

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: JOSE ISAIAS RAYO MOSQUERA Y OTROS
Demandado: NACION- RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Radicacion: 73001-23-33-006-2016-00408-00
Interno: 01398 - 2019

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la **sentencia** proferida por el **Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué del de 25 de octubre de 2018**, que negó las pretensiones de la demanda, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **REPARACION DIRECTA** promovido por JULIO RAYO SANCHEZ en nombre propio y en representación de sus hijos FABIAN ANDRES RAYO ESQUIVEL, JOSE DANIEL RAYO ESQUIVEL, JULIO STIVEN RAYO, JOHAN SNEIDER RAYO ESQUIVEL, YENCY TATIANA RAYO ESQUIVEL, JHON FABIO RAYO ESQUIVEL Y JAMES ALEXIS RAYO ESQUIVEL; VIRGELINA ESQUIVEL JARAMILLO, LEIDY YISETH RAYO ESQUIVEL, FLOR MARIA SANCHEZ, JOSE ISAIAS RAYO MOSQUERA, LEOPOLDO RAYO SANCHEZ, ERMELINDA RAYO SANCHEZ, ARNULFO RAYO SANCHEZ, FLOR RAYO SANCHEZ, DEYANIRA RAYO SANCHEZ y FABIAN CHARRY RAYO, en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DELA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

Los demandantes JULIO RAYO SANCHEZ en nombre propio y en representación de sus hijos FABIAN ANDRES, JOSE DANIEL, JULIO STIVEN, JOHAN SNEIDER, YENCY TATIANA, JHON FABIO Y JAMES ALEXIS RAYO ESQUIVEL; VIRGELINA ESQUIVEL JARAMILLO, LEIDY YISETH RAYO ESQUIVEL, FLOR MARIA SANCHEZ, JOSE ISAIAS RAYO MOSQUERA, LEOPOLDO RAYO SANCHEZ, ERMELINDA RAYO SANCHEZ, ARNULFO RAYO SANCHEZ, FLOR RAYO SANCHEZ, DEYANIRA RAYO SANCHEZ y FABIAN CHARRY RAYO, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de REPARACION DIRECTA consagrado en el artículo 140 del CPACA, presentaron demanda con la finalidad de obtener mediante sentencia judicial un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se declare que la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** son administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de los daños materiales y morales ocasionados con motivo de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto JULIO RAYO

SANCHEZ entre el 13 de junio de 2014 y el 28 de abril de 2015 por haber sido absuelto mediante sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral el 16 de julio de 2015, por los delitos de ACCESO CARNAL VIOLENTO Y ACTOS SEXUALES CON MENOR 14 AÑOS, con base en que no fue posible demostrar por parte del ente acusador la materialidad y responsabilidad del delito por el que se le acusó.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se **CONDENE** a las mismas entidades demandadas, en forma solidaria, a pagar a los demandantes los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, actuales y futuros

Se condene en costas a los entes demandados.

Se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 S.S. de La Ley 1437 de 2011.

El anterior *petitum* fue cimentado en los siguientes:

HECHOS

1. El 25 de septiembre de 2013, la señora VIRGELINA ESQUIVEL puso en conocimiento de la Comisaria de Familia del Municipio de Ataco, que el señor JULIO RAYO SANCHEZ ejerció comportamientos sexuales indebidos en contra de su hija menor de edad LLRE por lo que se dispuso apertura de investigación, reubicando a la menor involucrada en hogar sustituto.
2. El 28 de diciembre de 2013, la comisaria de familia de Ataco, Tolima, presentó denuncia ante la Fiscalía contra el señor JULIO RAYO SANCHEZ por el delito de ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 ANOS cometido en contra de la adolescente LLRE
3. Realizada la captura del denunciado, la Fiscalía 51 Seccional de Chaparral solicitó la realización de audiencia preliminar concentrada, que se llevó a cabo el **13 de junio de 2014** ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Chaparral, quien legalizó la captura del demandante JULIO RAYO SANCHEZ, a quien la fiscalía le imputó el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, y ante la no aceptación de cargos por parte del imputado, fue privado de su libertad con detención preventiva intramural, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación.
4. Los días 21 de enero y 28 de abril de 2015, se llevó a cabo el respectivo juicio oral.
5. El señor JULIO RAYO SANCHEZ fue dejado en libertad por parte del Juzgado Penal del Circuito de chaparral el 28 de abril de 2015, una vez culminada la audiencia de juicio oral, atendiendo a que el sentido del fallo seria absolutorio.
6. El día 16 de julio de 2015, el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral profiere sentencia absolutoria a favor del imputado porque, a juicio del Juzgado de conocimiento, las pruebas obrantes en el expediente no pudieron llevar a la certeza de la comisión del delito y en consecuencia debían ser absueltos en aplicación de la figura de *in dubio pro reo*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

RAMA JUDICIAL

Mediante apoderada judicial manifestó que no existe razón de hecho o de derecho sobre la cual el Estado deba resarcir, en este caso, daño alguno a terceros y, en consecuencia, se opone a todas y cada una de las pretensiones (fls. 124 a 135 expediente digital cuaderno 1).

Refiere que el caso que se analiza se consolidó en vigencia de la Ley 906 de 2004, que entró a regir el 1 de enero de 2007 y según la cual, el juez con funciones de control de garantías debe velar para que en el proceso se garanticen y protejan los derechos constitucionales del imputado de suerte que, para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva solicitada previamente por la fiscalía, debe verificar que la medida procure el cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 superior y cumpla los requisitos del artículo 308 de la citada ley para imponer medida de aseguramiento.

Señala que, en el caso en estudio, el proceso terminó por sentencia absolutoria a favor del demandante pero que no puede perderse de vista que la absolución se verificó al amparo de la causal de in dubio pro reo, es decir, por una causal diferente a las contenidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, lo que significa que en el caso concreto, como ya se anotó, no existe “privación injusta de la libertad”, ya que no lo probó, pues la carga procesal estaba en cabeza del demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó INEXISTENCIA DE PERJUCIOS Y AUSENCIA DE NEXO CAUSAL

FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Mediante apoderado sostuvo que la actuación de esa entidad se surtió de conformidad con la Constitución Política y con las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no resulta ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni la existencia de alguna clase de error, mucho menos, una privación injusta de la libertad del señor JULIO RAYO SANCHEZ (fls. 141 a 177 expediente digitalizado cuaderno 1).

Manifiesta que estaban dadas las condiciones para la imputación realizada por la Fiscalía y la privación de la libertad del señor RAYO SANCHEZ, decretada por el Juez de Control de garantías, por cuanto se infirió razonablemente que era autor del delito endilgado que había recaído sobre un menor de edad. Haber proferido una decisión contraria a ella en su momento, se habría tornado ilegal, puesto que para ese instante existían las suficientes pruebas que lo incriminaban de haber cometido el delito imputado.

Asegura que el señor RUBIO GODOY se encontraba imputado del delito de **acceso carnal abusivo en concurso con actos sexuales abusivos en menor de 14 años**, lo que obligó a la Fiscalía a presentar escrito de acusación en el que señaló los elementos probatorios que tenía recolectados, y con base en ellos, el Juzgado de control de garantías realizó la audiencia de formulación de acusación, pues consideró que estaban dadas las condiciones para llevarla a cabo, de igual forma, llevó a cabo audiencia preparatoria y audiencias de juicio oral.

Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: JOSE IASAIAS RAYO Y OTROS Y OTROS
Demandado: RAMA JUDICIAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Radicación: 73001-33-33-006-2016-00408-01
Interno: 01398-2019

4

Agrega que la Fiscalía General de la Nación dentro de la investigación adelantada en contra del demandante, obró de conformidad con las obligaciones y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política, las disposiciones legales, dentro de estas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.

Indica, por último, que en el nuevo estatuto del Código de Procedimiento Penal, no le incumbe a la Fiscalía General de la Nación, imponer la medida de aseguramiento, ya que, a dicha entidad le corresponde adelantar la investigación para, de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de Control de Garantías el estudio de dicha solicitud, el análisis de cada una de las pruebas presentadas por la Fiscalía y por cada una de las partes, y decretar las que estime procedentes, para luego establecer la viabilidad de decretar o no la medida de aseguramiento, por lo que es el juez de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento en esta parte del proceso, y en consecuencia si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida, ni legalmente decretada por el ente acusador.

