



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN

Popayán, Veinticinco (25) de Noviembre de dos mil veinte (2020)

Expediente No.: 19001-33-33-006-2017-00124-00
Demandante: NIBRANDON BENAVIDES BRAVO Y OTROS
Demandado: NACION – RAMA JUDICIAL – DESAJ, NACIÓN - FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA N° 192

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

Los señores (as) NIBRANDON BENAVIDES BRAVO identificado con C.C. No. 1.061.020.000; HUVAR ALFONSO BENAVIDES LÓPEZ identificado con C.C. No. 10.592.232, actuando en nombre propio y en representación de su hija YENIFER BENAVIDES BRAVO; MARÍA EUGENIA BRAVO GAVIRIA identificada con C.C. No. 34.445.521; DUVAN JAVIER BENAVIDES BRAVO identificado con C.C. No. 1.061.020.611 y CAROLINA BENAVIDES BRAVO identificada con C.C. No. 1.061.021.473, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa, solicitan que se declare a la NACIÓN–RAMA JUDICIAL–DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsables por los perjuicios causados por la privación injusta de la libertad que sufriera el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO.

Como consecuencia de tal declaración, se les condene al pago de las siguientes indemnizaciones:

a. POR PERJUICIOS INMATERIALES

- PERJUICIOS MORALES:

La suma de CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

¹ Folios 55-64 cuaderno principal.

- DAÑO A LA SALUD:

La suma de DOSCIENTOS (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO.

b. POR PERJUICIOS MATERIALES

- DAÑO EMERGENTE:

Perjuicio que solicita por los gastos de abogado de confianza y transporte de su familia a la ciudad de El Bordo, Cauca, para su visita y demás, que asciende a la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000).

- LUCRO CESANTE:

Perjuicio que solicita por el tiempo que estuvo privado de la libertad más el tiempo que se demora en conseguir trabajo. Resaltando que el afectado se dedicaba a los oficios varios devengando la suma de (\$689.454), que se debe liquidar desde el tiempo que estuvo recluido desde el 22 de abril de 2015 hasta el 15 de septiembre de 2016. Suma por perjuicio de lucro cesante que estima en \$17.626.427.

1.1. Hechos que sirven de fundamento

La parte actora expuso en la demanda los hechos que a continuación se sintetizan:

Señala que los hechos por los cuales fue investigado y privado injustamente de la libertad el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, tuvieron ocurrencia el día 21 de mayo de 2014, cuando la menor H.A.C.C. de 9 años de edad, salió de su casa ubicada en el barrio San Fernando de Mercaderes Cauca y desapareció.

Sostiene que la menor, quien apareció en una cancha, cuenta dos versiones a su abuela, quien estaba a su cargo; la primera que estaba en la casa de una amiga y luego manifestó que el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO la llamó y la invitó a su casa a jugar video juegos a lo cual accedió y al llegar la noche, según relatos de la niña, fue manoseada en sus partes íntimas sin que se quitaran la ropa.

Refiere que ante lo sucedido la abuela del menor, es decir la señora BLANCA CORDOBA llevó a su nieta el 22 de mayo de 2014, hasta centro médico de revisión y el dictamen arrojó que la niña no presentó reporte de hallazgo externo

y se remitió a valoración psicológica la cual fue realizada el día 23 de mayo de 2014.

Como consecuencia de los hechos mencionados, el 22 de abril de 2015, NIBRANDON BENAVIDES BRAVO fue capturado y se le realizaron las audiencias preliminares, siendo imputado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años e imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

Indica que el día 6 de agosto de 2015 se celebró audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Penal del Circuito de Patía, El Bordo, Cauca. Seguidamente, el 31 de agosto de 2015 se celebró audiencia preparatoria y en fechas posteriores la audiencia de juicio oral y el 4 de mayo de 2016, la audiencia de sentido del fallo la cual fue condenatoria y el 14 de septiembre de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dictó sentencia absolutoria en favor de NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, decisión del Tribunal que se basó en la aplicación del in dubio pro persona quien estuvo privada de la libertad hasta el 15 de septiembre de 2016, estando privado de la libertad por un lapso de dieciséis meses.

De esta manera, la parte demandante considera que NIBRANDON BENAVIDES fue recuido en un establecimiento carcelario sin mediar una justa causa, sin atender las más mínimas exigencias legales.

2. Contestación de la demanda

2.1. De la Nación – Fiscalía General de la Nación².

A través de apoderado judicial contestó la demanda en los siguientes términos:

Señala que no es la Fiscalía la entidad encargada de disponer la libertad de las personas privadas de la libertad, bajo el régimen de las reglas de la Ley 906 de 2004, por lo que resalta que las decisiones adoptadas fueron emitidas de manera autónoma, independiente y en ejercicio de su jurisdicción y competencia, por parte de las autoridades judiciales investidas para el efecto, bien con funciones de control de garantías o bien con funciones de conocimiento.

Como excepciones formuló las siguientes:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: alega que no le corresponde a la Fiscalía imponer la medida de aseguramiento sino que debe adelantar la investigación para solicitar como medida preventiva

² Folios 86-109 del cuaderno principal.

la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de Garantías estudiar dicha solicitud, siendo entonces la facultad radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial.

Con la contestación de la demanda, el apoderado de la Fiscalía haciendo referencia al caso concreto, menciona un proceso los hechos de un proceso que lleva a cabo otro despacho judicial de otro circuito, que no corresponden a los hechos de esta demanda.

- Cumplimiento de un deber legal: por cuanto la Fiscalía obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución Política, las disposiciones legales, Estatuto Orgánico de la Fiscalía y las disposiciones sustanciales y procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.
- Inexistencia del nexo de causalidad: toda vez que no se aportaron las pruebas que conlleven a la responsabilidad patrimonial y administrativa de la fiscalía.
- Falta de causa para pedir: hace relación a todas las pretensiones y su argumentación se desprende del acápite de la oposición general y específica a las pretensiones, de los fundamentos de derecho, razones de defensa y de lo dicho al contestar los hechos de la demanda.
- Buena fe: en razón a que la demandada ha actuado siempre de buena fe.
- Cobro de lo no debido: porque no hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora.
- Inexistencia de error judicial: que para el caso concreto, tanto la fiscalía como el juez de control de garantías, profirieron sus actos administrativos con la fundamentación necesaria. Para el caso de la Fiscalía, existieron elementos suficientes que dieron cuenta de la responsabilidad del inculpado en la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años. Por su parte, el Juzgado de Control de Garantías ante la exhibición de pruebas que comprometía a NIBRANDON BENAVIDES BRAVO profirió la medida, actuaciones que justificaron de manera razonable y objetiva las decisiones dentro del proceso penal.
- Inexistencia de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación ante la privación de la libertad: manifiesta que si bien se absolvió penalmente en aplicación del principio in dubio pro reo, más no por ser inocente, el Consejo de Estado plantea que no se debe atribuir al Estado la

responsabilidad de manera mecánica o instrumental, sino que exige una seria carga de motivación, justificación y ponderación de los hechos y las pruebas, en sede de juzgamiento de lo contencioso administrativo.

- Falta de desvirtuar el valor probatorio de los medios de convicción tenidos en cuenta por la Fiscalía para solicitar ante el juez la imposición de la medida de aseguramiento: recuerda que sobre la imposición de la medida restrictiva, es simplemente a título de solicitud y no presentaba para el juzgador, la obligación de acceder a la aplicación de la medida, pues de acuerdo a la función de la Fiscalía como ente acusador, no le asiste responsabilidad alguna en la formulación de tal postulación pues la misma no constituye un factor determinante en la decisión la cual es única y exclusiva del Juez de Control de Garantías.

Así las cosas, considera que hay una inexistencia del daño antijurídico a favor de la Fiscalía porque el demandante soportó la privación de la libertad como consecuencia de la captura la cual se efectuó en cumplimiento de una sentencia condenatoria proferida por el juzgado y no por la Fiscalía.

Alega que tampoco se configura una falla en el servicio porque todo el proceso penal adelantado en su contra se ciñó a la ritualidad de la Ley 906 de 2004, vigente para la fecha de los hechos.

Por lo anterior, solicita al Despacho proferir sentencia que absuelva de todo tipo de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

2.2. De la Nación-DEAJ-Rama Judicial³

A través de apoderada judicial contestó la demanda en los siguientes términos:

Refiere que los hechos en que se funda la demanda no constituyen privación injusta de la libertad, error judicial ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Nación-Rama Judicial-DEAJ.

Sostiene que son los jueces penales o promiscuos con funciones de control de garantías, los encargados de proferir las medidas de aseguramiento en contra de los procesados en materia penal, no obstante dicha actuación se despliega en respuesta a la solicitud efectuada por la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de medidas de aseguramiento en cada uno de los procesos penales cuando entiende que hay lugar a ello.

³ Folios 122-129 del cuaderno principal.

Considera que frente a la decisión de absolución del señor NIBRANDON BENAVIDES, no tenía otro camino el juez de conocimiento, pues al encontrar manto de duda sobre la responsabilidad del afectado, resolvió en su favor, decretando la absolución, otorgando la libertad y la liberación de dicha investigación, motivo por el cual señala que no encuentra que haya actuado por fuera de lo legalmente impuesto, lo que lo libra de cualquier tipo de responsabilidad.

Señala que si bien el proceso penal adelantado al señor NIBRANDON BENAVIDES resultó absuelto bajo el principio del in dubio pro reo, recuerda que el delito endilgado era actos sexuales con menor de catorce años, es decir contra niña, que goza de especial cuidado y protección por parte del Estado, para lo cual cita en extenso jurisprudencia del Consejo de Estado que indica que en todos los casos en que se ven envueltos menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género.

Arguye que acogiendo lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado, el presente caso se encuadra en una excepción a la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo a los casos de privación injusta de la libertad, que faculta al juez administrativo para estudiar de manera crítica el material probatorio en orden a determinar si el fundamento de la exoneración penal en realidad escondía deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria.

Como excepciones formuló las siguientes:

- Hecho exclusivo de la víctima: sostiene que aun cuando se profirió sentencia absolutoria a favor del señor NIBRANDON BENAVIDES, su actuar llevó al inicio del proceso penal, toda vez que fue condenado en primera instancia el 4 de mayo de 2016 y en segunda instancia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial decidió revocar por dudas dentro del proceso.
- Ausencia de nexo causal: el cual se configura entre el daño alegado y la actuación de los jueces de la República quienes actuaron de conformidad con los informes presentados por la Fiscalía General de la Nación. Sostiene que la falta de condena se debió a que la Fiscalía no arrió al proceso penal el material probatorio requerido para proferir fallo condenatorio y por tanto no pudo desvirtuar la presunción de inocencia.
- Inexistencia de perjuicios: no puede hablarse de error judicial ni de privación injusta de la libertad.

- Mínima intensidad del daño moral: el daño moral debe valorarse de acuerdo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

3. Relación de etapas surtidas

La demanda fue presentada el día 28 de abril de 2017 (folio 66), fue admitida por auto de fecha 8 de junio de 2017⁴, se llevó a cabo audiencia inicial el día 29 de octubre de 2019⁵, y audiencia de pruebas el día 11 de febrero de 2020⁶, en la que se declaró clausurada la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión.

4. Alegatos de conclusión

4.1. De la Nación-Fiscalía General de la Nación⁷

Dentro del término oportuno, a través de apoderado judicial, la Fiscalía presentó los siguientes argumentos en sus alegatos de conclusión:

Sostiene que en materia contenciosa es irrelevante si NIBRANDON BENAVIDES BRAVO incurrió en la comisión de la conducta delictiva o no, pues sobre su comportamiento pesa una decisión absoluta proferida por el juez natural de la causa penal. Así pues, no está en discusión el desvanecimiento de la presunción de inocencia del otrora procesado penalmente, ya que lo relevante estriba en el análisis de las acciones particulares que dieron origen a la detención de que fue objeto NIBRANDON BENAVIDES BRAVO y por los hechos que fue capturado.

Señala que a partir del proceso penal resulta congruente inferir que el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, se expuso al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente padeció, pues la causa eficiente y única de la privación de la libertad, no fue en principio un actuar erróneo de la administración de justicia, sino sus propias actuaciones; en efecto, la menor H.A.C.C. de 10 años de edad para la fecha de los hechos, la situación de los actos sexuales abusivos de la que fue víctima por el actor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, ratificándose mediante denuncia penal, en hechos ocurridos el 21 de mayo de 2014 a aproximadamente al medio día en la finca La Esperanza en el barrio San Fernando del municipio de Mercaderes, Cauca, relatando con sus propias palabras los detalles de tales actos sexuales abusivos, con palabras textuales de los hechos, los que son de igual precisión o similitud en la entrevista, dando a conocer por menores de la manera en que fue agredida sexualmente en circunstancias de tiempo, modo y lugar.

