problemas jurídicos a resolver, y aun así, el juez de instancia negó las pretensiones porque concluyó que la víctima directa actuó de forma gravemente culposa que dio lugar a la privación de su libertad.

Que, con la privación injusta de la libertad de Kevin Bedoya Ríos, las entidades demandadas violaron el preámbulo, y los artículos 2, 21, 28, 29 y 90 de la Constitución Política de Colombia, que son el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado, el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, y los artículos 65, 66, 68 y 69 de la Ley 270 de 1996 y demás normas concordantes y complementarias de la siguiente forma.

Que, Kevin Bedoya sufrió un daño antijurídico en la privación injusta de la libertad que se prolongó por 9 meses y 8 días, de la cual se derivaron perjuicios de carácter material, al no poder trabajar, perder su empleo y someter a su familia a enviarle dinero a la cárcel para tratar de subsistir en mínimas condiciones de dignidad, además del daño moral, pues, perdió a su novia, se alejó de familia que era muy unida.

Que también existió una grave afectación a su derecho a la honra, ya que los medios de comunicación lo publicaron como un presunto abusador sexual, dañando su imagen y buen nombre y a su vez, la privación injusta de la libertad le causó un daño a la salud psicofísica, pues, tuvo que someterse a una serie de tratamientos psicológicos y psiquiatría con medicamentos para controlar la depresión.

Que fue tan clara la inexistencia de responsabilidad penal por parte de Kevin Bedoya Ríos, que el proceso terminó en primera instancia, sin que las partes apelaran la decisión de absolución ya que no había mérito.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada y en su lugar, se acceda a las pretensiones.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 12 de febrero de 2019. Mediante auto del día 14 del mismo mes y año, se admitió el recurso de apelación, y el 28 de febrero de 2019, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandante y demandadas reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

7. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Sostuvo que se debe confirmar la sentencia apelada, porque el proceso penal finalizó con sentencia absolutoria con aplicación del principio *y/o* causal del *In dubio pro reo*, y la privación de la libertad se produce en el curso de una investigación por delito de abuso sexual con menor de 14 años, ya que la víctima del delito era una niña de 11 años, y según el ordenamiento jurídico son prevalente los derechos fundamentales de este grupo poblacional, en consecuencia encuentran pleno respaldo legal las medidas que tome el Estado, la Sociedad y la Familia, en busca de proteger y cesar las vulneraciones o

amenazas a los derechos de los niños, niñas o adolescentes y máximo cuando los bienes jurídicos vulnerados o amenazados son el de la integridad física, psicológica y sexual.

Por lo tanto, indicó que la restricción de la libertad de quien con fundados motivos es acusado de agresión a esos bienes superiores de los menores, se constituye en una carga que está obligado a soportar, cuando su no responsabilidad penal no se edifica en la causal de inexistencia de la conducta o que el sindicado y/o procesado no la cometió, sino en duda u otra causal de la misma raigambre, como lo sería también el archivo del proceso por prescripción penal o la muerte del sindicado entre otras.

Que, en este caso, se encuentran configuradas dos eximentes de responsabilidad como lo son la protección de un bien jurídico superior y con ello la obligación de soportar las cargas que en ejercicio de la protección de esos bienes jurídicos desplegué el Estado, y también la culpa exclusiva de la víctima.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Kevin Bedoya Ríos en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, para luego culminar el proceso con absolución por aplicación de la duda a favor del procesado, frente al delito que se le había imputado de Actos sexuales con menor de catorce años.

3. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, por solicitud de la Fiscalía 19 Local de Ibagué, e impuesta por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Saldaña- Tolima durante el 21 de agosto de 2014 hasta el 30 de mayo de 2015, es decir, 9 meses y 9 días.

Indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁴ y del Consejo de Estado⁵, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica,

⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Kevin Bedoya Ríos fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por aplicación de la duda a su favor, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio.

Revisadas las presentes diligencias, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.

En ese orden de ideas, corresponde en este punto realizar, en primer lugar, el análisis de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida que ordenó la detención preventiva, y así determinar si el daño de la privación se configura antijurídico.

De acuerdo a ello, y conforme las pruebas aportadas al proceso, se puede inferir que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años, en tal medida, se configuró el numeral 7 del artículo 310 de la Ley 906 de 2004⁶.