SENTENCIA RECURRIDA

El **Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué**, mediante sentencia proferida el **25 de octubre de 2019**, negó las pretensiones de la demanda (fls. 466 a 491 expediente digitalizado 2)

Para llegar a tal conclusión, realiza inicialmente un análisis detallado de la forma en que fue privado de la libertad el demandante JULIO RAYO SANCHEZ, para luego hacer referencia del régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad señalando que el máximo órgano de lo contencioso administrativo no ha sostenido un criterio uniforme en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas como consecuencia de una medida de aseguramiento impuesta dentro de un proceso penal porque, si bien imperaba la responsabilidad objetiva, de acuerdo con el cual el Estado está llamado a responder patrimonialmente no sólo en los tres eventos consagrados en el extinto artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 sino también en el evento en que el procesado es absuelto en aplicación del principio de *in dubio pro reo*", en la actualidad la tesis preponderante establece que el juez administrativo en el juicio de responsabilidad extrapatrimonial del Estado se debe centrar en determinar si el daño producto de la imposición de la medida de aseguramiento es antijurídico, es decir si la autoridad judicial contaba o no con los elementos para su imposición, al margen del desarrollo de la investigación en la que finalmente puede que se reúnan o no las pruebas necesarias para condenar o absolver al administrado.

Afirma igualmente que, con independencia del título de imputación aplicado por el Juez para resolver los casos en que se debate la responsabilidad del Estado en materia de privación de la libertad, se debe verificar la conducta de la víctima y establecer si de ella se puede generar una sentencia favorable a los intereses del Estado.

Descendiendo al caso en concreto, advirtió que el daño antijurídico se concretaba en la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor JULIO RAYO SANCHEZ entre el 13 de junio de 2014 y el 28 de abril de 2015

Luego de lo anterior refirió que la imposición de la medida de aseguramiento de la que fue objeto el señor Julio Rayo, estuvo precedida de todas las exigencias formales, procesales y sustanciales requeridas por la ley penal para ello pues, en primer lugar, su captura fue solicitada por la Fiscalía, previa presentación y argumentación de cada uno de los requisitos contemplados en el Código de Procedimiento Penal y fue legalizada dentro del menor tiempo posible, conforme se evidencia en la audiencia concentrada, pues su aprehensión física ocurrió sobre las 06:30 de la tarde del día 12 de junio de 2014, y la audiencia de legalización se llevó a cabo el día siguiente, 13 de junio de 2014 en horas de la mañana, en circunstancias en las que se advierte que al capturado se le respetaron sus garantías, se le indicó sus derechos y se le garantizó un buen trato.

En segundo lugar, señala que la medida de aseguramiento de detención intramural estuvo precedida de la solicitud que hiciera el Fiscal quien, para ello, presentó una serie de argumentos facticos, jurídicos y probatorios que fueron tenidos en cuenta por el Juez de control de garantías al momento de impartir su decisión. En consecuencia, para el A quo, era claro que dicha decisión estuvo antecedida de una serie de actuaciones procesales y probatorias que fueron ejecutadas con total apego a la ley, cumpliendo los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, pues tal medida fue razonable, proporcional y necesaria, si se tiene en cuenta: (i) la entidad de los hechos por los cuales fue vinculado al proceso, (ii) las pruebas recaudadas en el mismo, las cuales ofrecían serios motivos de credibilidad y alta probabilidad de responsabilidad y (ii) la valoración sobre el riesgo que podría representar para las víctimas la libertad del sindicado

Refiere que si bien es cierto, conforme consta en la sentencia del 16 de julio de 2015, el señor Julio Rayo Sánchez fue absuelto de los delitos que le fueron imputados, no es menos cierto que el fallador penal señaló expresamente: "*sin más medios de prueba, es lo que obliga a este despacho a cobijar al imputado con el apotegma universal de in dubio pro reo, como se ha dicho, no por la demostración de su inocencia, sino por la imposibilidad de probar la existencia del hecho y su responsabilidad en los mismos*", permitiendo inferir que existía alguna razón o circunstancia en especial que conducía a pensar que el señor Julio Rayo Sánchez no era inocente, y que por el contrario tenía algo de responsabilidad, solo que no se logró su acreditación.

Resaltó a su vez la juez de primera instancia que, estudiado el material probatorio y valorado en el proceso penal, se evidenciaba con claridad que el señor Rayo Sánchez realizó acciones concretas, esto es, que efectuó tocamientos y manoseos de su menor hija, con la que convivía bajo el mismo techo y junto con el resto de familia, y tales actos ocurrieron múltiples veces según se indicó por la misma madre de la menor.

Concluye refiriendo que era claro que la medida de aseguramiento fue ajustada a derecho y el demandante estaba en el deber de soportarla, pues no se debe olvidar que se estaba en presencia de una situación particular que cobijaba los derechos que le asisten a los niños y a los adolescentes, los cuales gozan de una prevalencia superior.

Por último afirma, que pese a haberse emitido un fallo absolutorio a favor del JULIO RAYO SANCHEZ, no hay lugar a realizar juicio de reproche al proceder de las entidades demandadas ya que éstas actuaron conforme a derecho, pues ejecutaron a cabalidad los deberes establecidos por el sistema penal colombiano, y más concretamente, se sujetaron al proceder legal respecto de las conductas penales por las cuales fue

Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: JOSE IASAIAS RAYO Y OTROS Y OTROS
Demandado: RAMA JUDICIAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Radicación: 73001-33-33-006-2016-00408-01
Interno: 01398-2019

6

investigado el referido señor RAYO SANCHEZ, las cuales por su relevancia constitucional y connotación universal tienen unos niveles superiores de protección y amparo que escapan a las posibilidades de interpretación o argumentación que permitan medidas de aseguramiento diferentes a la detención preventiva en establecimiento carcelario, razones suficientes para denegar las pretensiones de la demanda.

Deja claro que la señora VIRGELINA ESQUIVEL junto con su hija LLRE en la etapa del juicio penal suscribieron un documento en el cual desistían de las manifestaciones inicialmente planteadas, solicitando la terminación del proceso, cuando es claro que éstas declaraciones constituyeron la causa eficiente para que la comisaria de familia de Ataco presentara la respectiva denuncia penal que dio origen a la medida de aseguramiento en contra del demandante Julio Rayo Sánchez, situación que llama la atención de la juez de primera instancia, por cuanto las nombradas en el escenario penal actuaron como denunciantes frente a su esposo y padrastro mientras que, en el presente proceso, intervienen en calidad de demandantes, persiguiendo perjuicios morales en su calidad de compañera permanente y de hija lo que, a todas luces, es un proceder contradictorio y ventajoso.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, y como consecuencia de ello se acceda a la totalidad de las pretensiones (fls 508 a 529 expediente digital parte 2).

Refirió en primer término que, en el sub judice, la juez de primera instancia erró en la aplicación del régimen de responsabilidad, pues el Consejo de Estado ha decantado a través de su jurisprudencia que la responsabilidad por privación injusta de la libertad es de carácter objetiva incluso en los casos en los que el sindicado haya sido absuelto por el beneficio de la duda.