⁴ Folios 68-69 cuaderno principal.

⁵ Folios 147-149 cuaderno principal.

⁶ Folio 160 cuaderno principal.

⁷ Folios 166-179 cuaderno principal.

Así las cosas, considera que para plasmar la culpa exclusiva de la víctima, las declaraciones de la ofendida menor de edad y la denuncia que hiciera la abuela plasmadas en las dos entrevistas efectuadas, son uniformes, precisándose que concuerdan.

Precisa que, los actos sexuales de que fue víctima la menor fue ejercida por un adulto, por lo que éste ostentaba una condición de autoridad y/o superioridad al ser mayor de edad sobre la menor afectada, la cual fue manipulada en primer lugar ofreciendo dinero, como segundo, el utilizar la ventaja de tener un juego de Xbox, que la menor nunca había manipulado o jugado, tercero la ingenuidad de la menor, situaciones que se aprovecharon para utilizar a la menor para que fuera sometida a tocamientos, según se referencia en la entrevista que tuviera con la perito forense.

En ese orden, considera que las circunstancias que rodearon el hecho y la declaración del juicio penal de la afectada la menor H.A.C.C. se aprecian al interior del expediente penal donde estuvo implicado el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, que si bien fue absuelto desvirtuaron el acto sexual abusivo con la menor y la atipicidad de la conducta. Pero en materia civil se reprocha su actitud a título de culpa grave.

En consecuencia, manifiesta que la imposición de la medida de aseguramiento es plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos contrapuestos, es decir la efectividad de las decisiones de la administración de justicia y los derechos y las garantías fundamentales del individuo, pues se revelaron conductas comprometedoras de NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, que lo llevó a su vinculación a la investigación penal e imponer la medida de aseguramiento.

Reitera que la conducta desplegada por NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, fue la causa del daño, la raíz determinante del mismo, fue su propia participación o coparticipación la causa adecuada en la producción del daño, al realizar tocamientos, por lo que debe quedar eximida la Fiscalía de su responsabilidad por ende del deber de indemnizar.

Argumenta su defensa en que el actor no puede obtener la reparación por él deprecada, en tanto, nadie puede beneficiarse de la vulneración de los derechos de los menores de edad, pues se configuró la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad.

De otro lado, considera que se configura el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad porque la investigación penal se inició con la versión de los

hechos que la menor H.A.C.C. entregó a profesionales idóneos de medicina legal, versión que sostuvo hasta el juicio penal.

Hace referencia al principio PRO INFANS y expresa que cuando el proceso penal se dirige a investigar sucesos relacionados con lesiones a la libertad e integridad sexual de los menores, y al castigo de los responsables de este tipo de conductas, el principio de presunción de inocencia cede parte de su poder normativo para acompañarse con las obligaciones de las autoridades de brindar una protección especial al menor.

En conclusión, a su juicio no se configura ningún daño antijurídico ni falla del servicio ni error judicial, ni mucho menos una privación injusta por cuenta de la Fiscalía, por lo que solicita proferir sentencia que absuelva de todo tipo de responsabilidad a esta entidad.

4.2. De la Nación-DEAJ-Rama Judicial⁸

La apoderada de la parte demandada Rama Judicial presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Señala que la Constitución es norma de normas e impera su supremacía, es así como el artículo 44 establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, por lo que ninguna norma puede ir contravía de la Carta. Por eso, en desarrollo del principio pro infans, se advierte que a los adultos se les exige un deber de conducta basado en el respeto irrestricto y trato prudente para con los niños, de modo que cuando ello se desatiende y se quebrantan esos deberes de conducta moral, surge el dolo civil que redime la obligación de reparar.

Reitera que si bien el juez es quien toma la decisión lo hace basándose en la realidad procesal presentada por la Fiscalía, y controvertida por la defensa, lo que respalda la decisión del juez de control de garantías que impuso la medida y que no fue deliberada su decisión.

Refiere que se configura el eximente de responsabilidad de hecho exclusivo y determinante de un tercero al igual que la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto fue el mismo demandante quien dio lugar a la imputación de la conducta punible de la conducta punible por razón del trato estrechamente cercano, abusivo o imprudente que tuvo con la menor de edad.

4.3. De la parte demandante⁹

⁸ Folios 180-184 cuaderno principal.

⁹ Folios 188-193 cuaderno principal.

El apoderado de la parte demandante presentó los siguientes argumentos como alegatos de conclusión:

Señala que en el presente caso el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, fue vinculado a un proceso penal, en el cual se le acusaba como autor material del delito de los actos sexuales con menor de 14 de años, en hechos que presuntamente tuvieron ocurrencia el 21 de mayo de 2014, en el barrio San Fernando, del municipio de Mercaderes, Cauca, cuando la menor H.A.C.C. desapareció de su casa, entre las 4 de la tarde y las 10 de la noche, apareciendo en la cancha del barrio.

Sostiene que si bien en primera instancia, el juzgado condenó al hoy demandante, por encontrar que las pruebas practicadas en el juicio oral, había quedado demostrado más allá de duda razonable, la autoría del señor NIBRANDON en el delito que le endilgaba, restando valor probatorio a la abundante prueba testimonial traída a juicio por parte de la defensa, y que daba cuenta que el afectado el día de los hechos estuvo en su casa, acompañado de un gran número de personas, que vieron juntas la transmisión de la final de fútbol colombiano, siendo que estas personas declararon que nunca vieron que el joven NIBRANDON BENAVIDES se ausentara de su casa durante todo el tiempo que duró la locución, y menos, que la presunta víctima hubiese estado con él en su habitación.

Hace referencia a la valoración psicológica realizada a la menor, de cuyo análisis destacó que la niña H.A.C.C. tenía una gran imaginación y una desubicación de tiempo y espacio en sus relatos, por lo cual se recomendó remitirla a por psiquiatría, y que, de lo narrado por ella, no era posible determinar si la menor mentía o decía la verdad. Igualmente, al testimonio de la doctora LILIANA CHARRY LOZANO, quien manifestó que no era posible determinar si una persona miente o no, ya que no se han desarrollado tácticas estandarizadas para tal fin, y que en ese sentido, tanto la veracidad como la credibilidad corresponde determinarla a la autoridad judicial.

Aduce que de la prueba testimonial, el juez ad quem en materia penal, emitió una sentencia absolutoria a favor de NIBRANDON BENAVIDES, puesto que del acervo probatorio, se constató que existían dudas frente a la responsabilidad del actor, dudas que no pueden trasladarle una responsabilidad a la parte demandante.

5. Concepto del Ministerio Público

Se abstuvo de presentar concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Presupuestos procesales

1.1. Caducidad, procedibilidad del medio de control y competencia

Por la naturaleza del proceso, el lugar de los hechos y la cuantía de las pretensiones, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en PRIMERA INSTANCIA conforme a lo previsto en los artículos 140, 155 # 6 y 156 # 6 de la Ley 1437 de 2011.

El medio de control no se encuentra caducado para la fecha de presentación de la demanda, según lo previsto en el artículo 164 numeral 2 literal i) de la Ley 1437 de 2011. Ello por cuanto el 14 de septiembre de septiembre de 2016, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán revocó la sentencia dictada el 4 de mayo de 2016, por el Juzgado Penal del Circuito de Patía, El Bordo, Cauca, para en su lugar absolver al señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, por lo que a la fecha de presentación de la demanda, esto es, el 28 de abril de 2017, no habían transcurrido más de dos años desde la absolución del actor.

2. Problema jurídico

Le corresponde al Juzgado establecer, si las entidades demandadas son responsables administrativa y patrimonialmente, por los daños que se dicen fueron ocasionados a la parte actora, como consecuencia de la privación de la libertad de que fue objeto el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, o si por el contrario se encuentra acreditada alguna excepción que exonere de responsabilidad a las entidades demandadas.

3. Régimen aplicable en materia de privación injusta de la libertad

La posición del Consejo de Estado, en torno al tema del régimen de responsabilidad de la administración por privación injusta de la libertad se recogió de esta manera:

“... la Sala ha considerado en varias oportunidades que cuando una persona privada de la libertad es absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último queda libre en aplicación de la figura del in dubio pro reo, o por preclusión de la investigación por demostrarse alguna causal de exoneración de responsabilidad penal¹⁰, se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

¹⁰ Sean las dispuestas en el artículo 29 del Decreto Ley 100 de 1980 (derogado Código Penal) o en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) según el caso .

...

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha ordenado la reparación de perjuicios a favor del sindicato, cuando éste ha sido absuelto de responsabilidad penal por encontrarse que la conducta investigada no constituía delito alguno. Uno de esos casos fue resuelto en pronunciamiento del 13 de febrero de 2013 proferido por la Subsección A.

...

Lo mismo ha resuelto la Subsección B de esta Sala cuando la cesación del proceso penal ha obedecido a la prueba de la inocencia del investigado, por cuanto se estableció que él no cometió el delito imputado.

...

Ahora, en aquellos casos en los que el proceso penal termina por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, el Consejo de Estado ha dado el mismo tratamiento.

...

Igualmente, la Sección Tercera ha precisado que el daño también podía llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad sea exonerada por razones distintas a las de aquellas tres hipótesis. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia del 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad.

...

Una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados¹¹. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹².

Una segunda línea entiende que cuando se da la absolución porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹³. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una

¹¹ Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992 (expediente 7058).

¹² Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994 (expediente 8666).

¹³ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994 (expediente 9391).

privación injusta de la libertad y que, en los casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” e “injustificado” de la detención¹⁴. Es decir se ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de in dubio pro reo o alguna causal de justificación penal¹⁵, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

...

Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del in dubio pro reo¹⁶.

...

En otras palabras, en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del in dubio pro reo, o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, esta Corporación entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “injustamente” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que rige, hoy por hoy, en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (expediente 10056).

¹⁵ Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 1997 (expediente 11754).

*especial énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354)."*¹⁷

En la providencia en cita, explica el Consejo de Estado que la responsabilidad extracontractual encuentra respaldo en el artículo 90 de la Constitución Política y no puede ser restringida por leyes infraconstitucionales, más sí puede ser precisado su concepto y alcance, sin embargo, no basta con acreditar la privación de la libertad y posterior ausencia de una condena pues se permitiría que en todos los casos en que se privara a una persona de la libertad procediera la indemnización, por tanto se precisa como necesario establecer que el daño sea de carácter antijurídico. Como la Constitución no ha privilegiado ningún título jurídico de imputación en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a los supuestos fácticos, el juez puede acudir al título de imputación que mejor convenga al caso concreto.

La postura que ahora acoge el Consejo de Estado, explica que, si bien antes se consideró suficiente la acreditación del daño, ello no indica que no pueda acudirse al régimen subjetivo, se critica de la anterior postura el hecho de que la mera exigencia de la demostración del daño, desnaturaliza los elementos de la cláusula general de responsabilidad relegándose la posibilidad de acreditar la antijuridicidad del daño.

Por tanto, se recoge esta postura para pregonar actualmente que es menester acreditar la antijuridicidad del daño para lo cual debe acudirse a estándares convencionales, constitucionales y legales que admitan excepcionalmente la restricción de la libertad de la persona, en caso de no demostrarse esa situación estaríamos ante un daño antijurídico.

La nueva tesis jurisprudencial afirma que es equivocado sostener que la aplicación de un régimen subjetivo implica realizar un estudio sobre la conducta del agente estatal, pues se olvida que la falla puede presentarse aún sin dolo o culpa grave del funcionario.

Respecto del principio de presunción de inocencia se dijo que éste no está relacionado con la medida preventiva, porque esta garantía permanece incólume hasta que se profiera sentencia condenatoria, por tanto, no se evidencia cómo puede afectarse este principio a partir de la decisión de la privación de la libertad con medida de aseguramiento. Se resalta que mientras transcurre el proceso penal la prueba sobre la responsabilidad es mayor por tanto para la medida de aseguramiento solamente basta la existencia de indicios

¹⁷ SENTENCIA DE UNIFICACION DE 15 DE AGOSTO DE 2018, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. RADICACIÓN 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947).

graves, en consecuencia, pueden obrar pruebas para proferir medida de aseguramiento e incluso resolución de acusación pero las mismas pueden no ser suficientes para un fallo condenatorio. Se destaca que otra situación muy distinta ocurre en los casos en que la decisión absolutoria llega como consecuencia de la ausencia total de pruebas contra el sindicado lo que afecta el sustento fáctico y jurídico de la detención. Se señala que la sentencia absolutoria no siempre da cuenta *per se* de la antijuridicidad de la restricción de la libertad.

De otra parte, la sentencia de unificación destaca que el principio de la libertad no es absoluto y deviene en injusto que se condene al Estado al pago de indemnización cuando la restricción estuvo mediada por la legalidad y a pesar de haberse practicado las pruebas, persistan dudas acerca de la participación en el delito y por tanto también se presentan respecto de lo justo o injusto de la privación de la libertad.

En la óptica de la posición que actualmente se recoge, basta que se presente una privación de la libertad y que el proceso no culmine con la condena para proceder con la indemnización a pesar de que la medida se haya ajustado a derecho y sin importar que el daño sea o no antijurídico, por tal motivo la postura que actualmente se acoge obliga al juez a analizar si quien fue privado de la libertad actuó desde el punto de vista civil con culpa grave o dolo.

Además en todos los casos, esto es cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituyó hecho punible o por in dubio pro reo, será necesario hacer análisis sobre el artículo 90 de la Constitución Política, vale decir establecer si el daño es antijurídico y si quien demanda no incurre en ninguna clase de dolo o culpa y finalmente en amparo del principio *iura novit curia* se puede usar el título que se considere pertinente y expresar los fundamentos de la decisión.

4. La medida de aseguramiento

El derecho a la libertad personal no es absoluto sino que está sujeto a privaciones y restricciones temporales, las cuales deben reunir unos requisitos constitucionales y legales y estas, son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el imputado, como consecuencia de la investigación que se adelanta en su contra. Es decir, dicha afectación a la libertad personal se hace a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramientos, decretadas con fines preventivos.

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el

proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.

Las medidas de aseguramiento adquieren, sin embargo, una particular incidencia constitucional debido, ante todo, a su capacidad para afectar de manera intensa la libertad personal. El agente sufre un temporal, preventivo y, sin embargo, ostensible impacto en el derecho a su libertad. Por estos innegables efectos, de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia de la Corte, la creación de las medidas de aseguramiento debe ser estrictamente excepcional y se encuentra sometida a un conjunto de límites, diseñados en orden a salvaguardar el principio de la dignidad humana y la prevención del exceso en su utilización¹⁸.

Además de los fines constitucionales antes citados, son necesarios algunos requisitos objetivos, el primero de ellos de carácter probatorio:

“... 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...” (Artículo 308 de la ley 906 de 2004).

El segundo, dado por la calidad del delito y el monto de la pena mínima. (Ver artículo 313 de la ley 906 de 2004) para aplicar una medida de aseguramiento no privativa de la libertad, es necesario que la pena mínima sea inferior a cuatro años o no tenga señalada pena de prisión. (Ver artículo 315 de la ley 906 de 2004).

El requisito objetivo no es más que un presupuesto legal de ineludible cumplimiento que por lo demás generalmente se cumple por parte de los operadores judiciales. Lo que obliga a hacer más exigente el juicio de fiscales y jueces en este punto responde a que la jurisprudencia del contencioso no solamente atiende al punto de legalidad, sino de “privación injusta”. Así, por ejemplo, la decisión de la Sección Tercera, de 28 abril de 2005. Expediente 15348. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio establece a este respecto:

“En síntesis, considera la Sala que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso, tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre

¹⁸ Sentencia C-469 de 2016

que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio”.

Así entonces, dentro del medio de control de reparación directa, resulte necesario verificar si la medida restrictiva de la libertad fue razonada y proporcionada, tal y como se estableció en la sentencia SU-072 de 2018, en la que la Corte Constitucional afirmó:

“En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión ‘injusta’ necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho ...

“(…).

“De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.

“105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado -el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al

investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos. (...)

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

En consecuencia, si ubicamos las discusiones en el plano estrictamente penal el examen que arroja esta apreciación implica que los juicios de adecuación, imputación y autoría deben estar plenamente soportados por cuenta del fiscal al momento de hacer la solicitud lo que impondría un examen más exhaustivo del juicio de tipicidad penal.

5. Privación de la libertad por delitos sexuales en menores de catorce años

Inicialmente, es preciso tener en cuenta que la Constitución consagra una protección especial en favor de los niños y niñas en razón a su condición de indefensión. En particular, en el artículo 44 Superior se incluyen garantías que, entre otras, permiten ampliar sus derechos fundamentales, reconocerles la titularidad general de los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia y, además, la Carta refuerza estas garantías a partir la vinculación de la familia, la sociedad y el Estado en relación con la obligación de asistir y proteger a los menores en la protección de sus derechos.

La Corte Constitucional ha establecido que en aras de garantizar los derechos fundamentales de los menores que son víctimas de abuso o actos sexuales, debe tenerse en cuenta su testimonio respecto de los hechos que rodearon el caso y el señalamiento que hagan sobre el presunto victimario, pues así se encuentra consagrado no solo en el ámbito internacional, sino también en el Código de la Infancia y la Adolescencia, el que se encontraba vigente para la época de los hechos por los cuales se investigó al aquí demandante. Dijo la Corte¹⁹:

[S]i bien la Constitución no se refiere expresamente a los derechos particulares de los menores involucrados en procesos penales, las garantías generales tienen aplicación en estos escenarios concretos. Pero,

¹⁹ Sentencia T-116 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

adicionalmente, la incorporación de los tratados internacionales enunciada anteriormente permite tener en cuenta la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, que concretamente reconoce la obligación para los Estados parte de adoptar las medidas adecuadas para “proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo”. Entre ellas se especifican las obligaciones relacionadas con “reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos”; “prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas”; garantizar “el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño” y “asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabaje con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo”, entre otras.

De manera particular, el código en mención [Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia] se refirió a los derechos y garantías especiales en favor de menores cuando son víctimas de delitos. Sobre lo cual dispuso que “[e]n los procesos por delitos en los cuales los **niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales** ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”. En este sentido, en el artículo 193 se establecieron dos garantías puntuales que resultan determinantes en relación con los hechos que plantea el proceso de tutela objeto de revisión:

“Artículo 193. Criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes víctimas de los delitos. Con el fin de hacer efectivos los principios previstos en el artículo anterior y garantizar el restablecimiento de los derechos, en los procesos por delitos en los cuales sean víctimas los niños, las niñas y los adolescentes la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes criterios específicos (...):

7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no

se les estigmaticen, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

(...) Así pues, la decisión garantista de prescindir del testimonio en protección del menor, genera, por otra parte, un déficit probatorio dentro del proceso, sobre todo ante la importancia que en ciertos casos puede revestir el testimonio de los menores cuando, siendo las posibles víctimas, resultan ser la fuente directa para la construcción de los presupuestos fácticos(...)" –Negrillas fuera de texto–.

Expuesto lo anterior, es menester mencionar que al momento de proferir la medida de aseguramiento, debe tenerse en cuenta lo dicho por la menor víctima, las valoraciones psicológicas y pruebas pertinentes que permitan en su momento procesal servir como evidencia para soportar coherencia en el testimonio de la menor.

De igual forma, en sentencia T-142 de 201923, la Corte Constitucional señala que el artículo 44 de la Constitución Política en el cual establece, de manera perentoria, que "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"²⁰. Se trata de un contenido normativo que impone la especial protección que deben prohiarle la familia, el Estado y la sociedad como consecuencia de las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran; protección sin la cual, no podrían alcanzar su pleno desarrollo.

Bajo esta premisa, el legislador estableció en el artículo 8° del Código de Infancia y Adolescencia el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. Este enfoque está dado desde la expedición de la Ley 1098 de 2006, en donde se reivindica a este grupo poblacional como individuos titulares de derechos y a quienes se les debe reconocer su dignidad.

En tal sentido, se estableció en la sentencia T-510 de 2003, que "[...] el contenido del interés del menor, es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal".

De esta forma, esa providencia precisó que se deben tener en cuenta unos criterios jurídicos para hacer prevalecer el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de otras personas.

²⁰ Constitución Política, Artículo 44, parágrafo 3°.

En tal sentido, consideró que *“para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, debe atenderse tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–. En ese mismo sentido, es necesario tener en cuenta que el interés del menor “debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no depende de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres”²¹.*

A su vez, entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes: (i) la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, en la cual se dispone, en el artículo 3-1 que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*; (ii) el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, ordena: *“se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*; y (iii) el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, dispone: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

En este sentido, se parte del hecho de que el interés superior y los derechos del niño, niña y adolescente tienen prevalencia sobre los intereses y derechos de los demás, como consecuencia de su grado de vulnerabilidad. Esta corresponsabilidad en relación con la primacía de los derechos de los menores implica una obligación por parte del Estado, de la familia y de la sociedad de propender por su protección integral en todo el Estado colombiano.

Entre otras consecuencias, cuando dentro de algún proceso de naturaleza judicial o administrativa se vea inmerso algún menor y las decisiones que se deban tomar afecten o pongan en riesgo los intereses y derechos del mismo, se debe realizar un estudio ponderado extenso y completo de los supuestos

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-510/03.

fácticos, jurídicos y de las consecuencias de su aplicación, sin desconocer los derechos de las demás personas en conflicto, dando prevalencia a los derechos de los menores inmersos en él.

6. El caso concreto.

En el presente caso se solicita declarar administrativamente responsables a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la totalidad de daños y perjuicios causados a NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, por la privación de la libertad, desde el 22 de abril de 2015 hasta el 15 de septiembre de 2016.

Para acreditar la privación de la libertad de NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, obra a folio 15 del cuaderno principal, boleta de encarcelación de fecha 22 de abril de 2015, del Juzgado Promiscuo Municipal de Mercaderes, Cauca con funciones de control de garantías y boleta de libertad de fecha 15 de septiembre de 2016 a folio 46 del cuaderno principal.

RESPECTO DEL PROCESO PENAL SEGUIDO EN CONTRA DE NIBRANDON BENAVIDES BRAVO:

- **LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES DE LEGALIZACIÓN DE CAPTURA, FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN E IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO: (fl. 12-14 C. Ppal.).**

El 22 de abril de 2015, se llevó a cabo ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Mercaderes Cauca con funciones de control de garantías, audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, en contra del indiciado NIBRANDON BENAVIDES BRAVO por el delito de acto sexual con menor de 14 años.

Se indicó que el procedimiento de captura se efectuó el 22 de abril de 2015 a las 13:30 horas y luego del procedimiento constitucional y legal, se declaró legal la captura del señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO. Luego, se formuló la imputación por el delito de acto sexual con menor de catorce años, a título de autor en la modalidad dolosa. El imputado no se allanó a los cargos formulados. Posteriormente, se impuso medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión.

- **LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA – CONDENATORIA (fl. 16-21 C. Ppal.)**

El 4 de mayo de 2016, el Juzgado Penal del Circuito de Patía con funciones de conocimiento, profirió fallo de primera instancia por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, donde se narró el siguiente aspecto fáctico:

“El acontecer fáctico nos informa y así se demuestra conforme a lo presentado por el ente titular de la acción penal que el día 21 de mayo de 2014, en el Barrio San Fernando de Mercaderes, Cauca, aproximadamente a las 4:00 de la tarde, la menor H.A.C.C., salió de su casa con el permiso de abuela BLANCA CORDOBA POPAYÁN, y que el acusado la invitó a jugar video juegos con él, ella accede y llegada la noche, el señor BENAVIDES BRAVO, le dice a la menor que se esconda en un armario que había en la habitación, ante la negativa de la menor, le tapó la boca con una mano y con la otra la cogió de las manos y la encerró en el armario. La menor C.C. escuchó cuando su abuela llegó a la casa del acusado a preguntar por ella, pero no le pudo contestar porque se encontraba encerrada en el armario, que momentos después NIBRANDON abrió el armario, bajo la cuchilla de energía y una vez todo quedó oscuro, sacó a la menor del armario y según lo relatado por la menor quien aduce: “empezó a tocarme todo el cuerpo, también la vagina, él no me sacó la ropa, tampoco se la quitó, solamente se bajó el cierre y por un lado del bóxer sacó el pene y empezó a sobarme el pene sobre mi vagina”, que posterior a los hechos el acusado fue a dejar a la menor hasta la esquina de su casa, sin encontrar a sus abuelos, momentos después se encuentra con una vecina del sector quien la encontró llorando por el sector de la cancha, donde llaman a la abuela de la menor, quien decide al día siguiente es decir el 22 de mayo llevar a su nieta hasta el centro médico a revisión, y luego es remitida para la valoración psicológica (subrayas del despacho).

DE LA TEORÍA DEL CASO:

La Fiscalía expresa en su teoría del caso, que la investigación se inicia con soporte en la denuncia penal instaurada por la abuela de la menor presunta víctima, en donde da cuenta de lo acaecido en la fecha de los hechos, que la niña es encontrada en la cancha por vecinos del sector, y cuando es encontrada, estaba llorando. Que la niña relata que para la fecha de los hechos estaba en la habitación del acusado, que este la esconde en un armario, que luego la manosea y roza su pene sobre su vagina (subrayas del despacho).

Análisis probatorio:

Declaración de la señora BLANCA CORDOBA POPAYÁN: abuela de la menor... de los hechos acaecidos para el día 21 de mayo de 2014 con su nieta, relata que su nieta le pide permiso para hacer una tarea donde un señor Orlando, y de allá regresa, que luego sale a ver televisión donde su primo y vecino Jader o Faber, y no regresa, ante lo cual inicia su

busqueda por todo el barrio San Fernando, de Mercaderes, Cauca, pregunta a varias personas del sector sin éxito alguno. Incluso a las 6:00 p.m. pregunta por su nieta en la casa del acusado, lo atiende el padre de este, y le contesta que no sabía, y él pregunta a NIBRANDON con quien estaba y este le responde que solo, y lo hace desde su pieza, que incluso en ese momento llega Carolina, hermana del acusado, quien entra a la vivienda. Advierte la abuela, que su nieta aparece llorando a eso de las 10:00 p.m. en el sector de la cancha. Cuando interroga a su nieta por lo ocurrido, ella le relata que había estado en la casa del acusado en unos juegos que tiene allí, que él la metió al armario, luego la saca, la tira a la cama y la manosea, que incluso cuando la había ido a buscar, ella la había escuchado pero el acusado no la dejaba hablar; desfila en el juicio oral, la presunta víctima H.A.C.C., quien tiene diez años de edad y es sometida a interrogatorio. Testimonia que estuvo en la habitación del acusado jugando con un video juego. Indicó que la habitación donde estuvo con el acusado, tiene dos armarios, una cama, un televisor y el video juego y no tiene puerta. Que a esa hora en la casa del acusado estaba la hermana, el novio de la hermana, Jenny, la mamá y el papá...

El 21 de mayo de 2014, estaba donde una amiga y escucha el alboroto de la gente que decía que se perdió H.A., ella la ayudó a buscar con varia gente, cuando la niña apareció eran entre 8:00 a 9:00 p.m.m estado parada en la cancha... se demuestra en el grado de certeza racional que la niña H.A.C.C. desaparece temporalmente por espacio de varias horas de su casa habitación en la tarde y noche del 21 de mayo de 2014, solo es encontrada en horas de la noche en el sector de la cancha, situación que no fue discutida por la defensa contractual.

La señora BLANCA CORDOBA POPAYÁN, abuela de la menor presunta víctima, en forma enfática declara que cuando su nieta desaparece, la busca en el sector del barrio San Fernando, de Mercaderes, Cauca, incluso siendo aproximadamente las 6:00 p.m. se dirige a la casa del acusado, pregunta a su progenitor si su nieta se encontraba allí, y éste le contesta que no la había visto, le pregunta a su hijo (el actual acusado) con quien estaba, y este le responde que solo y lo hace desde su pieza, hecho puntual que es corroborado por el padre del acusado en su declaración y por parte de la prueba oral exculpatoria.

Esos hechos de connotación sexual, son ratificados por la prueba oral inculpatoria, denominada prueba pericial, y en concreto con la declaración bajo la gravedad de juramento de la psiquiatra LILIANA CHARY LOZANO, quien refiere que realiza valoración psiquiátrica a la menor H.A.C.C., la niña le cuenta que un día aproximadamente a las

4:00 p.m. pide permiso para hacer una tarea, y es llamada por el presunto agresor con el ofrecimiento de monedas para que estuviera en negra su casa, y ella se pone a jugar Xbox y permaneció jugando en la habitación del acusado.

El testimonio de LEIZAR DORADO BURBANO, comisaría de familia de Mercaderes, Cauca, refiere que la niña, le narra lo sucedido, y cuenta que el amigo de su primo, le había tapado la boca con una cinta negra, y amarrado sus manos con una cinta transparente, la encierra en un armario, luego la saca, la tira a la cama y la empieza a tocar, sin que ella se sacara la ropa, ni él tampoco se saca la ropa.

La doctora LILIANA CHARRY LOZANO, médica psiquiátrica, en su declaración da a conocer que la niña H.A.C.C., va a la habitación del acusado por un ofrecimiento de monedas por parte de NIBRANDON, que allí juega Xbox, actividad en la cual permanece por largo tiempo, pero que el acusado, luego de que la abuela de la presunta víctima, va a preguntarla a la casa de este, la esconde en un armario y luego el acusado le realiza tocamientos, en palabras de la psiquiatra la niña H.A.C.C. hace descripción de interacciones, de secreciones, menciona semen, hace gestualización con movimientos de los tocamientos que el presunto agresor se hacía sobre sus genitales, que no hubo penetración, y que los tocamientos se realizaron por encima de la ropa, el acusado le solicita el secreto de lo que estaban haciendo.

Para el juzgado de conocimiento, el testimonio de la experta en psiquiatría aportó datos significativos, que demostraron las condiciones clínicas en las que quedó la niña por causa del delito consumado contra su humanidad: reacciones psicológicas consistentes en rabia, malestar psicológico intenso ante los recuerdos, lo simboliza, le daban escalofríos al pasar por el lugar y recordar los hechos por la profesional.

Testigos menores de edad:

- Mauricio Molina Caicedo: de 12 años de edad, amigo del acusado, el acusado, viendo el partido de Nacional y Junior, estaban el acusado, los señores Manuco, David, y durante ese lapso de tiempo, el acusado no se ausentó de la sala.

- Andrés David Botero Gómez: de 12 años de edad, amigo de NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, narra que el día de los hechos estuvo entre las 5:00 y 9:00 p.m. se encontraba en su casa, junto con mi familia y unos amigos cercanos del barrio, viendo el partido de Nacional y Junior

en la habitación del acusado. Que el partido comenzó a las 7:00 p.m. y terminó aproximadamente entre las 8:30 y 9:00 p.m., que en el sitio estaban ORLANDO, MANUEL, MARICEL, su papá, su mamá, su hermano NIBRANDON, su hermana CAROLINA y ANDRÉS DAVID, MAURICIO, MARIO, DAISY y otros que en ese lapso su hermano NIBRANDON BENAVIDES, en ningún momento salió y no vio a la víctima H.A.C.C. en la casa.

- Mario Arley Mesa Rodríguez: conoce al acusado, refiere que el día 21 de mayo de 2014, se encontraba en la casa de NIBRANDON, viendo el partido de fútbol Nacional vs Junior, desde las 5:00 p.m., allí estaban ORLANDO, MANUEL, MAURICIO, DAVID, el papá de BRANDON, pero no vio a la víctima, que en ningún momento el señor NIBRANDON se ausentó del lugar donde observaban el partido. Ve a la madre del acusado y unas amigas de ella, viendo una novela. Da cuenta que la abuela de la niña fue a preguntar a la casa del acusado.

Igual manifestación hacen los testigos MANUEL ANDRÉS GÓMEZ ROSERO, ORLANDO DELGADO MADROÑERO, DEISY MARTINEZ.

*Para el Juzgado de conocimiento no fue creíble que el acusado haya estado con todos los citados por la prueba oral exculpatoria viendo el partido de fútbol; cuando ellos aducen que la menor HACC no estaba en la habitación del acusado, mientras otras personas estaban viendo el partido citado, porque frente a estas puntuales situaciones, **es decir que el acusado estuvo en su habitación para la fecha de los hechos con la niña HACC y que cometió los actos sexuales diversos del acceso carnal, es creíble el testimonio de la menor citada en precedencia y de manera trascendente la prueba pericial directa de la doctora LILIANA CHARRY LOZANO**".*

En ese orden, se condenó al señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, como autor penalmente responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años, delitos contra libertad, integridad y formaciones sexuales.

El 13 de septiembre de 2016, se llevó a cabo audiencia de lectura de providencia de segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en la que se revocó la sentencia dictada el 4 de mayo de 2016, por el Juzgado Penal del Circuito de Patía, El Bordo, Cauca, cargos elevados en su contra por el delito de actos sexuales con menor de catorce años y se decretó la libertad inmediata (fl. 28 C. Ppal.).

- **LA DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA – ABSOLUTORIA (fl. 29-45 C. Ppal.)**

A folios 29-45 del C. Ppal., obra copia de la providencia que decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 4 de mayo de 2016 y consideró lo siguiente para decidir en segunda instancia:

“Declaración de la señora BLANCA CÓRDOBA POPAYÁN: abuela de la menor ofendida y quien al registro 58:48 de la audiencia del 29 de septiembre de 2015, manifestó que su nieta, el 21 de mayo de 2014, aproximadamente a las 3 de la tarde, pidió permiso para ir a hacer una tarea donde ORLANDO, y regresó a las 4, solicitando permiso para ir a hacer una tarea donde el primo HADER. Que a las 4 y 20 ella salió a buscarla, sin encontrarla, habiendo aparecido a las 10 de la noche en la cancha, en donde estaba llorando. Que la niña explicó primero, que había estado donde una amiga y después, que había estado en la casa donde vive el muchacho que esta en la audiencia. Advierte que ella entrega la versión que le dijo su nieta H.A.C.C. Que sobre los hechos, la menor contó que aquel la había tenido en un armario, que la tiró a la cama y la manoseó. Agrega que ella le preguntó al papá de BRANDON, como a las 6 de la tarde, por la niña y él le dijo que no sabía, pero llamó a dicho joven y le preguntó con quien estaba, respondiendo que solo, lo que ella escuchó desde fuera. La menor le contó luego que ella la había oído, pero que no podía contestarle porque él no la dejaba hablar.

En el contrainterrogatorio, registro 1:18:12, sostuvo que BRANDON le contestó al papá que estaba solo, que ella no entró sino que permaneció en el andén.

La niña H.A.C.C., de 10 años de edad, declaró al registro 08:28, de manera muy breve, ya que la mayoría de preguntas propuestas por la Fiscalía no fueron admitidas por la defensora de familia; en ese sentido, indicó que aquel día si ocurrió algo importante, lo cual le contó a su abuela, que en la habitación estuvo ella con NIBRANDON y que si había estado antes allí. En el contrainterrogatorio, describió la habitación, indicando que había dos armarios, que la habitación no tiene puerta, que estaban NIBRANDON, la hermana de este, el novio de ella, YENY y los padres de aquel.

La señora LEIZAR DORADO, al registro 36:34, manifestó ser la Comisaria de familia y en tal calidad, practicó entrevista a la menor H.A.C.C., por orden de la SIJIN, en compañía de la abuela y el psicólogo ERNESTO MERA. Que ello ocurrió en mayo de 2014, que la niña era muy vivaz, que llegó con los abuelos RAFAEL Y BLANCA, que a simple vista no se aprecia

que tuviera temor o susto, que es muy avispada, ya que se paraba justo al computador y le decía “así no es”. En torno de los hechos, le refirió que cuando sintió que fue su abuela, le abrieron el armario y el hoy acusado le dijo que iba a bajar la cuchilla para que se arreglara el computador, que la tiró a la cama y la empezó a tocar, que no le sacó la ropa, ni tampoco él lo hizo; que luego le dijo que entrara al baño y después le pasó unas chanclas, que la llevó hasta la esquina de su casa, que pasó por una cancha, que los abuelos no estaban, que una señora Amparo le regaló cien pesos para que los llamara, pero ella no lo hizo. Que les dijo a los abuelos que estaba con una amiga, pero en seguida les contó la verdad. Explicó que la niña le comentó que cuando salió del armario estaba muy cansada, porque había estado arrodillada, entonces se sentó en la cama y luego se acostó; en ese momento es que aquel habría bajado la cuchilla y todo quedó oscuro. Que había otras personas, porque estaban pasando un partido de fútbol pero que no podía llamar porque estaba amordazada; no precisó a qué hora llegó, aunque al respecto dijo que ello ocurrió luego de jugar play, que era de noche y que en el armario estuvo bastante tiempo.

El psicólogo ERNESTO MERA ZAPATA, al recórd 8:37 de quinta grabación, sostiene que realizó entrevista a la menor en comento... expresó que con los elementos relevantes de que dio cuenta la menor, no tiene herramientas para determinar una verdad o una mentira. Este informe psicológico, se incorporó luego como prueba.

En el contrainterrogatorio, indicó que no hay coherencia en la narración de la niña, agregando que “los hechos como los narraba ella prácticamente a nivel temporo espacial no coincidían”.

La doctora LILIANA CHARRY LOZANO, al record 9:54 de la 2ª grabación del 14 de diciembre de 2015... sobre los hechos le indicó la menor que aquel día aproximadamente a las 4 de la tarde, pidió permiso para salir a hacer una tarea y estando en ello, fue abordada por el presunto agresor, que la motivó con unas monedas, para que estuviera en su casa y ella solicitó jugar con Xbox, pidió que le diera media hora, conocía la vivienda porque había estado en otra oportunidad, fue a la habitación y durante la mayor parte estuvo jugando en internet, pasó el tiempo y en determinado momento sintió que la fue a buscar su mamá y el presunto agresor la escondió en un armario, posteriormente se fue la energía, en dos oportunidades, lapso en el cual fue sometida a tocamientos en su cuerpo, haciendo descripción de actuaciones, secreciones y gesticulación de movimientos, refiere que no hubo penetración y que los tocamientos fueron por encima de la ropa.

Señaló que el relato de la menor se muestra coincidente con los elementos sumariales dispuestos por la autoridad, aunque con algunas inconsistencias que no afectan el núcleo básico del mismo. Que el relato tenía coherencia interna en el núcleo central del alegato, ya que a pesar de las inconsistencias, la narrativa narra una serie de hechos concatenados que permite llegar a los investigados, con coherencia externa en el núcleo central de la alegación, y en la realidad en que se movían los actores, ya que ellos fueron evidenciados por la ausencia prolongada de la menor, por diversos testigos.

El señor ORLANDO DELGADO MADROÑERO, al registro 1:00:18, declara que conoce desde la infancia a NIBRANDON; que ese día fue a mirar el partido de Nacional y Junior, como a las 5 de la tarde, y en ese momento estaban el papá, NIBRANDON, ANDRÉS, MARIO y unas muchachas, la novia de MARIO y unos niños. Afirmó que cuando entró, se dirigió al sitio en donde estaba ubicado el televisor, en donde estaban viendo el partido; que como era un sitio estrecho, estuvo de pie mientras lo podían ubicar; en ese sitio había un armario, una mesita donde estaba el televisor, una cama y las sillas, que no tiene puerta, que no vio a la víctima allí. Sostuvo que antes la abuela fue a preguntarla, a la casa donde tiene un negocio de internet, pero se había ido. Que él estuvo solo el primer tiempo del partido, y como se supo que la niña aún estaba envoltada y él es trabajador social, le dijo a otras personas que hicieran un bloque para buscarla, pero como a las 7 y 30 u 8 que estaban organizando, les llegó la notifica que había aparecido, como a unas 5 casas de la casa de BRANDON. Que a las 5 y 10 o 5 y 20, llegó a esa casa, permaneciendo hasta el momento en que ha indicado, lapso en que no vio a la víctima, tampoco que NIBRANDON saliera de casa.

Argumentó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán que teniendo en cuenta las pruebas allegadas, se establece que la menor ofendida aunque concurrió al juicio oral, fue muy lacónica en su expresión, habida cuenta que la mayoría de preguntas formuladas por la Fiscalía fueron rechazadas por la Defensora de Familia.

La primera persona que escuchó dicha versión, fue la señora BLANCA CORDOBA, quien es muy genérica en su exposición, resultándose que fue a buscar a su nieta, a la casa donde vive NIBRANDON BENAVIDES, como a las 6 de la tarde, que no entró a esa vivienda, sino que desde el andén le preguntó por la menor al papá del mencionado, quien contestó que aquel estaba solo. Considerando que la versión de la abuela es muy lacónica, ya que no entrega detalles, acerca de como llegó la niña H.A.C.C., hasta la casa de aquel, luego al armario y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que aquel efectuó

tocamientos sobre su cuerpo. Aunque le refirió luego la niña que ella había oído cuando fue a preguntarla, afirmó que no pudo contestarle, porque él no la dejaba hablar, sin tampoco aclarar la razón por la cual no podía expresarse. Que la propia perito LILIANA CHARRY LOZANO, reconoció la existencia de inconsistencias en el relato de la niña H.A.C.C., pero afirmó que las mismas no afectaban el núcleo básico de la versión. Esta valoración en realidad corresponde hacerla a la Sala, teniendo en cuenta el autorizado concepto, pero aplicando las reglas de la sana crítica del testimonio y el método científico. Pues bien, las inconsistencias que tuvo en cuenta la doctora LILIANA CHARRY, consistían en haber dicho aquella menor, en la historia sumarial, haber sido tapada “con una cinta de color negro” y atada las manos con una cinta de color blanco, circunstancias que en la entrevista no refirió, esto es, “haber sido atada con cintas”.

Para la Sala, es cierto que la menor en comento estuvo ausente de su casa, durante un lapso de aproximadamente 5 o 6 horas, dando lugar que su abuela BLANCA CORDOBA, la buscara entre el vecindario, incluso la preguntara en la casa del hoy acusado, con resultados negativos. Pero, respecto de los tocamientos con tinte sexual que refiere la menor H.A.C.C., le ejecutó el señor NIBRANDON BENAVIDES en su casa de habitación, surgen dudas en cuanto a la versión de la menor da cuenta de haber sido encerrada por el citado, en un armario de su pieza, del cual fue sacada en determinado momento, recostándose en la cama, en donde se habrían consumado los tocamientos, para luego llevarla al baño, en donde le pasó unas chanclas y luego fue sacada cubierta con una cobija, hasta el exterior de la vivienda, en en la cual permaneció durante dicho lapso, un grupo de personas que observaban en dicha alcoba un partido correspondiente a la final de fútbol colombiano, sin quedar claro, ya que la propia ofendida en sus diversas intervenciones no dio luces sobre el particular, si durante todo ese interregno fue amordazada y atada de pies y manos, logrando una inmovilidad casi total que le impidiera pedir ayuda a las personas presentes en el sitio indicado.

En ese orden de ideas, aplicando el principio universal del in dubio pro reo, considera la Sala que debe revocarse la sentencia impugnada, para absolverse al señor NIBRANDON BENAVIDES de los cargos elevados en su contra”.

- Obra certificado de libertad expedido por el Director del Establecimiento Carcelario de El Bordo, Cauca, el señor NIBRANDON BENAVIDES BRAVO permaneció privado de la libertad durante un lapso comprendido entre el 22 de abril de 2015 y el 15 de septiembre de 2016 (fl. 48).

Expediente Penal:

- INFORME PERICIAL MÉDICA PSIQUIÁTRA: (fl. 58-69)

- Obra informe de medicina legal y ciencias forenses sede Popayán a nombre de la paciente menor de edad H.A.C.C., practicado el 20 de marzo de 2015, adelantado por la psiquiatra forense LILIANA CHARRY LOZANO:

MOTIVOS DE LA PERITACIÓN:

“Valoración psiquiátrica y de acuerdo a dicha pericia determinar: si los eventos enunciados por la menor en la entrevista rendida ante la Comisaría de Familia de Mercaderes el 22 de mayo de 2014 son acordes a la realidad, a fin de establecer la veracidad de los hechos, verificar si la menor mentalmente es una persona desarrollada conforme a su edad y es de aquellas personas fantásticas o imaginativas o tiene un desarrollo mental de acuerdo a su edad, determinar si el desarrollo mental de la menor es normal o presenta deficiencia a nivel de este tipo.

HECHOS INVESTIGADOS SEGÚN INFORMACIÓN APORTADA POR EL SOLICITANTE DE LA PERICIA:

“Investigador de campo FPJ-11 “El 22 de mayo se recibió denuncia instaurada por la señora BLANCA CORDOBA POPAYÁN... el día 21 de mayo de mayo su nieta H.A. de 9 años salió para un internet a hacer unas tareas a eso de las cuatro de la tarde y 15 minutos, después al ver que no regresaba salió a ver si estaba y no la halló por tal motivo empezó a buscarla... preguntó en la casa del señor DUBAR ya que allí funciona una sala de video juegos que es del papá del señor BRANDON BENAVIDES les dijo que no, el señor le tocó la habitación de Brandon y le dijo que con quien estaba allá y el gritó que estaba solo... prendieron las luces pero la habitación de Brandon seguía con las luces apagadas... me llamaron a las 9 de la noche, dijeron que ella había aparecido... ella me dijo que estaba donde unas amigas le dije que me dijera la verdad... me dijo que cuando estaba viendo televisión... la llamó el señor Brandon Benavides el cual vive a un lado de la casa, le dijo que él iba a devolver unas monedas y entró a la casa... en la casa se mamá de Brandon pero estaba acostada... que donde alquila los videojuegos es la habitación de Brandon que solo estaban los dos en esa habitación que le dijo que se metiera al armario... cuando ella quería gritar le puso la mano en la boca para que no gritara... como ya estaba oscuro que había bajado la cuchilla de la energía para que quedara todo oscuro la tiró en la cama y empezó a tocarle las partes íntimas le quitó la ropa interior y que frotaba su miembro... por las partes de ella, luego se puso una cobija

encima y con esa misma la tapó... la llevó hasta el patio de la casa la dejó allí que él entró por las chanclas... la hizo pasar por un alambre de puas por la casa de la abuela... el doctor Johan Cárdenas manifiesta en su dictamen que la menor no ha sido accedida carnalmente...

La menor H.A. manifiesta yo le pedi permiso a mi mamá para ir a ver televisión a donde JADER FUENTES quien es primo y entonces el muchacho Brandon Benavides que vive al lado... me llamó que fuera a traer unas monedas y yo le dije que me dejara jugar play, jugué un rato y ya se puso de noche en eso me tapó la boca con la otra me amarró las manos y me las puso atrás y me metió al armario me tapó con una cinta de color negro me amarró las manos con una cinta de color blanco y me echó seguro, yo sentí que llegó mi mamá y preguntó por mí al rato él abrió el armario y me quitó la cinta de la boca y las manos y dijo que iba a bajar la cuchilla para que se arreglara el computador y el bajó la cuchilla y me dijo vení te voy a dejar hasta el baño y espérate te traigo las chanclas y me las trajo... y me fue a dejar... me fui sola hasta la casa pero no entré porque no tenía llaves... me saqué la sudadera negra con rayas y la tiré por la ventana y me coloqué a llorar por mis abuelos, la vecina Amparo me escuchó llorar y salió y me dijo venga... me regaló 100 pesos para que llamara a mis abuelos... yo nos llamé me fui para la cancha y ahí unos niños me dijeron que apareció se nos escapa y me rodearon y llamaron a toda la gente... yo pensé que me iban a pegar ellos me preguntaron que a donde estaba y yo les dije que donde una amiga pero luego de ver que estaba mintiéndoles les dije que estaba con el Brandon y nos fuimos a preguntarle... él dijo que no había estado lo negó, la hermana mayor también dijo que no había estado ahí, yo le dije no te negués Brandon que vos me escondiste en tu armario."

Entrevista realizada a HUVAR ALFONSO BENAVIDES 22-05-2014:

*"El día miércoles 21 de mayo llegué a mi casa a eso de las 05:30 horas... a eso de las seis de la tarde la señora NUBIA me preguntó por H.A. su nieta yo la vi sentada sobre la vía principal que ingresa al barrio San Fernando por la parte de atrás por eso vía queda al punte... mi hijo estaba solo... cuando llegué a mi casa vi que mi hijo estaba sentado en la habitación de él jugando en una consola de video juegos que tiene... **en una ocasión llegó H.A. y le dijo a mi hijo que él alquilara una consola... ella entró a la habitación le puso el video juego que ella iba a jugar y salió de la habitación dejando el celular... salió H.A. sin despedirse ni nada solo se fue...** ya no estaba el celular... mi hijo le dijo al primo que H.A. tenía el celular... le dijo a la abuela que por favor devolviera el celular... al rato apareció el celular en una banca que tenemos en el antejardín... hable con Hilari y le dije que no se acercara*

más a mi casa por lo que había pasado”.

Informe psicológico Alcaldía Comisaría de Familia 23-05-2014 “No presenta alteraciones de salud mental pero es importante prevenir que a futuro no se presenten situaciones psicosociales que la puedan hacer vulnerable a desorganizar su conducta y sufrir alteraciones de ánimo a nivel comportamental y social”.

- **VERSIÓN DE LOS HECHOS DE LA PERSONA A EXAMINAR: fl. 68: hace parte del informe médico legal:**

“... Eran las cuatro de la tarde yo le dije a mi mamá o sea a mi abuela que me mandara a hacer una tarea en internet, y de ahí fui hasta allá y mi mamá se fue a dar cuenta si estaba allá de ahí fue que me fui donde un tío que se llamaba no me acuerdo... después Brandon es un amigo de mi mamá tiene por ahí unos 18 años, me llamó que dizque para darme unas monedas yo fui a recibirselas y le dije que me diera una media X-Box son unos controles de manejar y él me dio la media me puse a jugar en la casa de Brandon, él vive cerca de mi tío, yo entré a la pieza de él, para ir a jugar, ahí tiene el X-Box, y después se hicieron las nueve de la noche, yo jugaba, mi mamá me fue a buscar y le preguntó a Brandon y al papá y el papá le preguntó a Brandon con quien estaba y él le dijo al papá que estaba solo, yo iba a gritar y él me tapó la boca con la mano, después dijo que no le dijera a nadie porque sino la mamá lo regañaba pero no me amenazó, y después mi mamá le dijo a los demás que me había perdido y me comenzaron a buscar por todo el pueblo que es Mercaderes, después él me metió al armario me metió así... arrodillada... y comenzaron a ver el partido, después que bajaron la cuchilla él me decía que me iba a bajar de ahí, eran por ahí las nueve en punto, yo no gritaba sino que lo regañaban y me iba a ayudar a salir, después subieron la cuchilla otra vez y me metió de nuevo al armario y después me sacó con una cobija, porque la mamá, ni el papá ni los hermanos sabían, la hermana la más grande todos que se llamaba Carolina ella tampoco sabía ni el esposo de ella, después fui no entré a la tienda sino que pasé derecho, y me miraron y dijeron ahí va la perdida se nos escapa, y me hicieron un alrededor de la cancha, me preguntaron donde estaba...”.

“... mi mamá me dijo que no fuera a tener miedo que hablara toda la verdad, y ya.. La verdad... en el momento que bajaron la cuchilla después ya me iba a sacar... ahí fue cuando Brandon me tiró a la cama abusó de yo (sic), cuando bajaron la cuchilla también me ayudó a escapar pero también eso fue una vez, abusar es... pues me sobó el pene parte por aquí señala... en la parte vaginal por encima de la ropa,

no me hizo más, más nada... después me ayudó a escapar... él no me dijo nada, solo que me dijo que me iba a dejar ir solo porque ya eres una niña menor de edad; me ayudó a escapar pero no por encima de un coso que tiene porque subieron la cuchilla, después me sacó con una cobija, después me llevó las chanclas no me las había puesto, no ve que yo iba con la cobija tapada hasta los pies, él las trajo, y ya me llevó a pie hasta mi casa, como tenía licra chiquita yo me puse a llorar ahí diciendo mi mamá donde estará estaba afuera como la puerta estaba cerrada, ahí una señora me dio cien pesos para que llamara a mi mamá... me fui para atrás de una cancha y ella me hicieron alrededor, después me dijeron que me había pasado donde estaba primero les dije que estaba donde una amiga y de ver que les mentía a todos llamaron a mi mamá, es que tenía miedo que me pegaran mi papá o sea mi abuelo andaba con una correa... **Brandon solo me hizo eso, pues abusar... abusar es digamos que él la manosea a uno le soba el pene, él bajo medio medio el pantalón no me acuerdo si el pantalón era gris o blanco, yo lo vi era como uh... señala la mitad del antebrazo, parecía blando, luego me lo sobó por encima de la ropa, color... era piel nada más... manosear es así digamos tocar la parte vaginal, los senos, eso me hizo pero por encima de la ropa... desde las cuatro hasta la nueve y media, solo me tocó una vez, el botó el semen... eso me lo enseñaron en la escuela, es blanco... él después ya mesacó y me llevó hasta la casa... olía feo, en la cama botó eso, una vez, era blanco y era como este... como una gota de agua que sale por el pene le salió... el pene era como un banano... sonrío... él se tocaba el pene solo se... como le digo... mueve la mano encerrada hacia arriba y hacia abajo... así pues... poquito tiempo, a mi más nada, él abusó y si... yo tenía ese día una licrita rosada y una camisa blanca...** y chanclas azules con casi con rosado... él no tenía camisa solo pantalón y unas chanclas no si el pantalón era gris o blanco... él me invitó a la casa de él que cogiera monedas para que jugara X Box en la casa de él y el papá estaba trabajando y las dos hermanas estaban haciendo una tarea en internet, entré por la puerta de la calle y en la habitación jugué...".

Después de los hechos: ... si veo a Brandon siento rabia, nervios, y un esclofrío ya no quiero ni pasar por esa casa eso no más me da...

EXAMEN MENTAL:

La examinada es una niña de género femenino de nueve años. Aspecto, conducta explícita y actividad psicomotora: impresiona con edad aparente que corresponde con su edad cronológica, con buen nivel nutricional, viste ropa adecuada a su edad y sexo, en forma ordenada y limpia, acude a la valoración en compañía de la abuela

materna, ingresa al consultorio acepta la entrevista, sostiene la mirada del entrevistador y actúa de manera extrovertida...

ANÁLISIS:

Sobre los hechos investigados la evaluada refiere vivencias de connotación sexual hace diez meses, evento descrito como único mediado por ofreciendo de dádivas económicas, con solicitud de secreto, que sucedieron mientras permanecía en la habitación del presunto agresor jugando videos, hechos que no fueron visualizados por ninguna persona, relata tocamientos en en su cuerpo, observa genitales del presunto agresor y describe secreciones. Que posterior a los hechos como la buscaba su abuela, fue sacada de la habitación envuelta en una cobija, y ubicada cerca de su casa, que no hubo amenazas, y relata los hechos a sus familiares quienes judicializan y se inicia la investigación.

En la presente entrevista la examinada ofrece versión de los hechos y de las circunstancias de los mismos. En los elementos sumariales dispuestos por la autoridad, versiones en general coincidentes, con algunas inconsistencias sin afectar el núcleo central del alegato... ya que en esta entrevista no hace referencia a haber sido atada ni a cintas.

La revelación de los hechos fue realizada ante la madre y la madrina ante su ausencia y búsqueda durante varias horas, afirma que inicialmente no contó la verdad por temor a ser castigada.

A raíz de los hechos investigados, no se ha evidenciado cambio significativo en su comportamiento...

Se evidencian como reacciones psicológicas rabia y malestar psicológico ante los recuerdos y todo lo que simbolice.

CONCLUSIONES:

En la evaluación psiquiátrica actual realizada a la niña H.A.C.C., se encuentra un funcionamiento cognitivo adecuado a la edad y procedencia sociocultural. Sin evidencia de trastorno mental.

Sobre los hechos investigados la evaluada refiere vivencias de connotación sexual, en una dinámica de abuso descrita como única mediado por dádivas y solicitud de secreto.

Se evidencias como reacciones psicológicas rabia y malestar psicológico ante los recuerdos y todo lo que simbolice.

Con respecto a las características del relato, es relatado con abundantes detalles dentro de una estructura lógica, con elaboraciones no estructuradas, con descripción de interacciones y detalles característicos de la ofensa, el relato ofrecido tiene coherencia interna en el núcleo central es decir la narrativa muestra una sucesión de hechos concatenados de tal forma que puede llegar al resultado de los hechos investigados, y en general coherencia externa en el núcleo central de la alegación y en la realidad en que se mueven los actores, el uso de términos y conceptos y la capacidad cognitiva de la evaluada son acordes al desarrollo evolutivo y es narrado con respaldo afectivo.

No es factible desde la ciencia determinar si se miente o no, pues no se han desarrollado técnicas estandarizadas para tal fin. La veracidad y la credibilidad corresponde determinarla a la autoridad judicial con el análisis de todo el acervo probatorio”.

INFORME PSICOLÓGICO ALCALDÍA MUNICIPAL DE MERCADERES, CAUCA –
COMISARÍA DE FAMILIA:

“En visita domiciliar realizada al núcleo familiar de la menor H.A.C.C. quien convive con sus abuelos maternos, manifestó: “El día 21 de mayo de 104 le pedí permiso a mi abuela para ir a ver televisión donde Jader Fuentes cuando pasaba por la casa de Brando Benavides el me llamó y me dijo que fuera traer unas monedas y yo le dije que me dejara jugar Play, jugué un rato y ya se me hizo de noche y en eso llegó la mamá de Brando y él me dijo que me escondiera en el armario yo no me quería esconder y él me tapo la boca y me cogió las manos y me las puso atrás me colocó una cinta en la boca y con otra cinta me amarró las manos y me metió al armario y me echó seguro; yo escuché que llegó mi mamá y preguntó por mí al rato él abrió el armario y me quitó la cinta de la boca y de las manos **y dijo que iba a bajar la cuchilla y quedamos en oscuras y me tiró en la cama y empezó a tocarme la vagina y se sacó el pene y me lo sobaba por encima de la licra luego subió la cuchilla y me dijo veni te voy a dejar hasta el baño y me fue a dejar luego me dijo espérate aquí que te voy a traer las chanclas para irte a dejar a tu casa;** él me dejó en la esquina de la casa y yo me fui sola y golpie (sic) pero nadie me abrió la puerta y yo me puse a llorar y una vecina me escuchó y me dio 100 pesos para que fuera a llamar a mis abuelos yo me fui para la cancha y ahí unos muchachos me rodearon y dijeron ve apareció la perdida vamos que se nos escapa, luego llegaron mis abuelos y la demás gente que me estaban buscando; yo primero les mentí a mis abuelos cuando me preguntaron que en donde había estado porque pensé que me iban a pegar pero luego ya les conté lo que me había

pasado con el Brando Benavides.

RESULTADOS:

Se observa que la menor manifiesta un estado de desconfianza hacia sus padres por la experiencia traumática de la que fue objeto; situación que conlleva a debilitar la parte afectiva en la relación con sus padres y desarrollar en el futuro temores en las relaciones sociales y sexuales.

SINTESIS DIAGNÓSTICA:

No presenta alteraciones de salud mental pero es importante prevenir que a futuro no se presenten situaciones psicosociales que le puedan hacer vulnerable a desorganizar su conducta y sufrir alteraciones de animo a nivel comportamental y social".

De los interrogatorios practicados en la audiencia de juicio oral:

BLANCA CORDOBA POPAYAN:

Interrogatorio efectuado por la FISCALÍA:

Vive con su nieta de 10 años y trabaja en la escuela donde cocina. Entra al trabajo a las 6:30 am y sale de 11 a 12m. La nieta estudia donde ella trabaja, entra a las 7:30 am sale a la 1 pm. La nieta en horas de la tarde, descansa media hora, luego se pone a hacer tareas y luego a ver televisión. Ella comparte con su familia y sus amigos en la casa. Ella comparte con los vecinos que vivo, la niña se llamar JERRY. Ella tiene amigos del sector.

En la zona no hay más zonas de internet que la denominada Vilmes.

El 21 de mayo de 2014, a las 3 pm, ella me pidió permiso para hacer una tarea donde el señor Orlando, ella se fue a hacer la tarea y fue a la casa y de ahí me pidió permiso, eso como a las 4 de la tarde, ella dijo yo voy donde mi primo JADER a ver televisión y en ese momento fue una muchacha y me dijo que estaba en la parte de afuera y en ese momento me agarré a buscarla. Ella regresó a la casa y luego pidió permiso para salir donde el primo JADER. La niña salió a las 4 y a las 4:20 pm salí a buscarla. Mi nieta apareció como a eso de la 10 pm. Cuando ella apareció yo estaba buscándola en la parte de abajo, ella apareció en la cancha. Cuando la niña apareció ella estaba llorando y dijo que estaba donde una amiga, luego ya dijo que estuvo en la casa donde el muchacho, donde BRANDON, que la llamó para unas monedas y en esa hora la llamó para

unos juegos que tiene ahí. Ella dice que la tuvo ahí, que la encerró en el armario, que la tiró a la cama y comenzó a manosearla, eso es lo que ella me dice. El comportamiento de mi nieta ha sido bien. A las 6 de la tarde le pregunté al papá que estaba afuera y me dijo que no sabía entonces llamó a BRANDON que con quien estaba y le dijo que estaba solo, yo lo escuché de afuera, la niña me dijo que escuchó pero que no la dejaba hablar.

Interrogatorio efectuado por la DEFENSA:

Donde NIBRANDON me atendió DUVAR y no sabía, NIBRANDON dijo que estaba solo, la niña dijo que me había escuchado, pero no podía hablar. Yo no entré a la casa, solo en el andén, de ahí le pregunté a DUVAR.

Le pregunta sobre lo manifestado en la denuncia: "le golpeó la puerta de la habitación de BRANDON y él no salió, le gritó que estaba solo, él no salió". La señora BLANCA CORDOBA POPAYÁN dice que eso no es cierto. Que le preguntó al papá si es cierto y que estaba oscuro también, porque la niña dice que bajó la cuchilla. En ese momento que estaba preguntando llegó CAROLINA, la hermana de BRANDON, ella entró y no dijo nada. En la denuncia afirma que CAROLINA dijo: "por qué tienen las luces apagadas, están economizando luz...". Si eso si lo dijo.

Yo llevé a la niña al Hospital, en ese momento no me la atendieron, que la llevara al otro día y que no le sacara la ropa. Al otro día la llevé al hospital, la llevé con la ropa como estaba ella. La niña no se bañó, allá la examinaron, grave no, pero de manosearla la niña me dice que si. La ropa no la solicitaron en el hospital.

El médico del hospital dice lo siguiente: "las prendas se encuentran en el domicilio ya lavadas".

Lo del celular fue antes del 21, después de lo del celular fue lo de NIBRANDON, después de lo del celular ella no fue a la casa de NIBRANDON.

INTERROGATORIO DE PARTE H.A.C.C.

Le gustan los videojuegos y a veces juega donde don VILMER. Él las alquila. El 21 de mayo de 2015, no le he contado a nadie, solo a mi abuela. Mi casa queda en el barrio San Fernando.

En la habitación donde estaba el video juego el play, estaba BRANDON con yo, no más. Antes si había estado en el lugar. Donde BRANDON he ido

una vez a jugar play. Salí de mi casa para internet a hacer las tareas a las 3:00 p.m., luego fui a ver televisión donde mi primo.

La habitación de NIBRANDON tiene dos armarios, una cama, un televisor, un computador y lo del video juego, en esa habitación hay una cama, el computador, el televisor y los dos armarios que tiene él. La habitación no tiene puerta, en esa casa estaba BRANDÓN, la hermana, el novio de la hermana, YENNY, la mamá y el papá.

Psicólogo ERNESTO MERA – Apoyo a la Comisaría de Familia

Hogar disfuncional, la niña vive con su abuela materna. La abuela tuvo un problema de separación muy traumático con su compañero, hubo mucho maltrato. La niña se notaba bastante imaginativa en su proceso mental.

La niña al momento de la entrevista se notaba bastante nerviosa en el sentido de que no coordinaba las ideas, pero de acuerdo a la edad se determina que es una niña que tiene una inteligencia no acorde a su edad, es muy imaginativa. Lo relatado por la niña no es coherente, los hechos a nivel temporo espacial, no coincidían.

Imaginativa se refiere a que el ser humano dentro de su contexto mental imagina situaciones que le hubiera podido suceder a un consciente real. Los niños tienen un referente imaginativo, se quieren parecer a cualquier personaje y lo adaptan a su situación.

EL DAÑO:

Se encuentra acreditado que NIBRANDON BENAVIDES BRAVO estuvo privado de la libertad desde el 22 de abril de 2015 hasta el 15 de septiembre de 2016. Igualmente, en primera instancia fue condenado por el delito de acto sexual con menor de catorce años, decisión proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mercaderes, Cauca y posteriormente, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán revocaría dicha decisión.

LA IMPUTACIÓN:

Ahora, como ha indicado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional es necesario en cada caso valorar la conducta de quien fue objeto de privación de la libertad con el fin de estudiar si tenía la obligación de soportar el daño que le causo la privación de su libertad.

Al respecto, se trae a colación la sentencia en sentencia de 14 de diciembre de 2016, el Consejo de Estado²², señaló lo siguiente:

²² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)

“4.1.1. El juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima. El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, “en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio” 40 . Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta, que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolucón en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C41., traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente.

De esta manera, el 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, ya que “los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos” 42. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance:

Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales: i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprehensible, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un

delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad.

(...)

4. El dolo civil de la víctima. Rememora la Sala que a XXXXX se le adelantó investigación por los presuntos actos de abuso sexual en contra de un menor de seis años de edad y, que fueron recogidos a partir de la versión que el menor le expuso a su padre.

La premisa de apertura a este análisis viene marcada por el reconocimiento a la intangibilidad de la presunción de inocencia que fue blindada en el escenario de la investigación penal, y que, ni puede ser controvertida ni alcanzada por las valoraciones que aquí se hagan. Esa hermeticidad, a su vez, facilita el ejercicio de interpretación que le corresponde al juez de lo contencioso y le permite asumir una exploración axiológica amplia, pues en últimas, nada de lo que aquí se diga tiene por objeto abatir la decisión penal. De esta forma, las valoraciones de la Sala son por completo autónomas e independientes y se reservan a los fines y efectos de esta jurisdicción.

Por ser esto así, en cada escenario los principios fundamentales pueden, e incluso, deben tener un peso diferente en razón a que el objeto de aplicación es disímil. Entiende la Sala y sobre ello ninguna discrepancia postula, que la presunción de inocencia en la vista penal, es el baluarte, a la vez que la barrera infranqueable que no se puede socavar ante cualquier atisbo de duda, razón que explica cabalmente una decisión absolutoria. Esa presunción de inocencia queda definida de manera irremovible y su peso queda depositado por exclusivo en los fines del proceso penal, a los cuales esta jurisdicción no tiene nada distinto que decir o agregar. No obstante, al quedar la presunción de inocencia excluida del objeto que corresponde a esta jurisdicción, no puede asumirse inoponible a otros principios, que dentro del sistema jurídico –visto como un todo- cobran protagonismo.

Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de

otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros.

Más aún, el estándar de valoración de dichos principios, impone a la Sala el deber de realizar dentro del marco normativo correspondiente, una estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos.

De entrada se advierte una razón potísima para exhaustivar el estudio de la causal exonerativa, por cuanto, como se mencionó anteriormente, las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente dolosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal, como pasa a explicarse.

Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal. Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional²³.

De ahí, que 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 normofácticas:

²³ Art. 44 constitucional.

(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, entre otras, la obligación de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”⁴⁵. Esto, 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.

Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/200246, que dispuso: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (se resalta). A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”²⁴.

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, que los deberes que surgen para el conglomerado social y estatal

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffó y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

al momento de protegerlos. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños(as) atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía.

(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 y, se representa en la “realiza[ción de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades”⁴⁸. Basta referir el estado de fragilidad de los menores y las circunstancias en que generalmente se comete este tipo de afrentas a su pudor y dignidad (familiaridad, confianza y cercanía del sujeto agresor), para afirmar de inmediato una culpa en extremo grave por parte de quien cause la más leve ofensa al fuero íntimo de un menor. Así se ha entendido unánimemente por distintos instrumentos de protección tanto del orden interno como externo.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Subsección “en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género”²⁵, merced de la cual ha de entenderse que:

El uso de los menores como instrumento de placer y la sujeción de la mujer a los apetitos masculinos afecta, menoscaba su integridad, libertad y desarrollo, con el agravante de que generalmente sucede en entornos familiar y social cercanos en los que la víctima actúa sin prevención, aunado a que dificultan su defensa. Incrementado todo ello por la aceptación social y familiar de la dominación del varón.

En señal de reforzamiento del deber de protección, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido. (...) Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo²⁶.

Cada vez más, el ordenamiento se ve precisado a refinar mecanismos y procedimientos de protección a menores víctimas de abuso sexual, conforme el contexto y los desafortunados sucesos lo vayan indicando, pues las estadísticas son claras en señalar que cualquier esfuerzo, por pequeño que sea, es significativo en términos de prevención y las autoridades judiciales, por su puesto, están llamadas a actuar como garantes de primer orden para afirmar el respeto por nuestra niñez. Inequívocamente, una forma de asegurar los derechos de los menores víctimas de agresiones sexuales, empieza por considerar seriamente el valor persuasivo de sus declaraciones, más allá de que por las particularidades y las circunstancias en que generalmente se cometen este tipo de conductas, la víctima es por excelencia el testigo único.

(iii) el contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia. Las medidas para prevenir la violencia sexual contra niños/as, si bien, han ido copando las distintas actividades de la agenda pública y social, siguen sin estar al nivel de la exposición real y la amenaza. En Colombia, el panorama de violencia sexual contra menores no permite otra cosa para las autoridades que mantenerse en constante preocupación y vigilia. De hecho:

Según estadísticas oficiales en Colombia, en el año 2014 se registró un alarmante crecimiento de violencia sexual contra niños y niñas con una tasa de 44,30 casos por cada 100.000 habitantes y los autores de este

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

execrable crimen son los propios parientes de las víctimas. Las cifras fueron dadas a conocer por el Instituto Nacional de Medicina Legal con ocasión de la publicación del informe “Forensis 2014: datos para la vida” que registra las ciudades con mayor índice de violencia de tipo sexual en Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cartagena. El informe reporta así la situación de este flagelo: i) en 2014 se presentaron 21.115 exámenes médico-legales por presunto delito sexual en Colombia, con aumento de 376 casos en relación con el año 2013 (1,81%); ii) los agresores de violencia sexual siguen predominando en el entorno familiar, en el 40,5% de los casos (7.790) se registró como agresor un familiar con algún grado de consanguinidad; el 24,72% de los casos (4.755) indicaron haber sido víctimas por conocidos; seguido del 10,58% y el 9,34% por un amigo (a) y por la pareja o ex pareja, respectivamente; iii) la violencia sexual se originó mayoritariamente en niñas, pues el comportamiento según el sexo de la víctima evidenció que el 85,09% de los casos fueron mujeres: (17.966), lo que indica que por cada seis niñas se registró un niño como víctima; iv) en cuanto al grupo de edad las cifras más significativas se presentaron en el rango de los 10 a 14 para el caso de las mujeres, con un porcentaje de 41,34% del total y en hombres, de los 5 a 9 años con un 39,28% de los casos. Como se ha venido reflejando en los últimos tres años el 85,80% de los casos (18.116) se presentaron en los grupos etarios de los 0 a 17 años, población más vulnerable frente a este tipo de violencia²⁷.

Esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto de violencia sexual contra menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que por cifras es dicente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as. La violencia sexual apareja diversos comportamientos no siempre contrastables por otras fuentes que no sean la propia víctima y no por ello dejan de considerarse graves, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones”.

En el presente caso adicionalmente, el Despacho no pasa por alto que en caso puesto a consideraciones involucra una mujer menor de edad respecto de quien la jurisprudencia constitucional ha reiterado que debe darse aplicación del enfoque de género a las providencias que en materia penal y de familia, así como a las jurisdicciones civil, contencioso administrativa y laboral.

Surgiendo como interrogante respecto a esta obligación, en qué consiste en cómo mantener el velo de la igualdad de armas, sin que se desconozca la

²⁷ Exp. 42.376, op.cit.

obligación de prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de violencia contra la mujer²⁸.

Para responder esta pregunta, la Corte Constitucional recordó que la jurisdicción civil se basa en un conjunto de valores universales que otorgan un cierto carácter de neutralidad. Éstos son los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de armas, justicia rogada, rigidez procesal y formalismo probatorio. Estos principios, sin embargo, pueden implicar la elección de la verdad procesal sobre la verdad material, pues en varias ocasiones puede ocurrir que la mujer se encuentre en una realidad fáctica estructuralmente diferente.

Sobre esto, la Corte Constitucional ha manifestado que la falta de recursos económicos, la vergüenza, las amenazas, las intimidaciones, las distancias físicas o geográficas, la falta de orientación, la invisibilización, los estereotipos de género presentes en los operadores jurídicos, entre otras situaciones, son factores que permiten concluir que bajo una perspectiva de género una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil o de familia.

Además, la Corte Constitucional considera que el cumplimiento de la obligación de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer se garantiza mediante la construcción permanente de marcos interpretativos que ofrezcan a los operadores jurídicos visiones más amplias y estructurales del problema, que les permitan ofrecer soluciones judiciales integrales y que aporten, desde su función, a la reconfiguración de los mencionados patrones culturales discriminadores.

Actualmente, la Corte Constitucional ha identificado los siguientes deberes concretos: a) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; b) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; c) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; d) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; e) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; f) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; g) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; h) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales y; i) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.

²⁸ 4 C. Const., sentencia de tutela T- 967 de 2014.

En el presente caso es importante destacar, en primer lugar, el informe técnico médico legal psiquiátrico practicado por la psiquiatra forense: LILIANA CHARRY LOZANO, el 20 de marzo de 2015, donde se señala por parte de la menor víctima del delito de acto sexual abusivo que "si veo a Brandon siento rabia, nervios y un escalofrío ya no quiero pasar por esa casa".

Sostiene la perito que la examinada ofrece una versión de los hechos y de las circunstancias de los mismos, en los elementos sumariales dispuestos por la autoridad, versiones en general coincidentes, con algunas inconsistencias sin afectar el núcleo central del alegato. Evidenció como reacciones psicológicas rabia y malestar psicológico ante los recuerdos y todo lo que lo simbolice. El relato ofrecido tiene coherencia interna en el núcleo central es decir la narrativa muestra una sucesión de hechos concatenados para llegar al resultado de los hechos investigados.

Por otra parte, se encuentra el informe psicológico realizado por la Comisaría de Familia del municipio de Mercaderes, Cauca a cargo de ERNESTO MERA ZAPATA, quien realizó visita domiciliaria al núcleo familiar de H.A.C.C., encontrando un estado de desconfianza de la menor hacia sus padres por la experiencia traumática de la que fue objeto. Sobre la menor, indicó que es muy despierta, activa y a pesar de su corta edad tiene pensamientos e ideas muy concretas de la realidad en que se desarrolla.

Se encuentran en el expediente penal las declaraciones de los testigos que señalaron encontrarse el 21 de mayo de 2014 en la casa de NIBRANDON BENAVIDES BRAVO, observando un partido de fútbol y refirieron que en ningún momento vieron que NIBRANDON se ausentara de la casa o que ingresara con otra persona o la menor H.A.C.C. En su mayoría, los testigos indicaron que se reunieron en la habitación de NIBRANDÓN, a excepción del menor MAURICIO MOLINA CAICEDO quien refirió que el partido lo observaban en la sala de la casa.

De otro lado, está la declaración de la menor H.A.C.C. de la cual es importante destacar que en un primer momento le manifestó a su abuela que había ido a la casa de Brandon a jugar y en ningún momento refirió sobre los actos realizados por NIBRANDON: "... Eran las cuatro de la tarde yo le dije a mi mamá o sea a mi abuela que me mandara a hacer una tarea en internet, y de ahí fui hasta allá y mi mamá se fue a dar cuenta si estaba allá de ahí fue que me fui donde un tío que se llamaba no me acuerdo... después Brandon es un amigo de mi mamá tiene por ahí unos 18 años, me llamó que dizque para darme unas monedas yo fui a recibirselas y le dije que me diera una media X-Box son unos controles de manejar y él me dio la media me puse a jugar en la casa de Brandon, él vive cerca de mi tío, yo entré a la pieza de él, para ir a jugar, ahí tiene el X-Box, y después se hicieron las nueve de la noche, yo jugaba, mi mamá me fue a buscar y le preguntó a Brandon y al papá y el papá le preguntó a Brandon con quien

estaba y él le dijo al papá que estaba solo, yo iba a gritar y él me tapó la boca con la mano, después dijo que no le dijera a nadie porque sino la mamá lo regañaba pero no me amenazó, y después mi mamá le dijo a los demás que me había perdido y me comenzaron a buscar por todo el pueblo que es Mercaderes, después él me metió al armario me metió así... arrodillada... y comenzaron a ver el partido, después que bajaron la cuchilla él me decía que me iba a bajar de ahí, eran por ahí las nueve en punto, yo no gritaba sino que lo regañaban y me iba a ayudar a salir, después subieron la cuchilla otra vez y me metió de nuevo al armario y después me sacó con una cobija, porque la mamá, ni el papá ni los hermanos sabían, la hermana la más grande todos que se llamaba Carolina ella tampoco sabía ni el esposo de ella, después fui no entré a la tienda sino que pasé derecho, y me miraron y dijeron ahí va la perdida se nos escapa, y me hicieron un alrededor de la cancha, me preguntaron donde estaba...”.

Fue hasta que su abuela que le dijo que no tuviera miedo a hablar y que dijera toda la verdad, cuando la menor señaló: “... **mi mamá me dijo que no fuera a tener miedo que hablara toda la verdad, y ya.. La verdad... en el momento que bajaron la cuchilla después ya me iba a sacar... ahí fue cuando Brandon me tiró a la cama abusó de yo (sic), cuando bajaron la cuchilla también me ayudó a escapar pero también eso fue una vez, abusar es... pues me sobó el pene parte por aquí señala... en la parte vaginal por encima de la ropa, no me hizo más, más nada... .. Brandon solo me hizo eso, pues abusar... abusar es digamos que él la manosea a uno le soba el pene, él bajo medio medio el pantalón no me acuerdo si el pantalón era gris o blanco, yo lo vi era como uh... señala la mitad del antebrazo, parecía blando, luego me lo sobó por encima de la ropa, color... era piel nada más... manosear es así digamos tocar la parte vaginal, los senos, eso me hizo pero por encima de la ropa... desde las cuatro hasta la nueve y media, solo me tocó una vez, el botó el semen... eso me lo enseñaron en la escuela, es blanco... él después ya mesacó y me llevó hasta la casa... olía feo, en la cama botó eso, una vez, era blanco y era como este... como una gota de agua que sale por el pene le salió... el pene era como un banano... sonrío... él se tocaba el pene solo se... como le digo... mueve la mano encerrada hacia arriba y hacia abajo... así pues... poquito tiempo, a mi más nada, él abusó y si... yo tenía ese día una licrita rosada y una camisa blanca...**”

En este caso, los informes de los peritos, brindan un aporte importante sobre la valoración de los testimonios de los menores, sin embargo, es la declaración de la víctima, la que constituye el único recurso con el que se cuenta para probar la ocurrencia del hecho punible e impedir que cualquier acto que haya atentado contra los menores, por ende, el grado de credibilidad del testimonio de las víctimas se determina a partir de los informes de psicología forense.

La Corte Constitucional²⁹ ha manifestado frente a la interna y motivacional que puede tener una persona menor de edad:

“Coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido”

Finalmente,

“Entre los niños menores y mayores existen diferencias claras en memoria (por la diferencia cerebral son diferentes los procesos amnésicos de acuerdo a la edad), conocimientos previos (fundamental al momento de contextualizar la experiencia y poder relatarla), lenguaje (los niños pequeños tienen mayor dificultad para poner en palabras los hechos), juicio (los niños pequeños tienen mayor dificultad para distinguir fantasía de realidad), y persistencia (los niños mayores tiene mayor obstinación en persistir con un relato); La fabulación, la incapacidad para distinguir entre los sucesos percibidos (vividos) y los inventados (imaginados), es menos habitual de lo que se cree. Los niños no suelen fantasear sobre lo que no han vivido, cuando un niño describe en forma detallada y vívida una actividad sexual, no es posible atribuirla a su imaginación; En relación con la memoria, «la diferencia entre los menores y los adultos es más cuantitativa que cualitativa, el recuerdo de los menores de corta edad (3 años) es bastante exacto, aunque menos detallado que el de los niños mayores (8 años)». A partir de los 10 años no existen diferencias entre el relato de los menores y el de los adultos”.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia³⁰ que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

²⁹ Sentencia T-078 de 2010.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Radicado 10615 del 29 de julio de 1999. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

La Corte recoge criterios jurisprudenciales en clave constitucional que obligan a acoger y dar especial tratamiento a la prueba testimonial dada la posición jurídica de que gozan los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento jurídico interno e internacional:

...“Desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición – por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica”.

La Corte Constitucional puntualizó en la sentencia T-408/9577 el denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. (...) Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo."

En este orden, para el esta instancia judicial la decisión de primera instancia tuvo como fundamento el informe técnico médico legal psiquiátrico practicado por la psiquiatra forense LILIANA CHARRY LOZANO, donde claramente concluye mencionando las reacciones psicológicas de rabia y malestar ante los recuerdos y todo lo que simbolice NIBRANDON para la menor H.A.C.C. Sin embargo, la interpretación en segunda instancia respecto de las pruebas practicadas y las versiones de la abuela de la menor y la misma víctima, no alcanzaron la entidad suficiente para establecer la responsabilidad penal, lo que no obsta para que este proceso puedan valorarse a efectos de estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado y en especial la conducta del ahora demandante para valorar si esta fue quien propició la investigación penal y por tanto el daño.

Para el Juzgado, lo dicho de paso de los testimonios que procuraron restar credibilidad a la menor, indicando que siempre estuvieron con lo acusado, a excepción de uno de ellos, dado que en la casa según las declaraciones habían dos televisores en los que se trasmitían el partido de futbol. Sin los cuales a toda costa trataron de hacer de hacer ver a la menor como una mentirosa, probablemente llevadas por los lazos de amistad o parentesco con el agresor, sin embargo cuando la versión de la menor es analizada por los profesional de la sicología, se cataloga de acuerdo a su funcionamiento cognitivo adecuado a la edad y procedencia sociocultural, con abundantes detalles dentro de una estructura lógica, con descripción de interacciones y detalles característicos de la ofensa, el relato ofrecido tiene coherencia interna en el núcleo central es decir

la narrativa muestra una sucesión de hechos concatenados de tal forma que se llega al resultado de los hechos investigados, y en general coherencia externa en el núcleo central de la alegación y en la realidad en que se mueven los actores, el uso de términos y conceptos y la capacidad cognitiva de la evaluada son acordes al desarrollo evolutivo y es narrado con respaldo afectivo.

Por su parte el Juzgado se aparta de la visión del psicólogo social de la Comisaría de Familia del municipio de Mercaderes, Cauca, quien manifestó que la menor era “muy despierta, muy activa, imaginaria...” restandole importancia a su declaración, dejando de lado los criterios constitucionales y jurisprudenciales que protegen al menor, pues no se comprende como una menor de edad que no ha empezado su vida sexual pueda “imaginarse” con tantos detalles una situación tan azarosa a la que lamentablemente tuvo que enfrentarse a tan corta edad.

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 al Despacho a inferir, conforme al relato más consistente del menor que el hoy demandante faltó inexcusablemente a los deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no se entiende de otro modo como se pueda invitar so pretexto de dadas a una menor a una casa para compartir o jugar play en su habitación, pues no de otra manera se explica, las claras versiones de la niña, que en ningún momento dudó de sus argumentos en sus entrevistas, ni aun cuando consideró que pudiese ser castigada por sus tutores y que ratificó en el juicio oral siendo consciente en todo momento de la tormentosa situación a la sometida en contra de su voluntad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia ha sido enfática en señalar que existe una conducta que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que en este caso en particular no observó lo que en el plano de la responsabilidad extracontractual contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

Siendo así, el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta instancia judicial, en el caso sub judice, concluye que en efecto NIBRANDON BENAVIDES BRAVO padeció un daño antijurídico con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, el mismo es imputable a su propio actuar civilmente doloso, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece.

Así las cosas, este Despacho considerando que, de conformidad con las disposiciones del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa

grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

En este orden de ideas y dándole respuesta al problema jurídico planeado, no se le puede endilgar daño alegado por la parte actora al Estado, pues al tenor del artículo 90 de la Constitución y 70 de la Ley Estatutaria de Justicia, el Estado deberá responder por la privación de la libertad, las personas están en el deber de actuar de buena fe y con sujeción a los deberes que el mismo ordenamiento constitucional exige, de suerte que no es dable recibir una indemnización al margen de la culpa grave o el dolo que los hechos investigados permite establecer, desde la perspectiva de las previsiones generales y no de las especificaciones de la investigación y condena que comprometen la libertad, en consecuencia, se negaran las pretensiones de la demanda.

7. Costas

Así las cosas, la parte accionada fue vencida en juicio, por lo cual se le condenará en costas según las preceptivas antes mencionadas. Para tales efectos se dispondrá que por Secretaría se liquiden las costas y agencias en derecho las que se fijaran en el trescientos mil pesos para cada una de las demandadas según lo dispuesto en el artículo 366 del CGP y el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán, administrando Justicia en el nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima, propuesta por la NACIÓN-RAMA JUDICIAL- DESAJ.

SEGUNDO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda de reparación directa instaurada por NIBRANDON BENAVIDES BRAVO Y OTROS, en contra de la NACIÓN-RAMA JUDICIAL- DESAJ y la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por las razones expuestas.

TERCERO.- Se condena en costas a la parte demandante y a favor de las entidades demandadas, según lo expuesto. Las costas se liquidarán por Secretaría.

CUARTO.- Devolver, si a ello hay lugar, los excedentes de gastos del proceso, dejando expresa constancia.

QUINTO.- ARCHIVAR el expediente previa cancelación de su radicación, una vez esté ejecutoriada esta providencia. Por secretaría liquídense los gastos del proceso.

SEXTO.- NOTIFICAR esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con lo señalado en el artículo 295 del Código General del Proceso. Enviar un mensaje de datos a las siguientes direcciones: dsajppnnotif@ramajudicial.gov.co, elier.castillo@fiscalia.gov.co, palaciosjhonny@hotmail.com

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