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, - acto sexual abusivo en menor de 14 años -, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, específicamente, con una posible pena de nueve (9) a trece (13) años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado

⁶ Artículo 310 de la Ley 906 de 2004: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
- 7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.**
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

De conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, considera la Sala que existían los suficientes elementos de prueba que podían identificar la autoría del actor en la conducta delictiva por la cual se investigó, teniéndose así por cumplida la exigencia para imponer la medida de aseguramiento, máxime cuando dentro del trámite del proceso penal se tiene que el indagado no aportó prueba alguna que acreditara que su actuación se amparó en una causal de ausencia de responsabilidad capaz de desvirtuar los circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Octavo Penal con funciones de Control de Garantías de Ibagué, siendo proferida con la observancia de las normas procesales vigentes para la época de su expedición y no vulneró el debido proceso del actor; lo que permite concluir a la Sala la inexistencia de antijuridicidad del daño alegado por privación injusta de la libertad.**

Aunado a lo anterior, se considera que la medida de aseguramiento a que fue sometido en su momento el hoy demandante, estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando e igualmente, porque se estaba en presencia de un sujeto de especial protección constitucional (menor de edad), lo cual ameritaba la restricción de la libertad de Kevin Bedoya Ríos, en aras de salvaguardar la integridad de la menor de edad, evitar el peligro para la comunidad y la continuidad de la conducta delictiva por la cual se vinculó al proceso penal, argumentos que fueron expuestos por la Fiscalía al momento de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento.

En este asunto, el juez de Control de Garantías tenía elementos probatorios para determinar que había lugar a la imposición de la medida de aseguramiento del demandante, al estar la menor en riesgo durante la investigación, por lo cual es evidente que la medida de aseguramiento no fue arbitraria, sino que por el contrario siempre tuvo como objeto garantizar, velar y proteger los derechos de la menor.

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento el aquí demandante, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando

la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo⁷, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo⁸, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

⁷ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

⁸ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”⁹, es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*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*”¹⁰. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal¹¹.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹², la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió, *iii)* la conducta no constituía hecho punible, o *iv)* por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹³, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los

⁹ Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia

eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹⁴, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, 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, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 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 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”. (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁵, en la cual explicó detenidamente las

del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

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

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

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

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

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

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

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

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

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”*¹⁶

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019¹⁷, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁸, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019¹⁹, **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que “La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”²⁰; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²¹,

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

²⁰ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²², a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“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.”*

Así mismo, planteó que el *“daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”*

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²³:

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 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 del accionante; 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. Por último, 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.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la

²² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

*demonstración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)*

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: ***se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.*** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De otra parte, el Consejo de Estado, unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, así:

“(…) R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

*a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.*

*b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:*

*- **Por cada mes** adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.*

*- Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a **0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes**, la cual se obtiene de dividir **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)** por **30 días**.*

*- La cuantía se incrementará hasta **cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV)**, indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por **20 meses o más tiempo**, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.*

- De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV

Hasta 2 meses	<i>Hasta 10 SMLMV</i>
Hasta 3 meses	<i>Hasta 15 SMLMV</i>
Hasta 4 meses	<i>Hasta 20 SMLMV</i>
Hasta 5 meses	<i>Hasta 25 SMLMV</i>
Hasta 6 meses	<i>Hasta 30 SMLMV</i>
Hasta 7 meses	<i>Hasta 35 SMLMV</i>
Hasta 8 meses	<i>Hasta 40 SMLMV</i>
Hasta 9 meses	<i>Hasta 45 SMLMV</i>
Hasta 10 meses	<i>Hasta 50 SMLMV</i>
Hasta 11 meses	<i>Hasta 55 SMLMV</i>
Hasta 12 meses	<i>Hasta 60 SMLMV</i>
Hasta 13 meses	<i>Hasta 65 SMLMV</i>
Hasta 14 meses	<i>Hasta 70 SMLMV</i>
Hasta 15 meses	<i>Hasta 75 SMLMV</i>
Hasta 16 meses	<i>Hasta 80 SMLMV</i>
Hasta 17 meses	<i>Hasta 85 SMLMV</i>
Hasta 18 meses	<i>Hasta 90 SMLMV</i>
Hasta 19 meses	<i>Hasta 95 SMLMV</i>
20 meses o más	<i>Hasta 100 SMLMV</i>

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, el cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá

estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: (i) allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y (ii) solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

*77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:*

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²⁴

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²⁵.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz²⁶.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago²⁷.

*77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.*

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de

²⁴ F. 22, c. 2.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Fls. 17, 18, c. 1.

²⁷ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

*indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.*

*77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno. (...)”²⁸*

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “ *a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.*”²⁹, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 21 de agosto de 2014, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Kevin Bedoya Ríos, por el delito de acto Sexual con menor de 14 años, dentro del proceso con radicado No. 73001-60-00-450-2014-02734-00, en la que el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué, impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.	Documental: Acta de audiencia preliminar (Fols. 127-128)
2. El 14 de octubre de 2014, el Fiscal 15 Seccional de Ibagué presentó escrito de acusación en contra de Kevin Bedoya Ríos, como autor del delito de acto Sexual con menor de 14 años.	Documento: Escrito de acusación (Fol. 122-125)
3. El 3 de julio de 2015, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, profirió sentencia absolutoria a Kevin Bedoya Ríos	Documento: Sentencia del 3 de julio de 2015 (Fol. 113 al 119)

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como

²⁸ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Kevin Bedoya Ríos, dentro del proceso penal adelantado como autor del delito de Acto sexual con menor de 14 años

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que a pesar de estar acreditado el daño consistente en la privación de la libertad de Kevin Bedoya Ríos y su antijuridicidad dada por la absolución emitida en su favor por parte del Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento, lo cierto es que la valoración de la responsabilidad administrativa es diversa a la tomada en cuenta en materia penal, y en consecuencia al estar acreditada también la conducta gravemente culposa del reclamante, debe exonerarse de responsabilidad al Estado, por hallarse configurada la culpa exclusiva de la víctima, ya que el actuar del actor dio lugar al proceso penal que se adelantó en su contra, y a la consecuente privación de la libertad.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante, en su apelación indicó que las entidades demandadas, no se opusieron a lo expuesto en la demanda, en relación a que el actor no actuó de forma gravemente culposa que diera lugar a su captura, lo que significa que es un indicio claro de que no hay oposición a ello y tampoco se alegó el hecho de la víctima, culpa de víctima o alguno similar; y ese aspecto tampoco hizo parte de la fijación del litigio, aun así, el juez de instancia negó las pretensiones porque concluyó que la víctima directa actuó de forma gravemente culposa que dio lugar a la privación de su libertad; sin tener en cuenta que se configuró un daño que ocasionó perjuicios morales y materiales.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar 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; iii) 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); iv) 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; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Actos sexuales con menor de 14 años a título de autor, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del 21 de agosto de 2014 realizada ante el juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué;³⁰ Boleta de detención No. 00711 del 21 de agosto de 2014;³¹ Boleta de libertad No. 0771 del 29 de mayo de 2015³²

³⁰ Folios 127 al 128 cuaderno principal

³¹ Folio 129

³² Folio 37

y certificado de libertad suscrito por el Director del Establecimiento Carcelario del INPEC.³³

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Kevin Bedoya Ríos estuvo privado de la libertad en establecimiento carcelario, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **21 de agosto de 2014 al 30 de mayo de 2015, es decir, 9 meses y 9 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³⁴ y del Consejo de Estado³⁵, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que i) el hecho no existió y ii) la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque iii) no cometió el delito, iv) se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Kevin Bedoya Ríos fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por aplicación de la duda a favor del procesado, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio -, tal como se lo planteó inicialmente en el marco normativo, pues, así se puede extraer de la decisión penal, en los siguientes términos:³⁶

“(…) En este orden se concluye que, para el presente caso, no es clara la existencia del interés libidinoso en el procesado al haber tocado de manera fugaz los glúteos de la menor, pues como quedó dicho, para consumir esta clase de hechos punibles, debe existir en la mente y exteriorizar ese deseo lujurioso.

Tampoco existe la convicción absoluta de ausencia de responsabilidad del procesado en el hecho imputado, para pregonar con certeza su inocencia, porque eventualmente pudo haberse presentado un verdadero acto erótico, si tenemos en cuenta que en esta clase de hechos punibles no se requiere que el procesado tenga antecedentes penales, que ejerza una posición destacada en la sociedad, pues la experiencia indica que personas de alto linaje cometen esta clase de vejámenes, padres abusando de sus hijos o nietos, de manera que el hecho de que el procesado ocupe un cargo con responsabilidad en un hogar de ancianos y que cuente además con buen prestigio tanto en la institución, copio a nivel social y familiar, no necesariamente nos lleva a la convicción de ser ajeno al hecho, puesto que pudo haber aprovechado todas las circunstancias atrás anotadas para cometer un verdadero delito contra el honor y el pudor sexual, sin

³³ Folio 193

³⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplaza la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

³⁶ Visto en los folios 113 al 119.

embargo, se trata de meras elucubraciones que tampoco llevan a la convicción de que haya actuado bajo la actuación malintencionada de atentar contra el pudor sexual de la citada menor.

(...)

Así las, cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena. (...)

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.

Cuando los artículos 70 y 381 de la Ley 906 impone que al momento de dictarse una sentencia de carácter condenatorio, hayan sido eliminadas todas las dudas racionales, tanto la existencia de ese comportamiento delictivo como la responsabilidad penal del acusado, esta sin más ni menos reflejando esas pretensiones de un Estado social y democrático de derecho, de alcanzar un ideal de justicia, conforme lo establece el numeral 2° de nuestra Constitución Política. Está consultándose entonces allí precisamente esa presunción de inocencia y como derivado suyo la aplicación de la duda en favor del procesado, desarrollo éste también contenido en el artículo 29 superior. (...)

Corolario de lo anteriormente expuesto, tenemos que la existencia del comportamiento delictivo y la participación de implicado KEVIN BEDOYA RIOS, en la realización de la misma, no satisface con los presupuestos de los artículos 70 y 381 del C.P.P. toda vez que no se demostró más allá de toda duda razonable que él haya actuado con la intención, insistimos, de vulnerar el régimen penal previamente establecido en lo que tiene que ver con los ACTOS LUJURIOSOS en contra de la menor L.C.M.C. al proceder a tocar sus parte íntima (...)

RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER a KEVIN BEDOYA RIOS de la conducta punible de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS., por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión (...)

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó copia de las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué (Tolima), radicadas bajo el No. 73001-60-00-450-2014-02734-00, en el cual claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos – 21 de agosto de 2014 - por lo que la investigación fue adelantada contra Kevin Bedoya Ríos por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, por la Fiscalía 19 Local de Ibagué (Tolima), autoridad que solicitó la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de

medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías de Ibagué, correspondiéndole ésta audiencia preliminar al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué (Tolima), para finalmente, el conocimiento del proceso penal corresponderle al Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima), operador judicial que luego, absolvió al demandante por el delito acusado, tal como puede evidenciarse del fallo calendado el 3 de julio de 2015 (Fols. 25-32).

Entonces, efectuadas las previsiones anteriores, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.

Respecto de las medidas de aseguramiento, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 estableció que el ente investigador podría solicitar ante el juez de control de garantías su imposición con la determinación de *“la persona, el delito los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia.”*, situación que exige al juez de control de garantías examinar los requisitos para la imposición de las medidas de aseguramiento, conforme lo establece el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

*“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.”*

Igualmente, es indispensable que consolidados los requisitos establecidos en el artículo 308, la medida de aseguramiento solo procede en los casos establecidos en el artículo 313 *ibídem*:

“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. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <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.”

Bajo esa consideración normativa, se observa que el 21 de agosto de 2014, se desarrolló la audiencia preliminar de la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué.³⁷

De la misma manera, se extrae del acta de esa diligencia que, conforme a esos hechos jurídicamente relevantes, se le imputó al actor el delito de Acto Sexual con menor de 14 años, contenido en el artículo 209 del CP; por ello, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.³⁸

Luego, el 14 de octubre de 2014 el Fiscal 15 Seccional de Ibagué presentó escrito de acusación en contra de Kevin Bedoya Ríos (Fol. 122-125), como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años, con base en los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada:

“(…) 6. EMP/EF/ILO (relacionar datos personales, lugares de ubicación números telefónicos de contado) y otros documentos (Indicar entrevistas, informes de interrogatorio, actas, etc.)

TESTIMONIOS:

1. NELSON ARTURO SUAZA ROMERO
2. ANCÍZAR MONTOYA CRUZ (...)
3. Médico WILSON CEDIEL MARÍN (...)
4. HERNANDO OSUNA CORTÉS
5. JOSÉ ALBERTO BARAGÁN OCHOA
6. JHOAN ALBERTO VILLARREAL OCAMPO (...)
7. YULBRINIYER CARRASCO (...)
8. Psicólogo JOSÉ JAVIER IBÁÑEZ GUTIÉRREZ (...)
9. AROLINA SALAMANCA BAQUERO (...)

DOCUMENTOS:

1. Informe de la Policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia (...)
2. Historia Clínica No. 1110514611, del Hospital San Francisco de esta ciudad, relacionada con el paciente Kevin Bedoya Ríos, quien fuera atendido por el médico Wilson Cediel, el día 21/08/2014, a la 01:51 AM
3. Informe Ejecutivo de e2,8/2014, suscrito por el servidor de la Policía Judicial HERNANDO OSUNA CORTÉS
4. Formato de arraigo realizado EL 21/08/2014 por los servidores de la Policía Judicial HERNANDO OSUNA CORTES y JOSÉ ALBERTO BARRAGÁN OCHOA.
5. Reseña fotográfica del procesado, realizada el 21/08/2014 por el servidor de la Policía judicial HERNANDO OSUNA CORTÉS
6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía número 1.110.514.611 expedida a Kevin Bedoya Ríos
7. Tarjeta decadactilar y descripción general tomada al procesado por el servidor de la Policía Judicial HERNANDO OUSNA CORTÉS, el día 21/08/2014

³⁷ Folios 127-128

³⁸ Visto en el folio 127-128

8. *Entrevista tomada el 21/08/2014 a ANCÍZAR MONTOYA CRUZ, por el servidor de la Policía Judicial JOSÉ ALBERTO BARAGÁN OCHOA*
9. *Entrevista tomada el 21/08/2014 a YULBRINIYER CARRASCO, padre de la víctima, por el servidor de la Policía Judicial JHOAN ALBERTO VILLARREAL OCAMPO*
10. *Investigador de Campo de 21/08/2014, que contiene la entrevista forense realizada a la adolescente L.C.M.C. por el servidor de la Policía judicial y psicólogo JOSÉ JAVIER IBÁÑEZ GUTIÉRREZ*
11. *Informe Sobre Consulta Web de la Dirección Nacional de Identificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme a solicitud hecha por la servidora CAROLINA SALAMANCA BAQUERO (...)*”

Luego, se evidencia que el conocimiento de este asunto, le correspondió al Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué; quien adelantó la etapa de juicio oral y el 3 de julio de 2015, emitió sentencia de carácter absolutoria³⁹.

En ese orden de ideas, corresponde en este punto realizar, en primer lugar, el análisis de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida que ordenó la detención preventiva, y así determinar si el daño de la privación se configura antijurídico, aun cuando la apelación se fundó en que la víctima no había actuado de forma gravemente culposa, pues, es necesario establecer este primer elemento como lo dispone la jurisprudencia.

De acuerdo a ello, conforme las pruebas antes relacionadas es posible inferir, en primer lugar, que el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años imputado a Kevin Bedoya Ríos, en su momento tuvo respaldo en:

- Acta de derecho del capturado presentada ante el Juez de control de garantías.⁴⁰
- Informe de Policía de Vigilancia en los casos de captura en flagrancia.⁴¹
- Declaración de Yulbriniyer Carrasco madre de la menor⁴²
- Entrevista de la menor víctima del acto sexual rendido ante psicólogo.⁴³
- Oficio No. DSTLM- DRSUR-02143-2015 del 2 de marzo de 2015, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se consignó, lo siguiente⁴⁴:

“(...) LA SEÑORA YULBRINIYER CARRASCO MANIFESTÓ SOBRE LOS HECHOS: La niña asiste a la liga de baloncesto, el día 21 de agosto se dirigía a

³⁹ Visto en los folios 25-32

⁴⁰ Según el audio de la audiencia concentrada efectuada el 21 de agosto de 2014 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, contenido en el CD que obra en el folio 2 del cuaderno pruebas del demandante

⁴¹ Según el audio de la audiencia concentrada efectuada el 21 de agosto de 2014 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, contenido en el CD que obra en el folio 2 del cuaderno pruebas del demandante

⁴² Según el audio de la audiencia concentrada efectuada el 21 de agosto de 2014 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, contenido en el CD que obra en el folio 2 del cuaderno pruebas del demandante

⁴³ Según el audio de la audiencia concentrada efectuada el 21 de agosto de 2014 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, contenido en el CD que obra en el folio 2 del cuaderno pruebas del demandante

⁴⁴ Folios 58 al 64

la casa, ella dice que como 3 cuadras antes de llegar a la casa vio a un muchacho que iba por la cera contraria caminando un trayecto, vio que ese muchacho ya venía por la cera de ella, la cogió de un brazo le mandó la mano a la cola ella voltea a mirar y él la apreta y ella voltió a mirar y él le dijo tranquila mi amor que no le voy hacer nada, ella del susto arrancó a correr y llegó a la casa, yo iba saliendo a botar la basura y LISETH estaba en la esquina con un señor JAIRO vecino, yo salí y ella me pegó el grito y dijo mami un muchacho me cogió, le pregunté dónde está y seguí un trayecto yo corriendo y ella detrás, cuando lo miré le pregunté a LISETH ese es dijo sí, yo llamé al muchacho y le dije abusivo porque me tocó la niña, él me miró y arrancó a correr, yo me quedé en la esquina parada cuando vi que las personas que escucharon el alboroto lo cogieron y yo me metí y dije no le hagan nada, llamen a la policía, la gente salió y dijimos con mi hija no le peguen no le hagan nada, cuando estaba con él al frente le pregunté qué le pasa y dijo perdóneme".

ENTREVISTA CON LISETH CAROLINA MUÑOZ CARRASCO: "Salía normal de entrenar y ese día mis papá no pudieron y yo iba con un amigo JULIAN VARON hasta la 37 y de ahí él recibió una llamada y se fue y yo seguí normal para mi casa, cuando iba como en el centro social vi a un muchacho que iba por la otra cera, por detrás del liceo nacional él se cambió de cera yo iba caminando y tuve que parar porque iba entrando un carro a un parqueadero de un edificio y él me alcanzó y yo caminaba rápido ya casi llegando al frente de los tanques del lbal hay unas escaleritas y al saber que él iba detrás de mí voltié a mirar y él seguía detrás de mí y cuando subí el escalón él me mandó la mano a la cola y me cogió duro de los brazos, me dijo tranquila mi amor que no le voy hacer nada, esas palabras son inolvidables y yo grité ayuda y nadie salió, me le solté ya llegando a mi casa un vecino que siempre saca la perrita, él me pregunto niña que le pasa y le dije es que un señor me manosió y mi mamá iba saliendo y yo estaba llorando y mi mamá salió conmigo a buscarlo y cuando lo encontramos en la sultana mi mamá le dijo usted por qué es tan abusivo y me manosió la niña, abusivo no recuerdo muy bien las palabras y la comunidad escuchó y empezaron a salir y lo cogieron y le pegaron, nosotros decíamos no le peguen esperen que llegue la policía, él cometió un error pero tampoco para que le pegaran.

(...)

CONCLUSIONES:

- 1) Al momento de la presente evaluación, la niña LISETH CAROLINA MUÑOZ CARRASCO no presenta signos ni síntomas compatibles con patología mental y se encuentra en un nivel de desarrollo psicológico acorde a lo esperado para su edad. No se evidencia en la examinada tendencia a la fantasía ni conductas disruptivas.*
- 2) La consistencia en sus relatos, la espontaneidad, las descripciones detalladas, la utilización de un lenguaje apropiado para su edad, el respaldo afectivo, sustentan la coherencia del relato.*
- 3) Las situaciones descritas por la examinada, respecto de los hechos, han generado sintomatología psicológica consistente en temor, disminución de la seguridad en sí misma, hipervigilancia y percepción subjetiva de peligro.*
- 4) Las condiciones del medio familiar protector que rodea a la examinada, como también el ajuste psicológico que presenta, permiten prever el retorno a las condiciones presanidad psicológica a las presentadas antes de los hechos que*

se investigan. Sin embargo, se sugiere nueva valoración en dos meses para verificar la evolución del funcionamiento global. (...)”

Por tanto, es posible también verificar con lo antes transcrito que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de acto sexual abusivo en menor de 14 años, en tal medida, se configuró el numeral 7º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004⁴⁵.

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, - acto sexual abusivo en menor de 14 años -, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, específicamente, con una posible pena de nueve (9) a trece (13) años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

Entonces, de conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, considera la Sala que existían los suficientes elementos de prueba que podían identificar la autoría del actor en la conducta delictiva por la cual se investigó, teniéndose así por cumplida la exigencia para imponer la medida de aseguramiento, máxime cuando dentro del trámite del proceso penal se tiene que el indagado no aportó prueba alguna que acreditara que su actuación se amparó en una causal de ausencia de responsabilidad capaz de desvirtuar los circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué - Tolima, siendo proferida con la observancia de las normas procesales vigentes para la época de su expedición y no vulneró el debido proceso del actor; lo que permite concluir a la Sala la inexistencia de antijuridicidad del daño alegado por privación injusta de la libertad.**

Aunado a lo anterior, se considera que la medida de aseguramiento a que fue sometido en su momento el hoy demandante, estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando e igualmente, porque se estaba en presencia de un sujeto de especial protección constitucional (menor de edad), lo cual ameritaba la restricción de la libertad de Kevin Bedoya Ríos, en aras de salvaguardar la integridad de la menor de edad, evitar el peligro para la comunidad y la continuidad de la conducta delictiva por la cual se vinculó al proceso penal, argumentos que fueron expuestos por la Fiscalía al momento de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento.

⁴⁵ Artículo 310 de la Ley 906 de 2004: Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

1. La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

Además, la propia versión de la menor en su momento constituyó un indicio grave de responsabilidad en contra del investigado penalmente, lo cual tuvo mayor incidencia frente a la solicitud del ente investigador para que fuere impuesta medida de aseguramiento de carácter intramural y que la misma, hubiese sido decretada por el Juez de Control de Garantías, independientemente, que adelantando el juicio oral, se considerara que no existía mérito para condenar al aquí demandante por los delitos endilgados, al no existir suficientes elementos de prueba que le permitieran establecer más allá de toda duda razonable su responsabilidad penal, por lo que se emitió sentencia de carácter absolutorio.

En este sentido, se reitera que atendiendo las circunstancias propias del presente caso, si existían serios indicios para endilgar responsabilidad penal en contra de Kevin Bedoya Ríos, al momento que se decidiera sobre la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento en Establecimiento Carcelario, toda vez que se reunían los requisitos previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, no sólo para que se decretara la medida de aseguramiento, sino también para que se privara de su libertad.

Al respecto, es necesario traer a colación una sentencia del Consejo de Estado, C.P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida dentro del proceso con radicación No. 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615), donde se pronunció frente a la privación injusta de la libertad cuando se investigó delitos sexuales contra menores de 14 años, como el *sub judice*, para lo cual señaló:

*“Para la Sala no es de recibo asociar las divagaciones del menor con un comportamiento delirante y fantasioso. No puede olvidarse que se trataba de un niño de escasos seis años. (...) **Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferir, conforme al relato más consistente del menor, que [el demandante] quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño** (...) En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de la pruebas, [el demandante] **no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.***

(...)

INTERES SUPERIOR Y PREVALENTE DE LOS NIÑOS / PRINCIPIO PRO INFANS

*[E]l estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal (...) **Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas** (...) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado obligaciones,*

(...) por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor
(...) (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave.”
(Negrilla y subraya fuera del texto)

La anterior posición ha sido reiterada en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, quien, en sentencia del 31 de agosto de 2021, C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas, expediente No. 76001-23-31-000-2011-00940-01(52653), se pronunció sobre la privación de la libertad por delitos sexuales contra menores de 14 años, como el sub judice, y señaló:

“la Sala observa que, en primer lugar, la captura fue legal, pues ocurrió en virtud de la orden proferida por una autoridad judicial, luego de que la Fiscalía la solicitara en razón a la noticia criminal derivada de la denuncia presentada por la madre de la presunta víctima menor de edad, y respetando los procedimientos legales dispuestos para el efecto. En segundo lugar, la medida de aseguramiento fue impuesta en cumplimiento de los requisitos legales, pues el juzgado de control de garantías consideró que, debido a la naturaleza de los hechos, a la denuncia presentada en su contra y la vulnerabilidad de la comunidad de menores a cargo del docente, este debía permanecer privado de la libertad en su respectivo domicilio. Tal disposición estuvo ajustada a la necesidad particular del caso investigado para ese momento procesal, toda vez que la decisión de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva sustituida por domiciliaria fue producto de una inferencia razonada, de acuerdo con una denuncia en contra del procesado que lo señaló como posible autor del delito de acto sexual con menor de 14 años. Así, la medida de aseguramiento estuvo fundada en el análisis legal propuesto en los artículos 309, 310, 311 y 312 del CPP, sobre obstrucción a la justicia, peligro para la comunidad, peligro para la víctima y no comparecencia, luego del cual el juez la consideró procedente, debido a que, por la gravedad de los hechos, al tratarse de un posible delito contra una menor de edad, se configuraron los presupuestos legales citados. (...) la preclusión de la investigación no desvirtuó que la medida de aseguramiento impuesta cumplió con los requisitos previstos en la ley, pues se decretó con base en la noticia criminal que daba cuenta de unos hechos que debían ser investigados, puesto que señalaban que (...) podría haber incurrido en el delito de acto sexual con menor de 14 años. Además, la Ley de infancia y adolescencia prohíbe expresamente la imposición de alguna otra medida no privativa de la libertad, por lo que el juzgado procedió conforme a la ley. De acuerdo con lo anterior, la Sala concluye que la privación de la libertad que soportó el demandante no fue injusta, debido a que la medida de aseguramiento cumplió con los requisitos fijados en la ley y no se trató de una medida impuesta de manera arbitraria, pues estuvo sustentada en una argumentación razonada que, si bien no fue suficiente para declarar la responsabilidad penal de la comisión del delito que se le imputaba, cumplió con el nivel de certeza exigido en esa etapa procesal y tenía la fuerza de convicción suficiente para determinar la necesidad y la pertinencia de la medida de aseguramiento que hubo de soportar (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que el Consejo de estado, ha señalado que en los casos en que se adelante un proceso de privación injusta de la libertad por el presunto punible de delitos sexuales contra menores de edad, los derechos de los menores deberán prevalecer sobre los demás, dando aplicación al PRINCIPIO PRO INFANS, sumado a que

la Ley de infancia y adolescencia prohíbe expresamente la imposición de alguna otra medida no privativa de la libertad, y en tal sentido, se observa que en el caso concreto el actor fue privado de su libertad al haber sido señalado por una menor de edad como su presunto agresor sexual, al haber hecho actos libidinosos en sus partes íntimas, por lo que el juzgado procedió conforme a la ley.

En este asunto, el juez de Control de Garantías tenía elementos probatorios para determinar que había lugar a la imposición de la medida de aseguramiento del demandante, al estar la menor en riesgo durante la investigación, por lo cual es evidente que la medida de aseguramiento no fue arbitraria, sino que por el contrario siempre tuvo como objeto garantizar, velar y proteger los derechos de la menor.

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento el aquí demandante, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías.

Bajo ese panorama, constatándose la legalidad de la medida, al cumplir con los requisitos determinados en las normas aplicables, era razonable y proporcional ante los hechos y pruebas consolidadas para ese momento que la Fiscalía solicitara la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario y el juez de control de garantías aceptara la imposición de la misma, pues, no podía exigírseles que en dicha etapa preliminar contarán con la suficiencia probatoria propia de un juicio, para imponer la medida restrictiva de la libertad, y en este entendido la detención no resultaría arbitraria, ajustándose entonces, a los parámetros de orden constitucional y legal vigentes para el momento de su imposición.

De acuerdo a ello, para la Sala, es indiscutible que la Fiscalía y el Juzgado de control de garantías contaron con los medios de pruebas suficientes que comprometían la responsabilidad de Kevin Bedoya Ríos en la posible conducta punible imputada, para así, por un lado, imponer la medida de aseguramiento cumpliendo con la carga legal para su imposición, siendo legítima, razonada y proporcional la decisión determinada, y luego, privarlo de su libertad; por otro lado, porque la Fiscalía contó con las pruebas necesarias y suficientes para presentar su escrito de acusación, basando su decisión en argumentos razonables, lógicos y coherentes con el material probatorio existente hasta ese momento procesal.

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁴⁶, y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo,

⁴⁶ “19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 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 del accionante; 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. Por último, 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.”

proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que el actor Kevin Bedoya Ríos padeció un daño, pero el mismo adolece de ser antijurídico, comoquiera que es imputable a su propio actuar, pues, constituyó el elemento efectivo y determinante para la imposición de la medida de aseguramiento, y en tal sentido, la obligación de repararlo desaparece totalmente.

Así pues, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación no probó su teoría acusatoria, lo cierto, en todo caso, es que la conducta debía ser investigada, siendo adecuado conforme los elementos materiales probatorios, imponer la medida de aseguramiento.

8. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la falta de acreditación de un daño antijurídico por la privación de la libertad, las pretensiones elevadas en la presente demanda, se negarán, tal como lo concluyó el *a quo*, por ello, se confirmará la sentencia del 14 de febrero de 2018 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, pero conforme a los argumentos expuestos en la presente decisión.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

10. OTRAS CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA., para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho.

TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

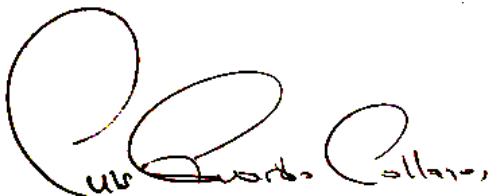
Los Magistrados⁴⁷,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

⁴⁷ Advierte la Sala de esta Corporación que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19, la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos – Artículo 12 del Decreto 491 de 2020 -, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura establecidas – distancia social y aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos -, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.