Sostiene que la Fiscalía General de la Nación debió realizar como acto previo a la captura del directo afectado, con el fin de determinar si se trataba del responsable del delito de acceso carnal violento con menor de 14 años, esto es, que en su labor investigativa y antes de proferirse orden de captura y su respectiva legalización debió recolectar los elementos o información que pudiera ser requerida dentro de la investigación para obtener sentencia condenatoria, empero, su actuación se tornó negligente al prolongar el proceso por 10 meses y 15 días, sin obtener las pruebas que determinarían que JULIO RAYO SANCHEZ era responsable, resultando imposible para la Fiscalía General de la Nación probar la responsabilidad del acusado en el proceso, al tener como base de la acusación la denuncia presentada por la Comisaria de Familia de Ataco - Tolima, la cual se basó en las declaraciones de la víctima y de su progenitora ante dicha comisaría, denuncia que finalmente resultó no estar adecuada a la realidad, siendo así que la víctima y su madre en el juicio oral desistieron de la denuncia y solicitaron la preclusión de la investigación adelantada contra el señor JULIO RAYO SANCHEZ, con el argumento de que la denuncia presentada en contra de este en la comisaria era totalmente diferente a la denuncia penal por la que se le estaba acusando ante el juez, observándose además que la Comisaria de Familia de Ataco - Tolima, representada por la Dra. AYANITH RIVEROS PEÑA, en el juicio oral solo hizo alusión a que la víctima le había manifestado que el entonces acusado era morbosos con ella, pero no logró probar o determinar exactamente qué tipo de abuso había sufrido la menor, debiendo el ente

Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: JOSE IASAIAS RAYO Y OTROS Y OTROS
Demandado: RAMA JUDICIAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Radicación: 73001-33-33-006-2016-00408-01
Interno: 01398-2019

7

investigador realizar actuaciones tendientes a probar o desvirtuar lo manifestado por la Comisaria de Familia de Ataco - Tolima y la misma víctima, pero no proceder de inmediato, como en efecto lo hizo, a imponer una medida de aseguramiento de detención preventiva.

Refiere que la medida de aseguramiento impuesta a JULIO RAYO SANCHEZ y su prolongación en el tiempo obedeció a la actitud apresurada asumida por los funcionarios judiciales que conocieron del asunto lo que configuró la responsabilidad de la Administración, pues al ente investigador le asiste un deber mínimo de corroborar la información aportada por los organismos de inteligencia y cotejarlos con otros medios de prueba previo a restringir la libertad de los particulares pues, de lo contrario, la privación se torna injusta y hay lugar a reparar los daños que de ella devienen.

TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del 20 de enero de 2020, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el **25 de octubre de 2019**, por el **Juzgado Sexto Administrativo de Ibagué**.

Con providencia del 17 de febrero de 2020 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público respectivamente, para alegar de conclusión, oportunidad procesal en la que intervino la parte actora y la fiscalía general de la Nación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE

Transcribe textualmente lo expuesto en su escrito de apelación (fls 546 a 578 expediente digitalizado parte 2)

FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Sostuvo que en el sub judice, la investigación en la cual se vieron involucrados los aquí demandantes fue ajustada a derecho, haciendo claridad que la Fiscalía no constituye un factor determinante en las decisiones que se toman dentro del proceso penal, las cuales corresponden única y exclusivamente al Juez con Función de Control de Garantías quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas para tal efecto y, en últimas, el que puede adoptar la decisión que corresponda dentro de los parámetros de legalidad y proporcionalidad, pues la Fiscalía General de la Nación, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política y en la Ley 906 de 2004 (fls. 580 a 586 del expediente digitalizado parte 2).

Encontrándose el proceso en estado de decidir, a ello se procede, para lo cual se hacen las siguientes.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante

contra la sentencia proferida por el **Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué el 25 de octubre de 2019**, mediante la cual se despacharon de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

La Sala debe determinar si la privación de la libertad de la que fue objeto el señor JULIO RAYO SANCHEZ fue injusta y, por tanto, si se le generó un daño antijurídico a estos y a su núcleo familiar, como lo manifiesta la parte actora en su escrito de apelación, o, si por el contrario, como adujo el A quo en la sentencia impugnada, la detención preventiva de los demandantes no excedió las cargas públicas que deben asumir los ciudadanos, por estar acorde con los estándares convencionales, constitucionales y legales que permiten de manera excepcional la restricción de este derecho, y por ende no se causó un daño antijurídico.

TESIS DE LA SALA

La tesis que sostendrá la Sala, consiste en afirmar que debe confirmarse la sentencia apelada pues, a la luz de los nuevos criterios jurisprudenciales, dentro de un enfoque subjetivo, no se configura la responsabilidad administrativa del Estado en este asunto toda vez que, la decisión que restringió la libertad del señor JULIO RAYO SANCHEZ fue producto de los señalamientos que hicieron en su contra, tanto su esposa como su menor hija, esta última en calidad de víctima del hecho punible, lo cual coincidía con los elementos probatorios restantes que reposaban en la investigación penal al momento de su aprensión, no obstante lo cual no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia del privado de la libertad en la etapa de juicio, situación que no puede ser imputada a las demandadas.

FUNDAMENTO DE LA TESIS DE LA SALA

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE AL CASO CONCRETO

El artículo 90 de la Constitución Nacional establece la cláusula general de responsabilidad, la cual dispone: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades (...)”*

Jurisprudencialmente nuestro máximo órgano de cierre ha dispuesto que es necesario en cada caso particular, en los cuales se atribuye responsabilidad extracontractual del Estado, estudiar las circunstancias en que ocurrieron los hechos, con miras a determinar si el Estado es responsable del daño sufrido y reclamado por los demandantes.

En consecuencia, para establecer la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado corresponde analizar:

a) la existencia de un daño antijurídico; b) la imputación jurídica y fáctica y c) el nexo causal entre el daño y la falla en el servicio en los eventos en que éste sea el título de imputación.

DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA EN LA FUNCION DE ADMINISTRAR JUSTICIA - PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, se debe garantizar el goce y eficacia de ciertos derechos intrínsecos reconocidos al ser humano, dentro de los cuales se encuentra la *libertad personal*. El artículo 28 de nuestra Carta Magna, es claro al disponer que

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley...”

Esa misma norma establece que

“La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley”.

El articulado anotado, guardada plena concordancia con lo establecido en normas internacionales integradas a la constitución conforme lo sostiene el artículo 93 de la misma carta, entre los cuales encontramos:

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, ratificado mediante la Ley 74 de 1.968, expresa que *“Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”*.
- **Convención Americana de Derechos Humanos**, ratificada por la Ley 16 de 1.972, sostiene que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas”*.

Frente al derecho fundamental a la libertad, y su protección supralegal, la Corte Constitucional se ha referido al tema en los siguientes términos¹:

“(...) esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación; del artículo 2º que en la categoría de fin esencial del Estado contempla el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, a la vez que encarga a las autoridades de su protección y del artículo 29, que dispone que toda persona ‘se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable’ y que quien sea sindicado tiene derecho ‘a un debido proceso público’ sin dilaciones injustificadas”.

Ahora bien, para encauzar los asuntos relacionados con esta especie de responsabilidad, el mismo legislador optó por incluir en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, tres criterios generales de imputación, para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada del indebido funcionamiento de la administración de justicia, y así se reguló en el artículo 65 ibídem,

¹ Sentencia C-327/97

al sostenerse que aparte de la responsabilidad estatal por los daños antijurídicos que se le imputen a causa de la acción u omisión de sus agentes judiciales *“...el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”*

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-037 de 2006, analizó la constitucionalidad de, entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, señalado que en los casos de privación injusta de la libertad se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos. En efecto, sobre dicho asunto refirió:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”.

En lo concerniente al régimen de responsabilidad aplicable en los eventos que se demanda indemnización de perjuicios por la privación injusta de la libertad, se venía aplicando, por parte de la jurisdicción contenciosa, el de responsabilidad objetiva. No obstante, dicho criterio ha sido modificado a partir de la expedición por la Corte Constitucional de la Sentencia SU – 072 de 2018.

En efecto, en la referida providencia, la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la libertad no es absoluto y puede verse limitado mediante la imposición de medidas cautelares, sin que ello signifique necesariamente la configuración de un daño antijurídico al producirse la absolución, refiriendo que *ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996* establecen un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, por lo que le corresponde al juez, en cada caso, realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada. La referida sentencia textualmente sostuvo:

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

“106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y

la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma". "(...)

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

La anterior línea ha sido acogida por nuestro órgano de cierre en recientes pronunciamientos, en los que ha sostenido al resolver asuntos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad lo siguiente²:

"La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de "razonabilidad, proporcionalidad y legalidad". Al respecto concluye:

*Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares.*

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN sentencia de **cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)** Radicación número: 70001-23-31-000-2005-00434-01(56393) Actor: ARNOLD ALEX CUEVAS SIERRA Demandado: MINISTERIO DE JUSTICIA - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Reiterado a su vez por la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejera Ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO sentencia de **cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)** Radicación número: 76001-23-31-000-2011-00213-01 (50238) Actor: GERMÁN ARBEY DÍAZ SÁNCHEZ Y OTROS Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

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.

La Corte señala que lo anterior no impide que se creen reglas en pro de ofrecer homogeneidad en materia de decisiones judiciales, pero estas deben fundamentarse en un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no en generalizaciones normativas, que no tomen en cuenta las posibilidades que giran en torno a esas fuentes.

5.4. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”.

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

Las dos causales anteriores se contrastan con la absolución consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio in dubio pro reo, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral.

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo.

5.5. En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad. (Resalta la Sala)

De conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional, y que es acogido por nuestro órgano de cierre, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico

imputable a la administración, a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento.

En conclusión, la nueva línea jurisprudencial sobre privación injusta de la libertad a conforme con la posición asumida por la Corte Constitucional en providencia SU- 072 de 2018, varió al reconocer ahora que el derecho a la libertad no es absoluto y puede verse limitado mediante la imposición de medidas cautelares, sin que necesariamente ello signifique la configuración de un daño antijurídico al producirse la absolución.

LO PROBADO EN EL PROCESO

En este orden ideas, se procede hacer una relación del material probatorio allegado al proceso en debida forma, a efectos de establecer las circunstancias factico jurídicas en las que fue privado de la libertad el señor JULIO RAYO SANCHEZ:

- El día 28 de diciembre de 2013, la Comisaría de Familia del Municipio de Ataco Tolima, presentó ante la Fiscalía General de la Nación, escrito de denuncia en contra del señor JULIO RAYO SANCHEZ, quien al parecer había incurrido en la conducta punible de acceso carnal con menor de 14 años. El referido documento señaló de manera textual los siguientes hechos: (folio 63 a 65 expediente digital Tomo 3)

“(...) Actuando en mi calidad de Comisaria de Familia del Municipio de Ataco Tolima, en Representación de la hoy Adolescente LEIDI YISETH RAYO ESQUIVEL de 16 años, nacida el 16 de Noviembre de 1997 identificada con T.I. No. 1.108.829.372, y en cumplimiento a lo previsto en el artículo 82 Numeral 11; 96 y el Artículo 98 de la Ley 1098 de 2006 (CIA); y el Artículo 208 del C.P.; me permito INSTAURAR DENUNCIA PENAL por delito de ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS, | cometido en contra de la integridad de la adolescente LEIDI YISETH RAYO ESQUIVEL, según los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

HECHOS

PRIMERO: El día 19 de Septiembre de 2013, este despacho recepcionó denuncia, según Historia de Atención No. 1.108.829.372 de fecha, Septiembre 19 de 2013, según folio del 1 al 4 del proceso de Restablecimiento de Derechos, interpuesta por la señora VIRGELINA ESQUIVEL, progenitora de la hoy adolescente LEIDI YISETH RAYO ESQUIVEL por el delito de ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS contra la integridad de su hija.

SEGUNDO: Seguin la señora madre de la hoy adolescente, VIRGELINA ESQUIVEL, en entrevista personal, que este despacho le realizo el día 25 de Septiembre de 2013, Folio 37, su hija le conto apenas en el mes de agosto del mismo año que el señor JULIO RAYO SANCHEZ, compañero sentimental de la misma abusada sexualmente de ella.

TERCERO: Pero según constatación de denuncia de fecha 19 de Septiembre de 2013 por parte del equipo interdisciplinario de la Comisaria de Familia de este Municipio, Folio 10, el señor JULIO RAYO SANCHEZ, padrastro de fa adolescente LEIDI YISETH RAYO ESQUIVEL, venia abusando de esta, desde la edad de 8 años.

CUARTO: Lo cual se pudo corroborar con el informe psicológico Pard realizado por la Psicóloga de este despacho que obra en el folio 21 al 24 del proceso de Restablecimiento de derechos, donde la hoy adolescente, LEIDI YISETH RAYO ESQUIVEL informa lo mismo que se evidencio en la constatación de la denuncia. Donde según la Adolescente en varias oportunidades se lo comunicó a su progenitora, la señora VIRGELINA ESQUIVEL pero esta lo único que hacia era reclamarle y pelear con su compañero, el señor JULIO RAYO SANCHEZ, mas no denunciaba, que ella no lo hizo, según ella que porque este señor la amenazaba con botarla a la calle, pero su señora madre a los años de ver las reiteradas

quejas al respecto de la hoy adolescente, decidió colocar en conocimiento de las autoridades este delito.

QUINTO: Además según solicitud de valoración médico legal de fecha, Septiembre 19 de 2013 y de radicación No. 7306760004592013, realizado por la Policía Judicial, Folios 12 al 20, se pudo constatar lo denunciado por la progenitora de la adolescente en razón a que según el dictamen médico legal existe DEFLOARACION ANTIGUA A LAS 3, 6, 9 y 12 del reloj.

SEXTO: Como consecuencia de lo anterior, el despacho de la Comisaria de Familia de Municipio de Ataco Tolima, inicio PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS, según PARD No. 006 de fecha 26 de Septiembre de 2013 que obra en el proceso de Restablecimiento de Derechos en los Folios 8 y 9.

SEXTO: Se notificó a su Progenitora, la señora VIRGELINA ESQUIVEL en la misma fecha, según folio 34 del proceso Administrativo de RD.

SEPTIMO: Se decretó en el proceso como medida de protección provisional y de Restablecimiento de Derechos, la Ubicación en Hogar Sustituto, según lo normado en el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006 (CIA). Según los folios 5 al 7 del proceso Administrativo de este despacho.

OCTAVO: La denuncia ante ente investigador aparece en el Folio 35 del proceso Administrativo pero no fue radicada según lo informado por la Fiscalía 20 Local de este Municipio en fecha 20 de Noviembre de 2013 mediante oficio No.238.

NOVENO: Mediante Auto de Trame No.003 de fecha 18 de Diciembre se decretó Oficiar a la Fiscalía 20 Local de este Municipio para DENUNCIAR el delito de ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 ANOS para que se investigue y se condene al señor JULIO RAYO SANCHEZ, padrastro de la adolescente (...): Además mediante este Auto, igualmente se inició el Trámite administrativo respectivo para el cambio de medida de Protección provisional para la posible ubicación de la adolescente en la Familia extensa, donde la señora MARIA YADIRA MONTEALEGRE DE MONROY, madrina de la misma, quien reside en la Carrera 4 No. 6-18 del Barrio el Centro del Municipio de Ataco, Tel.318-240-05-82 por solicitud de la señora madre de la adolescente. Seguin Oficio de fecha 17 de Diciembre de 2013.

DECIMO PRIMERO: Mediante este Auto, también se ordenó la prueba de ADN, ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses del Municipio de Chaparral porque el padrastro le había dado el apellido, cuando la adolescente apenas tenía 2 años de edad.

PRUEBAS

Ruego tener como pruebas documentales las siguientes:

- 1.- La constatación de la denuncia realizado por el Equipo interdisciplinario, 2 Folios*
- 2 El informe Médico legal solicitado por la Policía Judicial, 9Folios*
- 3.- El informe Psicológico Pard realizado a la adolescente, 4 Folios (...)"*

- El señor JULIO RAYO SANCHEZ, fue capturado el día 12 de junio de 2014.
- El día 13 de junio de 2013 la Fiscalía 51 seccional de Chaparral solicitó realizar audiencia concentrada, a efectos de legalizar la captura de JULIO RAYO SANCHEZ, llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal Municipal de Chaparral con Funciones de Garantías, en la que se impartió legalidad a la captura realizada, se le imputaron los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso con actos sexuales abusivos con menor de 14 años e incesto y se le impartió medida de aseguramiento en centro carcelario por solicitud de la Fiscalía en los siguientes términos: (folio 63 a 65 expediente digital Tomo 3)

SOLICITUD MEDIDA DE ASEGURAMIENTO FISCALIA GENERAL DE LA NACION

“(...) Solicito señor Juez se sirva imponer medida de aseguramiento al señor Julio Rayo Sánchez, consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión, tal como lo autoriza el artículo 307 numeral 1 literal a del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal, en calidad de autor presuntamente responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años artículo 208 del Código Penal, agravado por el artículo 211 numeral 5 en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años y en concurso heterogéneo con incesto. Esto por cuanto se subsume por lo menos uno de los requisitos exigidos por el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, como quiera de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida se puede inferir de manera razonable que el señor Julio Rayo Sánchez es autor de estos delitos.

En cuanto a la argumentación fáctica, los hechos son los mismos de la imputación, por lo que pasaremos a la argumentación jurídica y consideramos que esta medida de aseguramiento es necesaria y además urgente, por cuanto se subsume por lo menos uno de los requisitos del artículo 308. Dice el artículo 308 que “el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:” La Fiscalía considera que se cumple el segundo requisito, numeral 2 que dice que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima. En este caso su señoría, el delito es cometido, un delito sexual contra una menor de edad, recordemos que esta menor de edad es hija del aquí acusado y que se encuentra en un hogar sustituto, pues por este mismo delito la Comisaría de Familia del Municipio de Ataco inicio un proceso de restablecimiento de derechos y la menor en este momento se encuentra en un hogar sustituto, por lo que no ha podido regresar al seno de su hogar.

Este artículo 308 numeral 2, es desarrollado por el artículo 310 que dice que es un peligro para la comunidad, dice “para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible” En este caso, pues estamos ante un delito sumamente grave como lo es un delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con unos actos sexuales y con incesto, entonces la gravedad pues, huelga decir que para argumentarla, es uno de los delitos que la sociedad reclama a la administración de justicia que se imparta justicia, es así como el legislador en los últimos años ha venido agravando las penas por estos delitos y se ha invertido mucho dinero en la protección y prevención de estos delitos; aunado a esto, pues los menores tienen una protección reforzada constitucional en nuestro artículo 44 que dice que los derechos de los menores prevalecen siempre sobre los de los demás y en este momento encontrarnos ante dos derechos, uno de la libertad y otro de los del menor, pues privará este derecho.

Y la modalidad de la conducta punible, observemos su señoría que la modalidad la cometió en una niña de 8 años de edad, aprovechándose pues de la soledad en que se encontraban en una finca y posteriormente, pues como convivía con la madre de la niña, aprovechaba en las noches y se pasaba a la cama de la niña para hacerle tocamientos en sus partes íntimas; además el numeral 7 de este mismo artículo 310 dice que cuando el punible sea por abuso sexual con menor de catorce años.

De igual manera, constitucionalmente pues dicen que la medida de aseguramiento de privación preventiva de la libertad es excepcional, pero no es un derecho absoluto sino es un derecho relativo y cuando resulte necesaria para garantizar la protección de las víctimas, esta es la medida que se debe aplicar. La necesidad de la restricción de la libertad del

imputado está en legítima conexión con la finalidad de las medidas restrictivas, es decir, la restricción de la libertad de un ciudadano esta constitucional y legalmente autorizada, según lo dice el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal que dice: “La libertad podrá ser afectada dentro de la actuación, cuando sea necesaria para evitar la obstrucción a la justicia o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y las víctimas o para el cumplimiento de la pena” y en este caso, consideramos pues que para proteger a la víctima de este tipo de delincuencia pues es necesario privar de la libertad con detención intramural al aquí imputado.

De igual manera, el artículo 295 dice que la libertad del imputado resulta necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos de orden constitucional, esa necesidad no nace de otra que es brindar esa protección a la víctima de el agresor; en segundo término, pues resulta adecuada o idónea para alcanzar a la finalidad perseguida, como quiera pues que nos vamos a enfrentar a un juicio donde la afectada es una menor de edad; en tercer lugar, consideramos que es proporcionada pues al pesar los intereses en conflicto, esto es, de un lado las exigencias constitucionales de administrar justicia y de otro el derecho fundamental del individuo a gozar de la libertad, resulta proporcional la restricción de la libertad del imputado frente a la finalidad preventiva, que no es otra que proteger a esa menor; y finalmente, consideramos que resulta razonable, valorada en las ópticas del interés del estado de administrar justicia, es decir, privar preventivamente de la libertad al imputado no es una medida descabellada o irrazonable.

De otro lado, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal dice que la procedencia de la detención preventiva, dice “Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos” y dice el numeral 2 “En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de (4) cuatro años” y pues, con el concurso de conductas punibles que se le están indilgando al imputado, pues esa pena supera con holgura, pues estaría arrancando mínimo de unos 16 años de pena para el imputado, por lo que este factor objetivo lo supera con holgura.

De igual manera su señoría, la Ley 1098 o Ley de Infancia y Adolescencia, en su artículo 199 nos dice “Beneficios y mecanismos sustitutivos. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas: 1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo [306](#) de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos [307](#), literal b), y [315](#) de la Ley 906 de 2004.” O sea la misma Ley de Infancia y Adolescencia esta prohibiendo cualquier otro tipo de medida que no sea la de establecimiento de reclusión y lo dice “ No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo [314](#) de la Ley 906 de 2004.”

Por lo que su señoría, consideramos pues que con la argumentación fáctica, legal y constitucional y con los... según lo dice el artículo 221, con los elementos materiales probatorios, evidencia física y elementos legalmente que han accedido al proceso, que han entrado al proceso, podemos decir que se puede inferir de una manera razonable que el aquí imputado, señor Julio Rayo Sánchez es autor de las conductas que se le acaban de endilgar.

Y cuáles son los elementos materiales probatorios, pues por un lado existe una denuncia de la doctora Yanir Riveras Peña, comisaría de familia del municipio de Ataco, en la cual narra de manera clara los hechos; de igual manera su señoría, existe una valoración psicológica, una valoración médico legal donde se concluye que la menor ha sido desflorado de una desfloración antigua. También existe un informe psicológico, firmado por la psicóloga de la

comisaria de familia Viviana Angeline Torres, donde ordenan un plan de intervención con la adolescente para el manejo de su sexualidad. De igual manera su señoría, pues esta el proceso que lleva la comisaria de familia de restablecimiento de derechos, donde a la menor es enviada primero donde una madrina y luego a un lugar sustituto, pues tenía que ser sacada del seno de su hogar, pues allí era donde estaba presentando los abusos.

De igual manera, existe una entrevista de la señora María Yadira Montealegre de Monroy, madrina de la menor, donde narra también que la menor le contó de los presuntos abusos sexuales de los que venía siendo objeto. También existe un informe psicológico completo, donde también recomiendan el restablecimiento de derechos de la menor y hay una valor psicológica a la progenitora, la señora Virgelina Esquivel, donde ella narra que efectivamente la menor le contaba que su padre en las noches le tocaba y que ella le hacía el reclamo pero que no se atrevió pues a denunciar y en una de las conclusiones, manifiestan pues que esta familia esta muy legada al jornal del señor Julio, que también detectan que se presentan casos de violencia intrafamiliar al núcleo de este hogar y que la madre es completamente sumisa a las ordenes y a la autoridad que ejerce el señor Julio.

De igual manera, hay una entrevista personal de la adolescente Leidy Giselle Rayo Esquivel, signada por la comisaria de familia, donde narra también los hechos donde fue ofendido su honor sexual y hay un seguimiento que se le hace la menor donde manifiesta que no regresa a la casa hasta tanto, pues allí se encuentra su padre quien abusa sexualmente de ella. También contamos con el registro civil de nacimiento de la menor, donde se prueba la edad que tenía a esta fecha y para la fecha de los hechos para el año 2005.

Con estos elementos probatorios y evidencia física su señoría, solicito se emita la orden de la medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión en contra del señor Julio Rayo Sánchez, y permiso para correrle traslado a la defensa de los elementos materiales probatorios que acabo de mencionar.”

DECISIÓN JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS

“(…) Escuchada la solicitud impetrada por el señor fiscal, igualmente lo argumentado por la defensa, procede este Despacho a tomar la decisión pertinente. Primero, verificando que se ha dado cabal cumplimiento de la ritualidad establecida en el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, es decir, que el señor fiscal ha solicitado la medida, nos ha indicado para quien, el delito, los elementos materiales probatorios e igualmente se ha dado la oportunidad de controvertir estos argumentos a la defensa. Por tanto, procederemos a tomar la medida apoyado en los siguientes aspectos.

En primer término, debemos verificar si existe una inferencia razonable de autoría o participación en el presente caso; en segundo lugar, verificaremos si existe un fin constitucional para restringir la libertar; en tercer lugar, miraremos el tipo de medida y en cuarto lugar, el test de proporcionalidad. Así las cosas, arrancaremos con la inferencia razonable de autoría o participación.

Es importante aclarar que cuando se dice inferencia, se trata de un vínculo no tan exigente que vincule, valga la redundancia, que haga la conexión entre la persona aprehendida y el delito por investigar, no dejando ni abrazando el principio del indubio pro-reo, es decir, que aún pueda generarse la duda en el presente caso, basta con que haya una conexión, como ya lo dijera, para establecer esa inferencia razonable.

En el presente caso, contamos con varios elementos traídos a este estadio procesal, entre ellos, nos habla el señor fiscal de la denuncia hecha por la señora comisaria de familia del municipio de Ataco que da cuenta de estos hechos, igualmente la valoración psicológica de la víctima, el dictamen médico legal que da cuenta de haber sufrido actos sexuales al víctima e igualmente el registro civil que nos establece la minoría de edad de la víctima en el presente caso.

Estos hechos señalan de manera directa al señor Julio Rayo Sánchez como la persona que realizaba estos actos sexuales y accesos carnal abusivo con menor de catorce años, es decir, que nos encontramos frente a esa inferencia razonable de autoría o participación.

Seguidamente, entraremos a analizar si existe un fin constitucional para restringir la libertad, como bien lo dijera el señor defensor e igualmente el señor fiscal, la libertad es un derecho fundamental que debe ser garantizado, su restricción debe de hacerse excepcional y hacerse para lograr un cometido o fin constitucional. En el presente caso, el señor fiscal nos ha dicho que ese fin constitucional es la de proteger a la comunidad y especialmente a la víctima de la posible continuación de la actividad delictiva del aquí imputado, que esta conducta, esta numeral que se basa el señor fiscal es el artículo, perdón, el artículo 308 numeral 2, que es desarrollado por los artículos 310 y 311 del Código de Procedimiento Penal. El señor fiscal nos ha dicho que esa conducta es grave, toda vez que atenta contra el desarrollo y la integridad fiscal de los menores e igualmente, la modalidad, teniendo en cuenta que se configura aquí el agravante del incesto, es decir, estaba en familia accediéndose de manera sexual, cuando es la persona encargada de crear valores y crearle las condiciones apropiadas para que la menor pueda desarrollarse en la sociedad.

El 311 nos dice que “se entenderá que la seguridad de la víctima se encuentra en peligro por la libertad del imputado, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que podrá atentar contra ella, su familia o sus bienes.” En el presente caso, el señor fiscal nos ha traído un hecho muy importante que debe tenerse en cuenta por parte de este Despacho, cual es que la víctima se encuentra en un hogar sustituto, debiendo haber abandonado su lecho familiar, su ambiente familiar, por la persecución que hiciera su padre para tener acceso carnal sexual con la víctima, es decir, que esta presente esa inferencia y nos encontramos frente a un peligro para la víctima, situación que debemos proteger, lo que nos lleva a concluir que se encuentra presente un fin constitucional para restringir esa libertad.

Igualmente, pasaríamos al tipo de medida a imponer, el señor defensor nos dice que debe de mirarse que la libertad es un derecho fundamental que prima, por tanto debe dársele una detención domiciliaria y el señor fiscal de manera tajante, nos dice que debemos darle una detención intramural, toda vez que así lo establecen las normas procesales tanto el artículo 310 como el artículo 313 e igualmente la ley 1098, que nos dice que la única medida es la intramural. El señor defensor nos ha argumentado que su defendido, el señor Julio Rayo Sánchez, es una persona padre cabeza de familia e igualmente que es quien provee con su trabajo los alimentos para unos menores, situación que este servidor debe desechar toda vez que contrario sensu convertirse en favorabilidad se convierte en situación de riesgo dejarlo al cuidado de sus hijos menores, toda vez que el hecho que aquí se investiga y por lo cual el señor fiscal ha hecho su solicitud, es precisamente por encontrarse la víctima en hogar sustituto por la actividad de su progenitor.

Igualmente, no se establece esa condición de padre cabeza de familia, pues parece que el hogar está conformado por padre y madre y para que sea padre cabeza de familia, se requiere que sea única persona que vea por estos menores; es decir, que no se dan las circunstancias establecidas en el numeral 5 del artículo 314 para sustituir la pena de prisión intramural por domiciliaria.

En cuanto al test de proporcionalidad, este servidor encuentra que la norma nos lleva de manera directa a establecer la pena, perdón la pena no, la medida de aseguramiento, porque esto no es una pena, no se está condenando, es una medida cautelar, igualmente se está dejando incólume el derecho la presunción de inocencia; la medida cautelar si varían las circunstancias puede variar el tipo de medida. Pero retomando el tema, nos dice la ley que la única medida cuando se den las condiciones subjetivas para imponer una medida, debe ser la intramural, por tanto no encuentra este Despacho fundamento para ponerse a discutir y hablar sobre la proporcionalidad de la medida, si la norma nos encaja y nos envía de manera directa a este tipo de medida; por tanto acoge de manera favorable e integral la

solicitud del señor fiscal y por tanto dispone la detención intramural en el establecimiento carcelario de esta localidad al señor Julio Rayo Sánchez, a donde se enviarán los oficios pertinentes.(...)"

- El día 11 de Marzo de 2013 Fiscalía 51 Seccional de Chaparral, presenta escrito de acusación en contra de JULIO RAYO SANCHEZ (fls 87 a 93 Cuaderno principal Digitalizado 3)
- El juicio oral se desarrolló durante los días 21 de enero de 2015 y 28 de abril de 2015, y una vez finalizado el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral manifestó que el sentido del fallo debía ser absolutorio, atendiendo a las retractaciones en los hechos denunciados por parte de la víctima y de su progenitora, e igualmente, ante la inasistencia de los testigos profesionales citados por el ente acusador (fls 177 a 181 y 201 a 204 Cuaderno principal Digitalizado 3).
- Reposa sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral, de fecha 20 de Marzo de 2012 en la que se plasmó claramente que el sindicato sería absuelto no por no estar demostrada su participación en los hechos enjuiciados, sino en aplicación al principio universal del in dubio pro reo, plasmándose entre otras cosas, lo siguiente: (fls 92 a 109 cuaderno principal digitalizado 2)

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Al anunciar el sentido del fallo en el presente caso, se señaló que el fallo sería de carácter absolutorio, por la necesidad de cobijar al procesado con el in dubio pro reo, (...) En este proceso dicho nivel no aflora, solo se posee como prueba, una entrevista realizada a la menor el 19 de septiembre de 2013, la cual no se puede valorar pues no fue introducida a juicio ni por la menor ni por ninguna de las profesionales que intervino en la misma, (folio 10 _ cuaderno, de Bienestar familiar).

Durante su intervención en el juicio oral, la menor presentó una versión contraria a la anunciada por la Fiscalía, manifestando que su padrastro nunca había abusado de ella ni la había acariciado en sus partes íntimas, antes de los 14 años de edad.

Tampoco la profesional que realizó la valoración médico legal de la menor, se refirió a lo que la menor le hubiese expresado sobre los hechos en la anamnesis, lo cual hubiera servido para corroborar la existencia real de la acusación y su genuina ocurrencia, pero como se ha dicho tampoco esta profesional se refirió a los mismos.

La psicóloga que practicó la valoración a la menor no asistió al juicio y por ello nada se supo del contenido de verdad de tal valoración, como tampoco, de lo que de la boca de la menor hubiese salido, y por ello no se conoció en juicio aquello dicho por la menor antes del inicio del mismo o por fuera de él.

Así las cosas, en síntesis al juicio no compareció un solo testigo profesional o lego que ratificara que por fuera del juicio la menor había realizado las acusaciones que llevaron al juicio al señor Julio Rayo y aunque es la misma menor la que singulariza que acusó a aquél de estos hechos por rabia, nada más en el proceso indica que es responsable de las acusaciones, pues es la misma menor la que explica que había sostenido relaciones con su novio de 22 años y por ello se encuentra desde luego, su himen perforado.

Para finalizar, no debe olvidarse, que solo puede admitirse, considerarse y valorarse como prueba, aquellas legalmente introducidas en el juicio oral, y aquellos documentos que incorporo la fiscalía en juicio como carpeta del Bienestar familiar, no

pueden ser valorados como prueba, pues no se trata ni siquiera que fueron aducidos por una de las personas que participaron en dichas entrevistas.

La declaración experta de GILMA VANESSA DEL ROCIO RIVERA ORTIZ, médico general, para el año 2013, en ataco, examinó clínicamente a la menor y encontró que tenía como característica que el himen no estaba íntegro en la menor y que la desfloración era antigua, lo cual puede relacionarse con manipulación sexual mayor a diez días, examen realizado en septiembre de 2013, por lo que sobre los hechos específicos materia de acusación, solo se conoce un manuscrito de 5 renglones insertado en la anamnesis del dictamen médico legal presentado en copia y que consigna "empieza a suceder cuando la niña tenía 8 años con caricias, a los diez años hubo penetración como tal, y en los últimos días el agresor ha realizado nuevos acercamientos con caricias, pero el niega otra penetración pero queremos confirmarlo" refiere últimos acercamientos hace más de un mes'.

Debe recordarse también por ser de profunda importancia que esta parte se encuentra aparentemente firmada por Massiel Molina Ayerbe, trabajadora social de la comisaría de familia, quien no compareció a juicio y por tanto no susceptible de valoración, pues a pesar que la profesional médico refiere ser el relato de la menor, como se puede comprobar, no fue tomada de propia mano de la menor por la galeno, sino por la profesional de la comisaría de familia, por lo que no se posee la corroboración directa de este manuscrito por su autora ni por la presunta víctima, pues como ya se sabe esta se retractó en juicio oral y explicó la causal de la acusación.

También compareció a la audiencia de juicio oral a declarar sobre los hechos la profesional AYANITH RIVEROS PENA, quien sobre los hechos sucedidos e investigados consigno de labios de la menor: este señor conmigo era muy morbosos como será con mi hermanita...". Fácil se concluye que en dicho fragmento de la declaración no existe acusación concreta alguna, pues a que se refiere cuando señala que era morbosos, que clase de actos realizaba concretamente y por último, tal afirmación riñe con lo que se dice eran penetraciones.

Ese grado de abstracción en el relato y la falta de profundización en el mismo, impide extraer de allí, una acusación concreta que se avenga con las formas propias del juicio como para considerarlo como prueba suficiente para condenar en este caso, pues a no dudarlo la profesional no realizó su labor profesional, pues sobre los hechos materia de acusación no se indago ni se afirmó por la presunta víctima nada en concreto y por ello nada aporta a los hechos investigados, útil en dirección a la exacción de responsabilidad del implicado.

Ninguna otra prueba se trajo a juicio y de allí la insuficiencia probatoria que impide dictar sentencia condenatoria. Como se trata de los denominados delitos de alcoba, donde lo usual y generalmente ocurre es que el Único testigo sea la víctima, es de su " propio relato, de donde generalmente se extrae la forma como ocurrió, sus elementos configurativos, el tiempo del suceso y la reiteración del mismo. En especial cuando se trata de un menor de edad.

Así las cosas, no le queda a este despacho otro camino diferente al de cobijar al acusado bajo el apotegma universal del in dubio pro reo, absolviéndolo de los cargos por los que fue acusado y decretando su libertad inmediata e incondicional.

Desde luego, este despacho conoce que pequeñas diferencias entre los diferentes testimonios rendidos por la víctima, no hacen más que ratificar por la decoloración del recuerdo, que los mismos ocurrieron, pero como cuando en este caso, la diferencia es tan grande como el haber existido o no el ataque sexual acusado, por parte de la menor; la ausencia de presencia de los profesionales que atendieron

valoraron y escucharon a la menor sobre los hechos por fuera del juicio oral y sin más medios de prueba , es lo que obliga a este despacho a cobijar al imputado con el apotegma universal del in dubio pro reo, como se ha dicho, no por la demostración de su inocencia, sino por la imposibilidad de probar la existencia del hecho y su responsabilidad en los mismos.”

CASO CONCRETO

EL DAÑO

El daño cuya reparación se pretende por parte de los demandantes consistió en la privación de la libertad a la que fue sometido el señor **JULIO RAYO SANCHEZ** dentro del proceso llevado en su contra por el punible de ACCESO CARNAL CON MENOR DE 14 AÑOS.

De acuerdo con la referencia probatoria atrás efectuada, el señor **JULIO RAYO SANCHEZ** estuvo detenido de manera preventiva desde el **13 de junio de 2014**, fecha en la que le fue impuesta la medida de aseguramiento en su contra, hasta el día 28 de abril de 2015 una vez finalizó el juicio oral y se dictó el sentido de fallo absolutorio por duda, dejándose definido el daño, en tanto existe plena prueba del periodo durante el cual estuvo privado de la libertad.

IMPUTABILIDAD DEL DAÑO

La Sala considera que si bien es cierto se demostró que al señor **JULIO RAYO SANCHEZ** le fue restringido el derecho a la libertad a través de la imposición de una medida de aseguramiento, revisado el material probatorio obrante en el expediente, no es posible afirmar que la misma fue injusta y atribuible a las demandadas, a la luz del marco jurídico como de la jurisprudencia vigente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sea lo primero indicar que como el presente asunto tiene que ver con la imposición de detención preventiva dentro de las reglas procesales contempladas en la Ley 906 de 2004, según la fecha de ocurrencia de los hechos, dicha norma frente a las medidas de aseguramiento y los requisitos que deben ser analizados por el Juez de control de garantías para su imposición, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.

(...).

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

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

2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*

3. *Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. (...).*”

Ahora bien, como se plasmó en el marco jurisprudencial anotado, la antijuridicidad del daño por privación de la libertad debe determinarse por estimación de las circunstancias que rodearon la imposición de la medida de aseguramiento, siendo únicamente plausible predicar objetivamente la responsabilidad de la administración en dos eventos, cuando **el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica**, situación que no es aplicable en el sub lite, dado que el imputado fue absueltos por duda³.

En ese orden de ideas, encuentra la sala en el material probatorio referenciado con anterioridad, que la privación de la libertad de **JULIO RAYO SANCHEZ** se fundó en la denuncia que hiciera la Comisaria de Familia del Municipio de Ataco y en pruebas adicionales arrimadas, tales como *valoración psicológica, valoración médico legal, informe psicológico donde se ordenó plan de intervención, proceso de restablecimiento de derechos a la menor, entrevista de la señora María Yadira Montealegre, madrina de la menor, en la que relata que la menor le contó de los abusos sexuales de los que venía siendo objeto, valoración psicológica de la progenitora Virgelina Esquivel, donde ella narra que efectivamente la menor le contaba que su padre en las noches realizaba tocamientos de índole sexual en la menor pero que no se atrevió a denunciar, dada la dependencia económica con el sindicato, entrevista a la menor donde narra los hechos donde fue ofendido su honor sexual*; motivos más que suficientes para considerar la posible comisión de un delito, y la necesidad de la imposición de la medida privativa de la libertad, circunstancias que sirvieron de sustento de valoración del juez de control de garantías al momento de decretar la medida de aseguramiento solicitada por el ente acusador.

Cabe aclarar igualmente, que conforme lo establece el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal referido, uno de los requisitos para la imposición de la medida privativa de la libertad, lo constituye “(...)2. *Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. (...)*”, para lo cual el artículo 310⁴ ibídem señala que para estimar si el imputado representa un peligro para la sociedad, deberá tenerse en cuenta, entre otras, que el punible se haya cometido contra un menor de catorce (14) años, y en el *sub lite*, se tiene que precisamente fue la anterior circunstancia uno de los aspectos tenidos en cuenta por el juez de garantías para imponer la medida de aseguramiento.

De igual manera, la máxima autoridad penal en su jurisprudencia⁵ ha establecido que cuando las víctimas de un hecho punible sean menores de edad, las autoridades se encuentran en el deber de activar los instrumentos de protección necesarios para proteger los derechos y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, los cuales deben prevalecer sobre los derechos de los demás, en armonía con lo dispuesto por nuestra Constitución

³ SU – 072 de 2018 – Corte Constitucional.

⁴ **ARTÍCULO 310. PELIGRO PARA LA COMUNIDAD.** <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1760 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias: (...)

⁶ Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.

⁵ Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 41948, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

Política en su artículo 44, los tratados internacionales y la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En un asunto similar al acá debatido, en el que se investigaba la ocurrencia de conductas delictivas de índole sexual sobre un menor de 14 años, el Consejo de Estado⁶ mediante sentencia proferida el 29 de noviembre de 2018, indicó que:

*“(…) la medida de detención preventiva fue razonable y proporcional, en atención a la especial confiabilidad del relato de la menor XXX XXX XXX y porque obedecía a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso y proteger a la menor, circunstancias por las que debe descartarse una falla en el servicio. Para la Sala, la presunción de inocencia que se mantuvo incólume en la providencia de preclusión no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que **el juez contencioso, además de verificar si la decisión que privó de la libertad al señor Rafael Montes Miranda se apartó o no de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, también se encuentra en el deber de considerar la conducta desplegada por la víctima, desde la perspectiva de los deberes generales de convivencia. Análisis ajeno a la responsabilidad penal, en cuanto se trata de establecer, en el marco de los hechos y de las pruebas consideradas en el proceso penal, si se está ante una conducta gravemente culposa o dolosa. Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen en suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes. Esto es así porque responden a la explicación más razonable de lo probado (…)**” (Resalta la sala)*

En una decisión más reciente, la misma corporación sostuvo en un caso similar lo siguiente⁷:

“(…) En el sub lite, se tiene que precisamente fue la anterior circunstancia uno de los aspectos que valoró el juez de control de garantías para imponer la medida de aseguramiento.

De igual forma, se aprecia que el juez impuso la medida para salvaguardar los derechos de la menor, toda vez que el señor MEC vivía en la misma casa en la que residía la pequeña y, si bien esta fue llevada en su momento bajo protección del ICBF, no lo era menos que en la ciudad de Bogotá su lugar de residencia era en la vivienda de su tío, quien figuraba como su acudiente.

Luego entonces, para la Sala es evidente que en el caso en cuestión la accionada tomó la decisión de imponer la medida de aseguramiento, en forma razonable y adecuada, en aras de garantizar y proteger los derechos no solo de la niña YEG, sino también de los demás menores que podían constituirse en posibles víctimas. Cosa diferente es que, de manera posterior, el señor MEC fuera absuelto de los cargos imputados, en aplicación al principio de in dubio pro reo.

En otras palabras, la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad impuesta al aquí accionante tuvo por finalidad la comparecencia del imputado y proporcionar seguridad a la víctima y a la sociedad, debido a la naturaleza del delito, el cual por su gravedad demandaba una actuación pronta y eficaz.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. María Adriana Marín. Rad. 13001-23-31-000-2005-01917-01(51461).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO sentencia de siete (7) de octubre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00508-01(44796) Actor: MEC Y OTROS Demandado: RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Lo anterior, con fundamento en lo contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Niño⁸ y los preceptos del artículo 44 de la Constitución Política, que señalan que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Así pues, se tiene que el Juez de Control de Garantías, además de cumplir con lo estatuido en el Código de Procedimiento Penal para la imposición de la medida de aseguramiento, le era exigible, de conformidad con las anteriores normas, salvaguardar el interés superior de la menor afectada, tal y como ocurrió, pues al observar que el presunto responsable vivía en la misma residencia de la pequeña, propendió para que este fuera detenido hasta tanto se demostrara su grado de responsabilidad en el hecho delictivo.

Igualmente, se tiene que 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 Corte⁹:

[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, 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 trabajen 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:

⁸ El artículo 1 de la Convención Sobre los Derechos del Niño del 20 de Noviembre de 1989, señala: “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. La Convención fue aprobada por el Congreso colombiano, mediante Ley 12 de 1991.

⁹ Sentencia T-116 de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“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 estigmatice, 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-

Por tanto, la Sala encuentra que la entidad accionada al momento de proferir la medida de aseguramiento, tuvo en cuenta lo dicho por la menor, en especial cuando se le hizo una valoración psicológica que evidenciaba que su testimonio inicial era coherente.

(...) Ahora bien, la medida restrictiva de la libertad sufrida por el aquí actor fue de naturaleza temporal o provisional, con estricta sujeción al principio de legalidad, pues fue proferida con el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales que eran exigibles; además, como ya se dijo en párrafos anteriores, la detención buscaba preservar los derechos superiores de la menor afectada, evitar que esta tuviera contacto con su presunto agresor, asegurar que el investigado compareciera ante las autoridades, cumpliendo así con el mandato legal encomendado a la demandada, en el sentido de hacer justicia frente a una menor de edad vulnerable.

Luego entonces, se tiene que la medida solicitada por la Fiscalía e impuesta por el Juez de Control de Garantías no fue desproporcionada, ni violatoria de los procedimientos legales, sino que por el contrario, fue apropiada, razonada y conforme a derecho.”

Conforme lo expuesto, la Sala concluye que a la luz de los criterios aplicables a la determinación de responsabilidad estatal por privación de la libertad señalados por el Consejo de Estado, en el presente caso no se configura la misma pues, de una parte, la medida restrictiva de la libertad que se impuso al demandante por parte del Juez de Control de Garantías y por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, fue el resultado de la razonable aplicación de las normas que regulaban la adopción de ese tipo de medidas y conforme al material probatorio existente en ese momento, elementos que no permitían concluir que lo consignado por la víctima y por su progenitora en las entrevistas ante la Comisaria de Familia y ante la profesional en psicología no correspondían a la realidad y, de otra, a fin de salvaguardar los derechos de la menor afectada, como el mismo ordenamiento penal lo ordena.

En ese sentido, la Sala confirmará la sentencia apelada, sin más consideraciones al respecto.

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

El numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

Al respecto, la condena en costas dentro del nuevo ordenamiento procesal administrativo, Ley 1437 de 2011, tiene dos ítems: un estándar objetivo que contempla que toda sentencia que se profiera dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa debe disponer la condena en costas, conforme las reglas del Código General del Proceso, y otro estándar que determina el juez, que tiene que ver con la revisión que hace el fallador frente a la forma en que se causan las mismas y en la medida de su comprobación (*como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso*), recalándose que ya no es necesaria una valoración cualitativa frente a que estemos frente a una conducta temerario o de mala fe por alguna de las partes.

En relación con las agencias en derecho, el Consejo de Estado ha sostenido que estas deben ser fijadas atendiendo la posición de las partes, y en aplicación a las tarifas contempladas en los acuerdos 1887 de 2003 y 10554 de 2016 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, según sea el caso, resaltando que el mismo ordenamiento jurídico advierte que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Visto lo anterior, considera la sala que se debe condenar en costas a la parte demandante, teniendo en cuenta que se resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación, fijándose como agencias en derecho a reconocer

Visto lo anterior, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, teniendo en cuenta que se resuelve de manera desfavorable el recurso de apelación y en virtud de la gestión realizada por la entidad demandada a lo largo del proceso. Para el efecto, se fijarán como agencias en derecho, la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales deberán ser liquidados por la Secretaría del Juzgado de origen, conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia del **25 de octubre de 2019** proferida por el **Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué**, que **NEGÓ** las

Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: JOSE IASAIAS RAYO Y OTROS Y OTROS
Demandado: RAMA JUDICIAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACION
Radicación: 73001-33-33-006-2016-00408-01
Interno: 01398-2019

27

pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas segunda instancia a la parte demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, realizando las anotaciones de rigor y dejando las constancias correspondientes en el sistema "Siglo XXI".

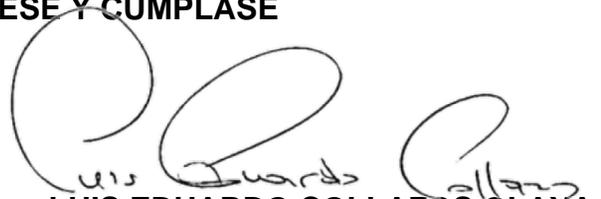
En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



BELISARIO BELTRAN BASTIDAS



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA



ANGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA