

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	BERNABÉ GUIZA MENESES Y OTROS
Demandado:	NACIÓN- RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Radicación:	73001-33-33-005-2018-00089-01
Interno:	00642 - 2020

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la **sentencia** proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué del de 11 de mayo de 2020**, 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 **BERNABÉ GUIZA MENESES Y OTROS** en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

Los demandantes **BERNABÉ GUIZA MENESES** quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo **JARVY GUIZA VELÁSQUEZ**; **ALDEMAR GUIZA ORDOÑEZ**, **REINALDO GUIZA MENESES**, **HERNANDO GUIZA MENESES**, **ALVARO GUIZA MENESES**, **CARLOS ANTONIO GUIZA MENESES** y **EBERTO GUIZA MENESES** 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:

PRETENSIONES

Que se declare que la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL y FISCALÍA 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 **BERNABÉ GUIZA MENESES** entre el 21 de abril de 2013 y el 11 de noviembre de 2015 por haber sido absuelto mediante sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Ibagué el 01 de febrero de 2015, por el delito de **ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR 14 AÑOS**.

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 estimados de la siguiente manera:

Perjuicios Materiales

En la modalidad de daño emergente, la suma de \$18.964.388 por concepto del salario dejado de percibir por el señor BERNABÉ GUIZA MENESES, durante el tiempo que permaneció privado injustamente de su libertad.

En la modalidad de lucro cesante, la suma de \$9.020.900, por concepto de 14 meses de salario contados a partir de que el señor BERNABÉ GUIZA MENESES recuperó su libertad, teniendo en cuenta que es el tiempo estimado para reactivarse económicamente.

Perjuicios Morales

Para BERNABÉ GUIZA MENESES (víctima directa) la suma equivalente a 200 SMLMV.

Para ALDEMAR GUIZA ORDOÑEZ (padre), la suma equivalente a 100 SMLMV.

Para REINALDO GUIZA VELASQUEZ (hermano), la suma equivalente a 50 SMLMV.

Para REINALDO GUIZA VELASQUEZ (hermano), la suma equivalente a 50 SMLMV.

Para ALVARO GUIZA VELASQUEZ (hermano), la suma equivalente a 50 SMLMV.

Para CARLOS HERNANDO GUIZA VELASQUEZ (hermano), la suma equivalente a 50 SMLMV.

Para EBERTO GUIZA VELASQUEZ (hermano), la suma equivalente a 50 SMLMV.

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

Que el 21 de abril de 2013, el Juzgado Primero Promiscuo con funciones de garantías de Rovira - Tolima legalizó la captura del señor BERNABÉ GUIZA MENESES a quien la fiscalía le imputó los delitos de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, y ante la no aceptación de cargos por parte del imputado, dispuso la privación de su libertad con detención preventiva intramural, a solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el día 23 de abril de 2013.

Que la Fiscalía Séptima Seccional CAIVAS de Ibagué, presentó escrito de acusación contra el señor BERNABÉ GUIZA MENESES por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años. No obstante, surtidas las etapas procesales pertinentes, el 1 de febrero de 2016 el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Ibagué con funciones de conocimiento, profirió sentencia absolutoria por duda probatoria en favor del señor BERNABÉ GUIZA MENESES en aplicación del principio de in dubio pro reo.

Que, por esa razón, en la culminación de la audiencia de juicio oral celebrada el 11 de noviembre de 2015 se emitió el sentido de fallo absolutorio y se ordenó librar boleta de libertad.

Que el señor el BERNABÉ GUIZA MENESES desempeñaba labores de agricultor, laborando a jornal, garantizando su sustento y el de sus hijos, antes de ser privado injustamente de su libertad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

RAMA JUDICIAL

Mediante apoderado manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo la inexistencia de razones de hecho y derecho que sustenten los pedimentos de la parte actora.

Refiere que no existe daño antijurídico causado en las actuaciones realizadas por el Juez de Control de Garantías, toda vez que la audiencia preliminar se encuentra ajustada a derecho, sin que se observe arbitrariedad, capricho, negligencia o culpa en el actuar de ese operador judicial.

Asegura que lo anterior, tiene fundamento de una parte, en el hecho que en el caso que se estudia, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ibagué, absolvió por duda probatoria al señor BERNABÉ GUIZA MENESES y, de otra parte porque no se configura la causal de responsabilidad contenida en el artículo 414 de Decreto 2700 de 1992.

Reiteró que, revisado el sub examine, el Juez con funciones de control de garantías en cumplimiento de funciones asignadas por la Ley 906 de 2004, impuso la medida de aseguramiento teniendo en cuenta los principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, conforme a los elementos probatorios arrimados, la evidencia física y la información legalmente obtenida, atendiendo en todo al grado de conocimiento que se tiene en esa etapa procesal, en la que no se debate la responsabilidad del indiciado.

Propuso como excepciones las que denominó INEXISTENCIA DE PERJUCIOS, AUSENCIA DE NEXO CAUSAL, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, y HECHO DE UN TERCERO, aduciendo respecto de esta última que, en el caso objeto de controversia, se encuentra configurado dicho eximente de responsabilidad, toda vez que la privación de la libertad del señor BERNABÉ GUIZ MENESES fue producto de las declaraciones que rindieron las menores NGV y MGW respecto de unos supuestos actos sexuales y de acceso carnal violento, situación que activó el aparato estatal y la consecuente privación de la libertad del demandante.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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 BERNABÉ GUIZA MENESES.

Aseguró, que la FGN ajustó sus decisiones a los presupuestos jurídicos, facticos y probatorios, sin que obre prueba que ponga de presente alguna actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria o manifiestamente violatoria del derecho a la defensa del procesado pues, por el contrario, se le brindaron todas las garantías procesales durante la instrucción que fue integral tanto en los hechos favorables como en los desfavorables a sus intereses.

Agrega que el ente acusador, 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 que en el nuevo estatuto del Código de Procedimiento Penal, no le incumbe a la Fiscalía General de la Nación la imposición de la medida de aseguramiento, ya que solo 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.

Aduce que no es dable asumir que cada vez que un procesado penal es absuelto, se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, pues sería tanto como predicar que la FGN no puede adelantar una investigación penal ya que, los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía ni independencia para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores.

Propuso las excepciones denominadas FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, AUSENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO E INIMPUTABILIDAD DEL MISMO A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN e INEXISTENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD.

SENTENCIA RECURRIDA

El **Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué**, mediante sentencia proferida el **11 de mayo de 2020**, declaró probada la excepción de fondo propuesta por la Rama Judicial denominada hecho de un tercero, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante

Para llegar a tales determinaciones, estableció como problema jurídico el determinar si la privación de la libertad de la que fue objeto el señor BERNABÉ GUIZA MENESES, fue injusta, y en consecuencia si las entidades demandadas son administrativa y patrimonialmente responsables, por los presuntos perjuicios causados, por esa medida.

Expuso que, en materia de privación de la libertad, el Decreto Ley 2700 de 1991 establecía en su artículo 414 que quienes hubiesen sido exonerados por sentencia absolutoria definitiva, o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, al cual se adiciona el principio universal de in dubio pro reo, tendría derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que se le hubiere impuesto y que, si bien la regulación procesal penal actual no estableció una disposición similar, es posible aplicar esos supuestos específicos en actuaciones recientes, bajo el régimen de responsabilidad objetivo.

En consecuencia, señaló que como la conducta del señor BERNABÉ GUIZA MENESES no estructuró su responsabilidad penal por duda o falta de certeza probatoria, tal situación se encuadra en la hipótesis de in dubio pro reo, con lo cual se configura el daño, por la detención intramural a la que fue sometido desde el 21 de abril de 2013 y el 12 de noviembre de 2015, esto es, por un término de 30 meses y 20 días.

Consideró, que en los eventos de privación de la libertad, la causal de exoneración de responsabilidad de hecho de un tercero debe ser exclusiva, determinante, imprevisible e irresistible para la administración; en tal sentido, señaló que en aquellos casos en los que las incriminaciones o acusaciones realizadas por un tercero dieron lugar a la privación de la libertad, la aplicación ha sido restringida en razón a que es la autoridad quien, en ultimas, impone la medida restrictiva de la libertad. No obstante, teniendo en cuenta la magnitud del señalamiento (directo, contundente y preciso) y el ámbito en el que se realizó, puede concluirse que tal indicación fue de tal envergadura que a la autoridad judicial no le era exigible algo distinto a la imposición de la respectiva medida privativa de la libertad.

Descendiendo al caso en concreto, advirtió que las declaraciones de las menores MGV y NGV sobre lo acontecido con su progenitor, fueron coincidentes, claras y contundentes, sin que se evidenciara intención de engaño, razón por la cual configuraron, dentro del proceso penal, la existencia de un indicio grave frente a la responsabilidad que le asistía al demandante por el presunto punible de acto sexual abusivo en menor de 14 años, siendo esa la razón para proferir medida restrictiva de la libertad al imputado.

Insistió, en que la restricción de la libertad del demandante fue ajustada a los requisitos previstos las normas procesales penales, en primer lugar, porque tuvo origen en las declaraciones iniciales brindadas por las menores MGV y NGV que daban cuenta de manera detallada de la ocurrencia de los hechos que tuvieron respaldo en un dictamen de medicina legal, que luego fueron desvirtuados en razón de la retractación de ellas, configurándose así, el hecho exclusivo y determinante de un tercero, como eximente de responsabilidad de las entidades demandadas.

Aseguró, que la retractación de las menores MGV y NGV configuró un hecho imprevisible e irresistible para la administración, quien obró bajo el convencimiento de la verdad narrada en su momento por las víctimas, que además resultó en su momento creíble por las formalidades, alcances e implicaciones de los medios por los cuales se realizó la denuncia. En consecuencia, la actuación de las menores fue exclusiva y determinante en la producción del daño, y en ese sentido, determinó la actuación de la Fiscalía y de los jueces penales, de modo que no les era exigible un proceder diferente a la imposición

de las medidas adoptadas para restringir la libertad del señor BERNABÉ GUIZA MENESES.

IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se acceda a la totalidad de las pretensiones.

Argumentó que el juez de primera instancia incurrió en yerro al considerar ajustada a derecho la actuación de las entidades demandadas, como quiera que, conforme lo estipula el artículo 250 constitucional, a la Fiscalía y la Rama Judicial les corresponde investigar lo favorable y lo desfavorable del imputado, respetar sus derechos fundamentales y garantías procesales, preceptos que se incumplieron en la investigación adelantada en contra del demandante al no efectuar una investigación exhaustiva a partir de la cual determinar si las menores, presuntamente víctimas, manifestaban un dicho cierto o no.

Sostiene que la Fiscalía General de la Nación, para solicitar la medida de aseguramiento se basó en un dictamen médico legista de la menor declarante, en el que no se precisó si se descarta o se confirma algún abuso sexual, lo que evidencia la duda sobre la materialidad del hecho delictual. Aduce también que si el ente acusador hubiere sido acucioso habría advertido en la anamnesis de la experticia medica que la menor MGTV indica ciertas inconsistencias relacionadas con las circunstancias específicas en las que se produce el abuso, de las que se advertía, sin mayor elucubración, que decía mentiras.

Refiere que para la imposición de la medida de aseguramiento intramural ordenada al señor BERNABÉ GUIZA MENESES, no se tuvo en cuenta el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal.

Concluyó afirmando que, analizados los elementos de prueba obrantes en el plenario, se comprueba el hecho generador de la falla del servicio de la administración, un daño cierto y la relación de causalidad entre la falla de los entes públicos y el perjuicio causado, por lo tanto, corresponde declarar solidariamente responsables administrativamente a las entidades demandadas.

TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del 22 de febrero de 2021, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué** el 11 de mayo de 2020.

En los términos de lo dispuesto en el artículo 247 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, se advierte que, desde la notificación del auto que concede la apelación y hasta la ejecutoria de la providencia que admitió el respectivo recurso, los sujetos procesales no efectuaron pronunciamiento alguno.

Asimismo, de acuerdo con la constancia secretarial de ingreso al Despacho para decisión de fondo de fecha 11 de marzo de 2021, la providencia de 22 de febrero de 2021 que

admitió el recurso de apelación interpuesto, fue notificada al agente del Ministerio Público el 04 de marzo de 2021, quien guardó silencio dentro del término concedido para rendir concepto. 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 Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué el 11 de mayo de 2020**, en la que 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 BERNABÉ GUIZA MENESES fue injusta y, por tanto, se generó un daño antijurídico a estos y a su núcleo familiar, por indebida valoración de los elementos materiales de prueba al imponerla, 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 del demandante 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 BERNABÉ GUIZA MENESES fue producto de los señalamientos que hicieron sus hijas en su contra, en calidad de víctimas del hecho punible, lo cual se soportó específicamente en el dictamen médico legal a ellas practicado al inicio de la investigación penal y que fue presentado como evidencia al momento de su aprehensión, no obstante, no se logró desvirtuar la presunción de inocencia del privado de la libertad en la etapa de juicio ante la retractación de las denunciantes, 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 el Consejo de Estado ha indicado que resulta necesario, en cada

caso particular en el que se atribuya responsabilidad extracontractual al Estado, estudiar las circunstancias en las 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*. Al respecto, el artículo 28 de nuestra Carta Magna es claro al señalar 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...”.

(...) “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, guarda plena concordancia con lo establecido en normas internacionales integradas a la constitución conforme lo sostiene el artículo 93 superior, 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

¹ Sentencia C-327/97

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, 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, lo cual expresó en los siguientes términos:*

“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<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm - ftn330>, 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 el Consejo de Estado 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**

² Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN sentencia de **(5) de marzo de 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 del **5 de marzo de 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

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:

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 absolucón 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, acogido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el que una persona resulte privada de su libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración, 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, 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 BERNABÉ GUIZA MENESES:

- El día 21 de abril de 2013, El Juzgado Primero Promiscuo Municipal con función de garantías de Rovira - Tolima, legalizó la orden de captura del señor BERNABÉ GUIZA MENESES, la formulación de imputación realizada por la Fiscalía por el delito de Acto Sexual Abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo y le impuso medida de aseguramiento en establecimiento carcelario y penitenciario, tal como se advierte en el acta de audiencia y de conformidad con la boleta de detención No. 0292.³

Los argumentación integral del Juzgado de Control de garantías para tomar la decisión de imponer la medida de aseguramiento solicitada, no reposa en el expediente, pues la parte demandante no allegó el respectivo audio de la audiencia, solo el acta de la audiencia.

³ Folios 15-17 cuaderno principal digitalizado

- El 15 de junio de 2013, La Fiscal Séptima Seccional CAIVAS, presentó escrito de acusación en el que refirió una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en los siguientes términos:

“DE ACUERDO A LOS E.M.P. SE SABE QUE LAS MENORES N.G.V. Y M.G.V. DE 13 Y 11 AÑOS DE EDAD RESPECTIVAMENTE, FUERON VICTIMAS EN VARIAS OCASIONES DE AGRESIÓN SEXUAL POR PARTE DE SU PROGENITOR SEÑOR BERNABÉ GUIZA MENESES.

RESPECTO DE LA MENOR N.G.V., SE TIENE CONOCIMIENTO QUE EN LOS PRIMEROS DÍAS DEL MES DE ABRIL DE 2013, A ESO DE LAS ONCE DE LA NOCHE APROXIMADAMENTE, CUANDO ELLA DORMÍA, SU PADRE BERNABÉ LE BAJO LOS PANTALONES DE LA PIJAMA Y LE INTRODUJO UN DEDO EN LA VAGINA ADEMÁS DE LO ANTERIOR, Y EN FECHAS ANTERIORES, BERNABÉ, EN VARIAS OPORTUNIDADES LE HIZO TOCAMIENTOS EN LAS PIERNAS Y LOS SEÑOS, MIENTRAS LE DECÍA QUE SE DEJARA TOCAR PARA QUE APRENDIERA CUANDO ESTUVIERA GRANDE Y TUVIERA NOVIO.

CON RELACIÓN A LA MENOR M.G.V., SE SABE QUE SU PADRE BERNABÉ, EN CINCO OPORTUNIDADES CUANDO ESTABAN EN EL POTRERO PASTANDO LAS VACAS, LE DIJO QUE LE “CHUPARA EL PENE”. SE SABE TAMBIEN QUE EN UNA OCASIÓN CUANDO LA MENOR TUVO QUE DORMIR EN LA MISMA CAMA CON SU PROGENITOR, ESTE LE BAJO LO INTERIORES Y LE TOCO LA VAGINA...”⁴

- El Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Ibagué, el 12 de septiembre de 2013, llevó a cabo Audiencia de Formulación de Acusación, declarando la legalidad de la actuación⁵, y el 02 de junio de 2015 se celebró la Audiencia Preparatoria (fls 26-27 cuaderno principal digitalizado)
- El juicio oral se desarrolló durante los días 25 de agosto de 2015, 08 de septiembre de 2015, 6 de octubre de 2015, 3 de noviembre de 2015, 9 de noviembre de 2015 y el 11 de noviembre de 2015, fecha en la que el Juez Octavo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Ibagué manifestó el sentido del fallo absolutorio, atendiendo a las retractaciones en los hechos denunciados por parte de las víctimas, emitiendo entonces la boleta de libertad No. 001418 en favor del señor BERNABÉ GUIZA MENESES (fls 36-37 cuaderno principal digitalizado).
- Sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Ibagué el 01 de febrero de 2016, en la que se plasmó que el sindicado sería absuelto, no por no estar demostrada su participación en los hechos enjuiciados, sino en aplicación al principio universal del in dubio pro reo lo cual sustentó en los siguientes términos (fls 38-50 cuaderno principal expediente digitalizado):

“... De manera que en orden a lo mandado por la jurisprudencia en cuanto a la retractación, considera este despacho que si hay lugar para admitirla, aunque no de manera absoluta, puesto que pese a que existe prueba, como se dijo, sobre los motivos por los que rindieron la primera versión, y que después fueron retirados, no podemos pregonar con absoluta certeza, sobre la ausencia de responsabilidad,

⁴ Folios 19-22 cuaderno principal digitalizado

⁵ Folio 18 cuaderno principal digitalizado

puesto que puede suceder que las menores, por su edad, escolaridad, y ambiente en donde se desarrollan, no tenían ni siquiera imaginación de las consecuencias jurídicas de sus afirmaciones, lo que con el transcurso del tiempo, les causó sentimiento de culpa y pedían a ruegos la libertad de su padre, insistiendo vehementemente que lo dicho inicialmente era una mentira.

Si embargo se presentan algunas inconsistencias en los declarantes familiares de las menores presuntamente víctimas e incluso con sus mismas versiones de las menores en cuanto a la distribución de las habitaciones, la ubicación de las camas, el lugar donde duerme cada uno de los integrantes de la familia, al igual, que inconsistencias en lo que tiene que ver con el comportamiento de BERNABE como padre y esposo, lo cual los hijos advierten que se trata de un buen padre, que casi no los castiga, que les da consejos y que los agrede a veces con unan ramita, pues quedan muchas dudas, puesto que una persona pervertida, o para el caso presente, de un padre pervertido aprovecharía cualquier situación, para hacerle mal a sus hijas y como quiera que en tratándose de estos delitos sexuales, generalmente no hay testigos presenciales del hecho, no puede precisarse con absoluta certeza que no hayan existido y que la retractación haya sido producto de la mentira, que aunque aparece los elementos que así nos lo indican, puede ocurrir lo contrario, pero no existe prueba cierta que así nos lo indique, persistiendo la duda, si tenemos en cuenta que en esta clase de hechos punibles no se requiere que el procesado tenga antecedentes penales, que ejerza un lugar destacado en la sociedad, pues la experiencia indica que estamos saturados de criminales de esta envergadura, que abusan de sus propios hijos, cuando ante la sociedad dan la apariencia de padres ejemplares.

De manera que lo que se está dando cumplimiento es al in dubio pro reo, dejando a la exclusiva justicia divina el actuar del procesado y será su conciencia la que lo juzgue, su dolor si realmente tuvo intención libidinosa para con sus propias hijas.

No obstante, y dadas las dudas estas deben favorecer al procesado.”

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 **BERNABÉ GUIZA MENESES** dentro del proceso llevado en su contra por el punible de **Acto Sexual Abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo sucesivo**.

De acuerdo con la referencia probatoria atrás efectuada, el señor **BERNABÉ GUIZA MENESES** estuvo detenido de manera preventiva desde el **21 de abril de 2013**, fecha en la que se le impuso la medida de aseguramiento en su contra, hasta el día 11 de noviembre de 2015, una vez finalizo el juicio oral en el que se dictó el sentido de fallo absolutorio por duda, dejándose definido el daño, en tanto existe plena prueba del periodo durante el cual esto privado de la libertad.

IMPUTABILIDAD DEL DAÑO

La Sala considera que si bien es cierto se demostró que al señor **BERNABÉ GUIZA MENESES** se le restringió 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 esa medida haya sido 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, atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos, norma que, 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, a saber, a) cuando **el hecho no existió o b) cuando la conducta era objetivamente atípica**, situación que no es aplicable en el sub lite, dado que el imputado fue absuelto por duda⁶.

En ese orden de ideas, encuentra la sala en el material probatorio referenciado con anterioridad, que la privación de la libertad de **BERNABÉ GUIZA MENESES** se fundó en la denuncia de las menores MGV y NGV soportadas por un dictamen médico legal practicado a ellas, en la que relatan los presuntos abusos de tipo sexual a las que venían siendo sometidas por su progenitor, motivos más que suficientes para considerar la posible comisión de un delito y la necesidad de imposición de una medida privativa de la libertad, principalmente para proteger a las víctimas del punible y para evitar su repetición, 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

⁶ SU – 072 de 2018 – Corte Constitucional.

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 310⁷ ibidem 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 *sublite*, se tiene que precisamente fue esa circunstancia uno de los aspectos tenidos en cuenta por el juez de garantías para imponer la medida de aseguramiento.

De igual manera, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia⁸ 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 necesarios para la protección de los derechos y del bienestar de los niños, niñas y adolescentes, los cuales deben prevalecer sobre los derechos de los demás, en armonía con lo dispuesto por nuestra Carta 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 Estado⁹ 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 siguiente¹⁰:

⁷ **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.

⁸ Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 41948, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. María Adriana Marín. Rad. 13001-23-31-000-2005-01917-01(51461).

¹⁰ 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

“(…) 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.

Lo anterior, con fundamento en lo contenido en la Declaración Universal de los Derechos del Niño¹¹ 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 Corte¹²:

[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

¹¹ 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.

¹² Sentencia T-116 de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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:

“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 estructura tal responsabilidad , de una parte, porque 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 relatado por las víctimas soportado por un dictamen médico legal practicado a ellas no correspondían a la realidad y, de otra parte, en cumplimiento del deber de los funcionarios judiciales de salvaguardar los derechos de las menores afectadas, como el ordenamiento penal lo dispone.

En ese sentido, la Sala confirmará la sentencia apelada, pero con los fundamentos aquí expuestos.

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*), recalcándose 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, 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 proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué** el **11 de mayo de 2020**, que **NEGÓ** las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de 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".

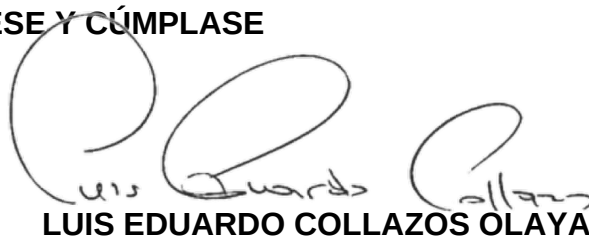
En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



BELISARIO BELTRAN BASTIDAS



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA



ANGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA