TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, catorce (14) de julio de dos mil veintidós (2022)

Expediente:	73001-33-33-005-2018-00139-01
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	DEYSINTO MÉNDEZ MEDINA – OTROS
Apoderado:	RICARDO RAMÍREZ ARANGO
Demandado:	NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderado:	JUAN PAULO RIVAS GAMBOA
Demandado:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada:	GLORIA ROCIO VILLEGAS GONZÁLEZ
TEMA:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada Fiscalía General de la Nación y el adhesivo de la Rama Judicial, contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 26 de mayo de 2020, por medio del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

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

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y daño a la vida en relación.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 En el mes de febrero del año 2012, Deysinto Méndez Medina accedió carnalmente a la menor LDOS de 12 años de edad, los hechos ocurrieron en la habitación de un apartamento en el barrio Modelia de la Ciudad de Ibagué y en el año 2013, la menor tenía 13 años de edad y se presentó nuevamente la misma situación.

2.2 El día 05 de octubre de 2016 el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control e Garantías de Ibagué, impartió control de legalidad formal y material a la captura de Deysinto Méndez Medina, formuló imputación e impuso medida de aseguramiento en lugar de residencia en su contra, por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años.

2.3 El 14 de septiembre de 2017, luego de desarrollar la etapa de juicio oral, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, emitió sentencia absolutoria a favor de Deysinto Méndez Medina, por lo que se ordenó su libertad inmediata.

2.4 Deysinto Méndez Medina estuvo privado de la libertad durante el lapso comprendido entre el 05 de octubre de 2016 *y* el 24 de junio de 2017, es decir, 8 meses *y* 19 días en el lugar de residencia en la Calle 5 No. 13-51 del Barrio San Diego de Ibagué; lo cual dio lugar a un daño antijurídico que generó perjuicios materiales y morales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial[1].

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

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 54001231000200000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del in dubio pro reo, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

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

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

Que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué - Tolima, con base en las pruebas aportadas, se podía inferir de manera razonada la

[1] *Ver folios 114 al 131 del cuaderno principal.*

responsabilidad del imputado en el delito endilgado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento contra el imputado (Art.308Ley 906).

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

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

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN[2]

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda, porque no es posible declarar la responsabilidad de la entidad, pues, no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió error judicial un defectuoso funcionamiento de la administración como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Que en este asunto, la Fiscalía solicitó orden de captura ante el Juez De Control de Garantías, y posteriormente acudió ante el Juez con función de control de garantías, donde se celebró la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, declarándose esta legal por parte del Juez de Control de Garantías, en conclusión, quien ordena, legaliza la captura e impone la medida de aseguramiento es el juez de control de garantías y no la fiscalía.

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

Y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y Ausencia del daño antijurídico e imputabilidad del mismo a la Fiscalía General De La Nación.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 26 de mayo de 2020, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, tras considerar que una vez analizados los argumentos de hecho y de derecho de la demanda y de las contestaciones a la misma, así como la apreciación en conjunto de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, y las posiciones jurisprudenciales vigentes, se configuran los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones, por cuanto la privación de la libertad de la cual fue objeto Deysinto Méndez Medina se tornó en injusta, dado que la desvinculación del acusado del proceso penal se produjo por la aplicación del principio de *in dubio pro reo,* dadas las graves falencias probatorias que hubo en el presente asunto, las que no ameritaban si quiera llegar hasta la etapa de juicio oral.

---

[2] Folios 136 al 147 cuaderno principal expediente digital.

[3] Ver páginas 247 al 273 del cuaderno principal – expediente digital

El *a quo*, resolvió lo siguiente:

> *"(…)* ***PRIMERO:*** *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo que propuso la*
> *Rama Judicial que denominó: inexistencia de perjuicios, ausencia del nexo causal, falta de legitimación en la causa por pasiva y culpa exclusiva de la víctima, ni las propuestas por la Fiscalía General de la Nación que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva; ausencia del daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación; inexistencia del nexo de causalidad, de conformidad con lo expuesto.*
>
> ***SEGUNDO:*** *DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsables a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Deysinto Méndez Medina, de conformidad con lo expuesto.*
>
> ***TERCERO:*** *CONDENAR a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y a la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar por concepto de* ***perjuicio moral*** *en favor de Deysinto Méndez Medina (víctima directa), Paulina Medina Yate (Madre) y Gabriel Méndez Molano (padre) la suma equivalente a 49 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (SMLMV) para cada uno.*
>
> *Y para los señores Mayerly Méndez Medina (hermana), Yancely Méndez Medina (hermana), Mabil Méndez Medina (hermana), Sandra Méndez Medina (hermana), Liney Méndez Medina (hermana) y Heber Méndez Medina (hermano), la suma equivalente a 24.5 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (SMLMV) para cada uno, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO:*** *NEGAR las demás pretensiones de la demanda relacionadas con el reconocimiento del perjuicio material y daño a la vida de relación, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***QUINTO:*** *CONDENAR en costas a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho a favor de la parte demandante, y a cargo de la parte demandada la suma de $500.000 pesos. Por secretaría liquídese.*
>
> ***SEXTO:*** *ORDENAR que la entidad demandada de cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. (…)"*

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1 NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Sostuvo que las conclusiones del fallo no corresponden a una acertada valoración *e* interpretación de la ley y del fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019 proferido por el Consejo de Estado -Subsección B de la Sección tercera, con relación a casos similares.

Que en el presente caso y como bien se manifiesta en la sentencia objeto de este recurso de apelación, la conducta de Deysinto Méndez Medina es típica, está subsumida en el tipo penal contenido en el artículo 208 de la ley 599 de 2000 pero no es antijurídica, según el

juez penal al no haberse lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido "libertad, integridad y formación sexual".

Que desde el ámbito jurídico de imputación no puede atribuírsele a la Fiscalía General de la Nación el resultado dañoso, i) porque la acción penal tuvo su génesis en la denuncia de la Defensora de Familia del ICBF, y la versión de la menor víctima ante la Trabajadora Social del Hospital Federico Lleras Acosta y ii) porque siendo la victima una menor de edad, se encuentra dentro de los ciudadanos sujetos de especial *de* protección.

Que actuar de forma contraria, constituye un claro desconocimiento a las garantías de estos sujetos de protección reforzada *v* al *principio pro lnfons* - de aplicación previa en el curso *de* procesos penales adelantados por delitos atroces en contra de esta población protegida.

Entonces en pro de la prevalencia de los derechos de la víctima del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, la libertad de su presunto agresor no podía constituirse en una barrera para la protección de los derechos de la niña afectada, y así lo entendió la FGN, la cual una vez recibió denuncia por parte del ICBF, adelantó actuaciones tendientes a impulsar el proceso por el abuso en contra de la menor.

Que en el asunto no puede perderse de vista que la absolución de Deysinto Méndez Medina se verificó al amparo del principio del *In dubio pro reo,* es decir, por una causal diferente a las contenidas en al artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, lo cual significa que en el caso concreto, como ya se anotó, no existe "presunción por detención Injusta", ya que no desvirtuó el valor probatorio de los medios de convicción tenidos en cuenta por el Juez de Control de Garantías para imponer la medida de aseguramiento, carga procesal que estaba en cabeza del convocante a punto de demostrar, - bien la total ausencia de los elementos materiales de prueba para su imposición, o un inadecuado análisis de las evidencias físicas e información legalmente obtenida para su decreto

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

4.2 NACIÓN – RAMA JUDICIAL – RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVO

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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

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

Por lo anterior, solicitó se revoque y se nieguen las pretensiones.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 2 de octubre de 2020. Mediante auto del día 19 de julio de 2021, se admitió el recurso de apelación, y el 18 de agosto de 2021, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandante y demandada Fiscalía General de la Nación reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Deysinto Méndez Medina en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su lugar de residencia, para luego culminar el proceso con absolución por aplicación de la duda a favor del procesado, frente al delito que se le había imputado de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

3. TESIS DE LA SALA

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

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, por solicitud de la Fiscalía, e impuesta por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué - Tolima durante el 05 de octubre de 2016 al 24 de junio de 2017, es decir, 8 meses y 11 días.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional[4] y del Consejo de Estado[5], en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos

---

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

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

eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

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

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

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

De acuerdo a las pruebas aportadas, es posible también verificar con lo antes transcrito que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en tal medida, se configuró el numeral 7º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004[6].

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, - acceso carnal abusivo en menor de 14 años -, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, específicamente, con una posible pena de 12 a 20 años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

Entonces, de conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el

---

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

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

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

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

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

En este sentido, se reitera que atendiendo las circunstancias propias del presente caso, si existían serios indicios para endilgar responsabilidad penal en contra de Deysinto Méndez Medina, al momento que se decidiera sobre la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento en Establecimiento Carcelario, toda vez que se reunían los requisitos previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, no sólo para que se decretara la medida de aseguramiento, sino también para que se privara de su libertad, pues, aunque la víctima indicó en su interrogatorio que se trató de relaciones sexuales consentidas al considerar que se dieron dentro de lo que denominó una relación de noviazgo, según sus afirmaciones estas ocurrieron cuando tenía 12 años de edad, lo cual encaja dentro del tipo penal imputado.

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

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

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado[7], y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

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

4.1.1 ***El daño Antijurídico***, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo[8], concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

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

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

---

[7] "19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios."

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

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

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

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo[9], que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

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

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

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

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo,* o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, *"el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente"*[10]*,* es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos

---

[9] Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.
[10] Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como *"una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria"*[11]. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal[12].

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013[13], la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió, *iii)* la conducta no constituía hecho punible, o *iv)* por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016[14], el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que*:* i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018[15], en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

> *"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo,*

---

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
[12] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)
[13] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)
[14] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).
[15] Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

> *conviene aclarar que el término 'injustamente' se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención". (subrayas fuera de texto)*

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

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

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018[16], en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

> *"En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.*
>
> *En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación*

---

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

de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se *antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.*

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se

evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

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

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *"cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad*."[17]

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019[18], en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

> *"La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.*
>
> *(…)*
> *De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño."*

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018[19], fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019[20], **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades especificas del caso, limitando su análisis a que "*La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera*

---

[17] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)
[18] Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)
[19] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)
[20] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.[21]"; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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

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

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018[22], antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020[23], a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *"el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración."*

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

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que

---

[21] Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01
[22] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)
[23] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado[24]:

> ***"19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios."***

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

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

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

> ***"(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento***
>
> *En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los*

---

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

siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

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

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

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

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

"(…) R.- Las reglas de unificación

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

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

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

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

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

derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

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

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

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

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

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

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

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

Duración de la privación	***Víctima directa en SMLMV***
Entre un día y un mes	*Suma fija de 5 SMLMV*
Hasta 2 meses	*Hasta 10 SMLMV*
Hasta 3 meses	*Hasta 15 SMLMV*
Hasta 4 meses	*Hasta 20 SMLMV*
Hasta 5 meses	*Hasta 25 SMLMV*
Hasta 6 meses	*Hasta 30 SMLMV*
Hasta 7 meses	*Hasta 35 SMLMV*
Hasta 8 meses	*Hasta 40 SMLMV*
Hasta 9 meses	*Hasta 45 SMLMV*
Hasta 10 meses	*Hasta 50 SMLMV*
Hasta 11 meses	*Hasta 55 SMLMV*
Hasta 12 meses	*Hasta 60 SMLMV*
Hasta 13 meses	*Hasta 65 SMLMV*
Hasta 14 meses	*Hasta 70 SMLMV*

Hasta 15 meses	*Hasta 75 SMLMV*
Hasta 16 meses	*Hasta 80 SMLMV*
Hasta 17 meses	*Hasta 85 SMLMV*
Hasta 18 meses	*Hasta 90 SMLMV*
Hasta 19 meses	*Hasta 95 SMLMV*
20 meses o más	*Hasta 100 SMLMV*

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

PM = (número de meses x 5 SMLMV) + (fracción adicional de días x 0,166 SMLMV)

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

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

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

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

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las victimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

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

(…)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

*76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de*

*nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.*

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

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

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz[25]
Padre: Esteban Díaz Gutiérrez[26].
Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz[27].
Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago[28].

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

*77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.*

*77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno. (…)"[29]*

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida

---

[25] F. 22, c. 2.
[26] Ibidem.
[27] Fls. 17, 18, c. 1.
[28] Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.
[29] Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que *" a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.*[30]*",* a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 5 de octubre de 2016, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Deysinto Méndez Medina, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, dentro del proceso con radicado No. 73001-60-00-432-2016-01870, en la que el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué, impuso medida de aseguramiento en lugar de residencia.	Documental: Acta de audiencia preliminar (Fols. Página 99-100 cuaderno prueba de oficio – expediente digital)
2. El 4 de diciembre de 2016, el Fiscal 15 Seccional de Ibagué presentó escrito de acusación en contra de Deysinto Méndez Medina, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.	Documento: Escrito de acusación (Fol. 24-30)
3. El 14 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué, profirió sentencia absolutoria a Deysinto Méndez Medina.	Documento: Sentencia del 14 de septiembre de 2017 (Fol. 32-39 cuaderno principal expediente digital)

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Deysinto Méndez Medina, dentro del proceso penal adelantado como autor del delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Por su parte, el *a quo accedió a* las pretensiones de la demanda, al considerar que se configuraron los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones, por cuanto la privación de la libertad de la cual fue objeto Deysinto Méndez Medina se tornó en injusta, dado que la desvinculación del acusado del proceso penal se produjo por la aplicación del principio de *in dubio pro reo,* dadas las graves falencias probatorias que hubo en el presente asunto, las que no ameritaban si quiera llegar hasta la etapa de juicio oral.

Inconforme con esa decisión, la Fiscalía General de la Nación, indicó que desde el ámbito jurídico de imputación no puede atribuírsele a la Fiscalía General de la Nación el resultado dañoso, i) porque la acción penal tuvo su génesis en la denuncia de la Defensora de Familia del ICBF, y la versión de la menor víctima ante la Trabajadora Social del Hospital Federico Lleras Acosta y ii) porque siendo la victima una menor de edad, se encuentra dentro de los ciudadanos sujetos de especial *de* protección; además que actuar de forma contraria, constituye un claro desconocimiento a las garantías de estos sujetos de

---

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

protección reforzada *v* al *principio pro lnfons* - de aplicación previa en el curso *de* procesos penales adelantados por delitos atroces en contra de esta población protegida.

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

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; ii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

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

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del 5 de octubre de 2016 realizada ante el juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué;[31] certificación de libertad del 24 de junio de 2017,[32] Boleta de detención No. 00941 del 5 de octubre de 2016[33] y Boleta de libertad No. 001475 del 27 de septiembre de 2016.[34]

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Deysinto Méndez Medina estuvo privado de la libertad en su lugar de residencia, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **05 de octubre de 2016 al 24 de junio de 2017, es decir, 8 meses y 11 días.**

[31] *Páginas 99 al 100 cuaderno principal – Expediente digital*
[32] *Página 22 cuaderno principal – expediente digital*
[33] Página 101 cuaderno de pruebas de oficio-expediente digital
[34] Página 109 cuaderno de pruebas de oficio-Expediente digital

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional[35] y del Consejo de Estado[36], en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Deysinto Méndez Medina fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por aplicación de la duda a favor del procesado, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio -, tal como se lo planteó inicialmente en el marco normativo, pues, así se puede extraer de la decisión penal, en los siguientes términos:[37]

> *"(…) De la versión dada por la niña LDOS, en la audiencia del juicio oral, no se extraen elementos para determinar que antes de los 14 años haya sostenido relaciones sexuales con Deysinto Méndez Medina, ya que ella precisa que iniciaron el noviazgo, que solo se veían los domingos en la tarde (Tal como su mamá lo había impuesto), este empezó ingresar ya con el permiso de la mamá.*
>
> *Adicionalmente otros hechos que permiten determinar serias dudas para la conducta punible es que a través de la correspondiente prueba ADN se logró determinar que DEYSINTO MENDEZ MEDINA no era el padre de niño de LDOS cuando ésta contaba con 16 años, que fue la circunstancia que dio conocimiento de la situación por parte de la defensora de familia y que llevo a denunciarla a las autoridades competentes.*
> *También otra circunstancias sobre las dudas sobre la no responsabilidad, es que para el momento que ésta fue confrontada por su madre y la defensora de familia, ella tenía el interés de ocultar de las relaciones sexuales que venía sosteniendo con otra persona, ello se deduce lógicamente de la prueba de ADN, la persona que había sostenido un vínculo sentimental y que más a la mano eventualmente, tenía para efectos de señalar como el responsable del acceso carnal era Deysinto, es decir, que desde el punto de vista el interés del testigo a rendir declaración también se advierte elementos que restan credibilidad a lo inicialmente icho por LDOS y finalmente no corroborado en la audiencia de juicio oral.*
>
> *(…)*

---

[35] Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas
[36] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).
[37] Visto en los folios 113 al 119.

> *No necesitamos ahondar en este momento, sobre el error de tipo, determinar si es vencible o invencible porque de las pruebas allegadas al proceso, no se tiene para edificar en el estadio de tipicidad, que realmente tuvieron ocurrencia, es decir, si se dio el acceso carnal con Deysinto Méndez Medina* ***por cuanto no quedo debidamente acreditado, entonces toda duda será a favor de este. (negrilla fuera de texto)***
>
> *En cuanto a las teorías de simetría de la edad y sobre los artículos de falsas creencias tampoco ahondará este funcionario judicial,* ***como quiera que las dudas hasta ahora expuestas, resultan insalvable sen este estadio procesal.*** *(…)" (negrilla fuera de texto)*

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó copia de las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué (Tolima), radicadas bajo el No. 73001-60-00-432-2016-01870-00, en el cual claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos; por lo que la investigación fue adelantada contra Deysinto Méndez Medina por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, por la Fiscalía 19 Local de Ibagué (Tolima), autoridad que solicitó la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías de Ibagué, correspondiéndole ésta audiencia preliminar al Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué (Tolima), para finalmente, el conocimiento del proceso penal corresponderle al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué (Tolima), operador judicial que luego, absolvió al demandante por el delito acusado, tal como puede evidenciarse del fallo calendado el 14 de septiembre de 2017, (Página 32-39 cuaderno principal-Expediente digital).

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

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

> *"ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda* ***inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva*** *que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*
>
> *1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*

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

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

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

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente."

Bajo esa consideración normativa, se observa que el 5 de octubre de 2016, se desarrolló la audiencia preliminar de la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué.[38]

De la misma manera, se extrae del acta de esa diligencia que, conforme a esos hechos jurídicamente relevantes, se le imputó al actor el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años, contenido en el artículo 209 del CP; por ello, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en el lugar de su residencia.[39]

Luego, el 4 de diciembre de 2016 el Fiscal 15 Seccional de Ibagué presentó escrito de acusación en contra de Deysinto Méndez Medina[40](Fol. 122-125), como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con base en los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada:

"(…) ***TESTIGOS***

1. *ANGIE KATHERINE MORALES TOCORA*
   Defensora de Familia
   Denuncia de fecha 03/05/2016, presentada en la Fiscalía
2. *LDOS*
3. *ROSA OYOLA SOGAMOSO C.C 52.897.083 (…)*
   Entrevista tomada el día 08/08/2016, por el servidor de la Policía Judicial Jorge Antonio García Borja.
4. *Psicóloga ADRIANA CAROLINA CABEZAS DÍAZ*
   Servicio de la Policía Judicial del CTI de la FGN (…)

---

[38] Páginas 99 al 100 cuaderno de pruebas oficio y audio -expediente digital.
[39]Páginas 99 al 100 cuaderno de pruebas oficio y audio -expediente digital.
[40] Página 24 al 30 cuaderno principal-expediente digital

Informe de investigador de campo 08/08/2016. Contiene la entrevista de LDOS en DVD

5. *JORGE ANTONIO GARCÍA BORJA (…)*
   Informe de investigador de campo 10/08/2016
   Informe sobre consulta web de la dirección Nacional de identificación (…)
   Registro Civil de nacimiento de LDOS (…)
   Informe de investigador de campo de 24/08/2016 (…)
6. *ANDRÉS ROJAS*
   Servidor de la Policía Judicial del CTI (…)
7. *JIVER SMITH ÁLVAREZ SÁNCHEZ (…)*
   Investigador de campo de 04/10/2016 (…)
8. *JHON OLIVER MUÑOZ MÉNDEZ (…)*

PENDIENTE

9. *Datos de servidor que adelante labores para obtener las copias del proceso administrativo de verificación y restablecimiento de derechos que adelanta la Comisaria de Familia de Rovira, a favor de DRGO y testigos y/o peritos que se conozcan dentro de este proceso administrativo.*
10. *Informe de psicología Forense. Instituto Nacional de Medicina legal y ciencias forenses de Ibagué. (…)"*

Luego, se evidencia que el conocimiento de este asunto, le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué; quien adelantó la etapa de juicio oral y el 14 de septiembre de 2017, emitió sentencia de carácter absolutoria[41].

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

De acuerdo a ello, conforme las pruebas antes relacionadas es posible inferir, en primer lugar, que el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años imputado a Deysinto Méndez Medina, en su momento tuvo respaldo en:

- Denuncia presentada por la Defensora de Familia del ICBF Centro Zonal del 5 de octubre de 2016[42]

"(…) Se recibe comunicación del HOSPITAL FEDERICO LLERAS ACOSTA ESE en donde ponen en conocimiento situación presentada con la adolescente LAURA DANIELA OYOLA SOGAMOSO de 16 años (…) quien se encuentra en estado de gestación.

SEGUNDO.- De conformidad con lo reportado por la trabajadora social del Hospital Federico Lleras Acosta, se solicitó al equipo interdisciplinario procedieran a efectuar las valoraciones, investigaciones e intervenciones que resultan pertinente. De igual manera, se efectúe VERIFICACIÓN DE DERECHOS, a favor de los niños afectado, y se realice entrevista en aras de indagar las razones de su problemática, sus necesidades, indagar sus derechos amenazados y/o vulnerados, conocer sus deseos y escucharlo (s) frente a cualquier otro tipo de situación.

---

[41] *Visto en las páginas 32 al 39 del cuadenro principal – expediente digital*
[42] Páginas 57 al 60 cuaderno pruebas de oficio-Expediente digital

(…)

En cuanto a la relación de la adolescente con el padre de su hijo manifiesta que inicio relación afectiva tipo noviazgo y actividad sexual a la edad de 12 años momento en el cual el joven contaba con 18 años de edad; por otro lado, la dinámica de la relación caracterizado por la presencia de conflictos, agresiones verbales y límites difusos, situación que da cuenta del ejercicio del rol paterno de manera difusa, generando vulneración de derechos en el niño Dylan Andrey Oyola debido a que el progenitor se ha mostrado resistente a iniciar el trámite de reconocimiento de paternidad.(…)

PRETENSIONES

PRIMERA.- Se adelanten las investigaciones (…) actuaciones tendientes a esclarecer los hechos puestos en conocimiento, en donde se reportan actos sexuales abusivos en contra de la adolescente LAURA DANIELA OYOLA SOGAMOSO (…)"

- Entrevista de la menor afectada, quien, según lo indicado por el Fiscal, en la audiencia preliminar de formulación de imputación y medida de aseguramiento, aseguró que:[43] *"(…) Que cuando estaba cursando 5º de primaria en su colegio llegó un muchacho de nombre Deysinto; luego salimos y volvimos a salir a escondidas de mi mamá, que esa oportunidad se vio con él en el salado tuvieron relaciones sexuales y lo vio normal porque no le vimos problema ni nada; luego de eso nos hicimos novios y empezamos una relación seria debido a que se lo contamos a mi mamá y ella lo aceptó. Refiere la menor que en ese noviazgo duró aproximadamente 1 año y luego se acabo porque peleaban mucho, luego duraron 1 año sin hablar, luego volvió y me busco(…) y volvimos a molestar así que fue así que quedo embarazada, en eso tuve relaciones con un señor que es el papá de mi hijo (…) que el menor en principio presentó confusión respecto de la paternidad de su hijo entre Diego Duque y Deysinto (…) Que Deysinto entre junio y julio del año 2012, pero que la primera relación la tuvo el 9 de febrero de 2012, la primera relación que para esa fecha ella tenía 12 años, (…) que también sostuvo relaciones cuando tenía 13 años, eso fue en el año 2013. (…) Que la relación que tuvo con Deysinto ocurrió en Modelia en un apartamento pequeño (…)"*

- Entrevista de la madre de la menor afectada, quien indicó que[44]: *"(…) conoció al señor Deysinto y que lo conoce hace como 4 años, lo distinguió por su hija ya que en esa época fue novia de ese señor pero todo a escondidas, que su hija estudiaba en el Topacio (…) sin embargo, la gente nos decía que tuviéramos mucho cuidado con mi hija porque al parecer andaba en malos pasos; yo le preguntaba a mi hija que si era cierto que tenía novio y negaba todo, hasta u día de tanto insistirle le dije que me diera el número de celular de Deysinto y ella me lo dio, fue cuando yo lo llame a él y le hice el reclamo, donde le dije que no tenía porque meterse con mi hija, ya que era una menor de edad que tenía 12 años, pero él le dijo que la quería mucho, que él no la iba a dejar, con el tiempo mi hija lo llevo a la casa y ahí fue cuando yo le dije que la podía visitar y que las visitas iban hacer controladas"*

[43] Según audio de la audiencia concentrada- Expediente digital
[44] Según audio de la audiencia concentrada- Expediente digital

Por tanto, es posible también verificar con lo antes transcrito que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en tal medida, se configuró el numeral 7º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004[45].

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, - acceso carnal abusivo en menor de 14 años -, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, específicamente, con una posible pena de 12 a 20 años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

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

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

Además, la propia versión de la menor en su momento constituyó un indicio grave de responsabilidad en contra del investigado penalmente, lo cual tuvo mayor incidencia frente a la solicitud del ente investigador para que fuere impuesta medida de aseguramiento y

---

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

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

que la misma, hubiese sido decretada por el Juez de Control de Garantías, independientemente, que adelantando el juicio oral, se considerara que no existía mérito para condenar al aquí demandante por los delitos endilgados, al no existir suficientes elementos de prueba que le permitieran establecer más allá de toda duda razonable su responsabilidad penal, por lo que se emitió sentencia de carácter absolutorio.

En este sentido, se reitera que atendiendo las circunstancias propias del presente caso, si existían serios indicios para endilgar responsabilidad penal en contra de Deysinto Méndez Medina, al momento que se decidiera sobre la procedencia de la imposición de la medida de aseguramiento en Establecimiento Carcelario, toda vez que se reunían los requisitos previstos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, no sólo para que se decretara la medida de aseguramiento, sino también para que se privara de su libertad, pues, aunque la víctima indicó en su interrogatorio que se trató de relaciones sexuales consentidas al considerar que se dieron dentro de lo que denominó una relación de noviazgo, según sus afirmaciones estas ocurrieron cuando tenía 12 años de edad, lo cual encaja dentro del tipo penal imputado.

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

> *"Para la Sala no es de recibo asociar las divagaciones del menor con un comportamiento delirante y fantasioso. No puede olvidarse que se trataba de un niño de escasos seis años. (…)* ***Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arropa el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferir, conforme al relato más consistente del menor, que [el demandante] quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño*** *(…) En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de la pruebas, [el demandante]* ***no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.***
>
> *(…)*
>
> *INTERES SUPERIOR Y PREVALENTE DE LOS NIÑOS / PRINCIPIO PRO INFANS*
>
> *[E]l estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal (…)* ***Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas*** *(…) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual "la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales", le impuso al Estado obligaciones,*

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

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

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

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

la Ley de infancia y adolescencia prohíbe expresamente la imposición de alguna otra medida no privativa de la libertad, y en tal sentido, se observa que en el caso concreto el actor fue privado de su libertad al haber sido señalado por una menor de edad de tener relaciones sexuales con ella, por lo que el juzgado procedió conforme a la ley.

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

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

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

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

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado[46], y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo,

---

[46] *"19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios."*

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

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

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

8. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la falta de acreditación de un daño antijurídico por la privación de la libertad, las pretensiones elevadas en la presente demanda, se negarán, tal como lo concluyó el *a quo,* por ello, se revocará la sentencia del 26 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, pero conforme a los argumentos expuestos en la presente decisión.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

10. OTRAS CONSIDERACIONES

La presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, de acuerdo a lo establecido en la Ley 2213 de 2022.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 26 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, y en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

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

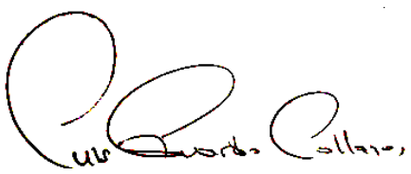
TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados[47],

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

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