

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CHOCÓ

SENTENCIA No. 80

Quibdó, dieciocho (18) de junio dos mil veintiuno (2021)

Expediente: NÚMERO: 270013333002201400583
Medio de Control: REPARACION DIRECTA
Demandante: CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA-OTROS
Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL –FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

MAGISTRADA PONENTE: NORMA MORENO MOSQUERA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, contra la sentencia No. 054 del 23 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, mediante la cual concedió las pretensiones de la demanda, y en tal sentido se resolvió:

“PRIMERO: DECLARNSE no probadas las excepciones propuestas por la Nación-Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARESE a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, administrativamente responsables de los daños causados a los demandantes como consecuencia de la PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD de que fue objeto el señor CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA, sufrida entre el 24 de noviembre de 2011 al 08 de abril de 2013 y según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, CONDENASE a la NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar en partes iguales (50% cada una), lo siguiente:

-Para el señor CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA (privado de la libertad) la suma equivalente NOVENTA (90) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.

-Para los señores JUAN DARIO MENDOZA CAICEDO Y MARINA CORDOBA CHAVERRA (padres del perjudicado directo) la suma equivalente a SETENTA 870) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, para cada uno.

-Para los señores LUZ MARINA CHAVERRA CORDOBA, ANA DOMINGA MENDOZA CÓRDOBA, PEDRO PABLO MENDOZA CORDOBA Y MARIA GRACIELA MENDOZA CORDOBA (hermanos del perjudicado directo) la suma equivalente a CUARENTA Y CINCO 845) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, para cada uno.

POR CONCEPTO DE LUCRO CESANTE CONSOLIDADO pagar al señor CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA, la suma de DIECIOCHO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS (\$18.150.000)

CUARTO: NIEGUENSE LAS DEMÁS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENESE en costas a las entidades demandadas, en partes iguales (50% cada una), las cuales serán liquidadas por secretaría y para tal efecto debe seguir el procedimiento establecido en los artículos 365 y 366 del C.G.P.

SEXTO: FIJENSE como agencias en derecho la suma equivalente SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL PESOS (\$738.000), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: Las entidades demandadas darán aplicación, a lo dispuesto en el artículo 192 y 195 del CPACA. Para su cumplimiento, expídanse copias autenticadas de la sentencia, con constancia de ejecutoria, a los demandantes, al Ministerio Público y a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN; conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y ss de CPACA, 114 del C.G.P. y 37 del Decreto 359 del 22 de febrero de 1995.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente previo las anotaciones de rigor". (Fls. 254-268)

I ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial; los señores **CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA, MARINA CORDOBA CHAVERRA, JUAN DARIO MENDOZA CAICEDO, ANA DOMINGA MENDOZA CORDOBA, PEDRO PABLO MENDOZA CORDOBA, MARIA GRACIELA MENDOZA CORDOBA, LUZ MARINA CHAVERRA CORDOBA**, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa consagrada en el artículo 140 del CPACA demandan contenciosa y administrativamente a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL, para que con audiencia y citación del Agente del Ministerio Público, previo los trámites de un proceso ordinario, se pronuncie mediante sentencia sobre las siguientes o similares:

Pretensiones.

En la demanda se formulan las siguientes:

Primera: Que se declare responsable administrativamente y patrimonialmente responsable a la NACIÓN FISCALIA GENERAL DE LA NACION por los daños causados al señor CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA y a su núcleo familiar, en razón de las privación injusta de libertad sufrida desde los días 24 de noviembre de 2011 hasta el 08 de abril de 2013.

Segunda: Condenar a la entidad demandada al pago de perjuicios materiales y morales.

PERJUICIOS MATERIALES: En favor de la víctima directa

Por LUCRO CESANTE: La suma de \$18.150.000

PERJUICIOS MORALES: Que se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales a la víctima directa y cada uno de los demandantes así:

Perjuicios morales para la víctima directa lo equivalente a (\$100) smlmv

Daño a la salud: La suma de (\$300) smlmv

Daño a la vida de relación: La suma de (\$300) smlmv

Para los padres y hermanos de la víctima por perjuicios morales la suma de (\$70) smlmv"

Hechos

Las pretensiones se fundamentan en las circunstancias fácticas que se resumen a continuación:

El día 24 de noviembre de 2011, la Fiscalía General de la Nación – Fiscal Séptima Local, solicitó la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, del señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, por la presunta comisión del delito de acto sexual violento con menor de 14 años, para lo cual el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Quibdó, impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramuros en la cárcel de Quibdó.

Agotado el trámite ante el Juez de Control de Garantías, se remite el proceso ante el Juez Segundo Penal del Circuito, quien luego de agotar las etapas propias del proceso decidió absolver al señor Mendoza Córdoba del delito de acto sexual violento con menor de 14 años y en consecuencia ordenó su libertad.

El señor Mendoza Córdoba estuvo recluido en la Cárcel Anayancy de Quibdó, en cumplimiento de la medida de aseguramiento impuesta por el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Quibdó, en calidad de sindicado, un (1) año, cuatro (4) meses y quince (15) días, comprendidos entre el 24 de noviembre de 2011 hasta el 08 de abril de 2013.

El día 03 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de lectura de la sentencia, mediante la cual el Juzgado de conocimiento resolvió absolver al señor Mendoza Córdoba del delito a él imputado, adquiriendo firmeza en dicha fecha, debido a que ninguna de las partes se opuso a la decisión.

A la parte actora se le ocasionaron perjuicios morales, psicológicos y económicos

El señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba laboraba en la empresa inversiones el Príncipe, se dedicaba a realizar oficios varios al interior de la empresa, de lo que obtenía mensualmente un ingreso de (\$1.100.000), con lo cual socorría sus necesidades básicas y ayudaba a su familia.

Fundamentos de derecho.

La parte actora funda la demanda en los artículos 90 de la Constitución Política, 140 de la Ley 1437 de 2011, 65 y 68 de la Ley 270 de 1996

Contestación de la demanda

El apoderado de la demandada **Nación- Rama Judicial** en su escrito de contestación expresa que no le constan los hechos y que los mismos deberán ser probados. En relación a las pretensiones sostiene que estas deben ser despachadas desfavorablemente.

Como razones de defensa indica que el actor en su demanda pide la reparación de un daño por la presunta privación injusta de su libertad y no existe evidencia que en tal hecho haya habido participación de la Rama Judicial, más concretamente de un Juez de la Republica.

No obstante haber sido un Juez que dictó la orden de captura, esta se fundamentó en los elementos traídos por la Fiscalía General de la Nación, apoyada en la investigación hecha por el Cuerpo Técnico de Investigación; lo cual generó en el Juez de control de garantías confianza para expedir la misma. Que ya en instancia del proceso penal se declaró la absolución del procesado en virtud del principio in dubio pro reo ante la falta de pruebas arrimadas por la Fiscalía. Que lo anterior no implica que las decisiones tomadas fueron arbitrarias. En virtud de lo anterior solicita se exonere a la entidad que representa de toda responsabilidad. (Fls. 153 a 159)

Por su parte la apoderada de la **Nación- Fiscalía General De La Nación** en su escrito de contestación de la demanda manifestó que se opone a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda por cuanto la actuación de la Fiscalía General se surtió de conformidad con la Constitución Política, especialmente lo consagrado en el artículo 250 constitucional y las disposiciones procedimentales y sustanciales vigentes, específicamente la Ley 906 de 2004. Dentro de las funciones asignadas a la entidad está la de solicitar medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías quien al analizar las pruebas resuelve sobre la viabilidad o no de la medida. Para solicitar la medida y formular acusación no es necesario tener plena prueba sobre la certeza de responsabilidad penal; que este grado de convicción solo se requiere para dictar la sentencia condenatoria.

Por lo anterior no se puede endilgar responsabilidad pues las actuaciones fueron conformes a derecho.

De conformidad con lo anterior se deberá declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva y la culpa de un tercero en tanto fue la misma comunidad del barrio la unión parte alta la que procedió a retener al sujeto cuando presuntamente estaba abusando de una menor, razón por la cual fue investigado penalmente y en este caso, se deberá dictar un fallo que deniegue todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Fls. 160 a 182)

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, en la sentencia apelada, concedió las súplicas de la demanda para lo cual indicó:

“Descendiendo al caso bajo análisis, el despacho pone de presente que, aunque en la sentencia absolutoria del 3 de septiembre de 2013 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó sostuvo que aplicó el principio del in dubio pro reo para absolver de responsabilidad penal al señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza, lo cierto es que, según ella misma, no fue posible establecer que éste cometió el delito que se le imputó.

Así, la situación descrita constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad, conforme a la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, esto es, que el sindicado no cometió el delito.

Entonces, la imposición de la medida de aseguramiento y la consiguiente restricción de la libertad de la cual fue objeto el señor CESAR ENRIQUE CORDOBA MENDOZA constituyen, a todas luces, un daño antijurídico, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculado se mantuvo intacta la presunción de inocencia que lo amparaba y que el Estado no desvirtuó.

Ahora bien, en cuanto a la imputabilidad del daño antijurídico alegado por los demandantes, en los eventos de privación injusta de la libertad dentro del marco normativo establecido por la ley 906 de 2004, el despacho hace suyo el pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 26 de abril de 2017¹ en el cual determinó que el mismo resulta atribuible tanto a la Fiscalía General de la Nación como la Rama Judicial-Dirección de Administración Judicial, en atención a los criterios de colaboración y asocio bajo los cuales se desarrolla la labor de instrucción e investigación dentro del proceso penal acusatorio.

Es preciso aclarar a las entidades demandadas, que, si bien actuaron en cumplimiento de las funciones de investigación y acusación que la Ley y la Constitución les confieren, también lo es, que, el Consejo de Estado ha considerado que la presunción de inocencia, principio universal contenido en la Constitución Política de Colombia y los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, milita a favor del sindicado desde el inicio de la investigación. Pues a juicio de la alta Corporación “es un contrasentido pensar que la presunción de inocencia sólo tiene vigencia una vez que el Estado ha despejado las “dudas” o se ha enredado en ellas, pues el artículo 29 constitucional enseña que “toda

¹ Sentencia proferida dentro del radicado No. 63001-23-31-000-2009-00240-01 (42592) MP. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (Sentencia del 27 de octubre de 2005, radicado 15.367 M.P María Elena Giraldo Gómez).

Así las cosas, es claro para el despacho que tanto la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como la NACIÓN-RAMA JUDICIAL, deberán responder solidariamente por los daños causados a los demandantes con la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor CORDOBA MENDOZA, pués quedó acreditado en el plenario, la actuación de ambas entidades dentro de la investigación y posterior proceso penal que se adelantó en su contra por el presunto delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, y que finalizó con su absolución”.

Con fundamento en lo anterior, el juez de la primera instancia declaró no probada la excepción propuesta por la Fiscalía General de la Nación; declaró a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación, administrativamente responsable de los daños causados a los demandantes como consecuencia de la Privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, sufrida entre el 24 de noviembre de 2011 al 08 de abril de 2013. En tal sentido las condenó a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero: Para el señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba la suma equivalente a 90 smlmv, para Juan Darío Mendoza Caicedo y Marina Córdoba Chaverra (padres del perjudicado directo) la suma de 70 smlmv, para los señores Luz Marina Chaverra Córdoba, Ana Dominga Mendoza Córdoba, Pedro Pablo Mendoza Córdoba y María Graciela Mendoza Córdoba (hermanos del perjudicado directo) la suma de 45 smlmv, para cada uno. Por concepto de lucro cesante consolidado al señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, la suma de \$18.150.000. (Fls.254-268)

Motivos de impugnación.

Los apoderados de las entidades accionadas en sus respectivos escritos de apelación indicaron lo siguiente:

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación en su escrito de apelación indicó que la entidad que representa en su actuar dentro de la investigación adelantada contra el señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 de la Constitución Política y demás disposiciones legales procedimentales penales vigentes para la época de los hechos. La medida de aseguramiento fue proferida por el Juzgado con funciones de control de garantías, quien está investido de todas las facultades necesarias para llegar a la verdad de los hechos.

De acuerdo con el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 del Código de Procedimiento Penal, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de Control de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por el ente investigador y su equipo, y decretar las que estime procedentes, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida a imponer.

En el presente caso, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme a los elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, de conformidad con el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 que dice: *“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(...)”.*

Sostiene la accionada que de conformidad con lo anterior está dentro de la discrecionalidad del juez de control de garantías decretar o no la medida de aseguramiento, y asimismo se entiende que la solicitud de la fiscalía no lo obliga.

Por lo anterior considera que la Fiscalía General de la Nación no es responsable de la privación injusta de la libertad del señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza.

Frente a la indemnización de perjuicios-lucro cesante, manifiesta lo siguiente: “(...) *considerar la condena realizada de los perjuicios materiales en el concepto de lucro cesante del 25% de prestaciones sociales y 8.75 meses, puesto que los reconocimientos en la sentencia son a título de indemnizaciones mas no de derechos laborales; aunado a ello, dicha indemnización fue a título de presunción, ya que dentro del proceso está probado que el señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza al momento de la privación de la libertad desempeñaba una actividad económica productiva y no laboral*”.

Finalmente solicita revocar la condena en costas proferida por el a quo, toda vez que no están probados los presupuestos dispuestos en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 y en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En el presente caso la Fiscalía General de la Nación no actuó temerariamente, ni de mala fe, en tanto se desarrolló conforme lo prescribe el artículo 6° de la Constitución Política, es decir, con apego al principio de legalidad y sin extralimitación de las funciones.

Por todo lo anterior solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, dictando en su lugar la que en derecho deba reemplazarla por cuanto se excluye totalmente la noción de detención injusta, así como error judicial, y en consecuencia el daño que pudo sufrir el sindicado. Del mismo modo declarando la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación-Fiscalía General de la Nación. (Fls. 276-283)

La apoderada de la Rama Judicial en su escrito de apelación indicó que la primera instancia al momento de definir no analizó aspectos determinantes tales como:

- El Demandante fue hallado en lugar de los hechos, en circunstancias que ameritaban su investigación por el estado y su aprehensión en el centro carcelario, debido a que fue hallado en condiciones de flagrancia.
- La conducta objeto de investigación era un delito donde intervenía una menor de 6 años y frente a estas conductas el ordenamiento penal, es deber del Estado investigar y tomar las medidas necesarias frente a los derechos de los niños para garantizar y su integridad física y psíquica, y protegerlos, en tanto estos derechos están por encima de cualquier otro derecho, y ante la indefensión de los menores, el Estado estaba obligado a tomar estos correctivos que fueron tomados en el caso donde resultó involucrado penalmente el señor Cesar Enrique Mendoza.
- Que la misma conducta fue tan reprochable que la misma comunidad, quiso tomar venganza por sus propias manos.
- La juez de primera instancia analizó el caso desde el punto de vista objetivo para responsabilizar a la Nación, y en estos casos, no se puede analizar desde el punto de vista objetivo, sino que intervienen unos elementos subjetivos imperantes como es el caso de una menor de edad, de allí que el ordenamiento jurídico ha agravado el quantum punitivo, debido a la importancia del delito.
- Frente a los perjuicios a resarcir, la primera instancia se fue a los topes máximos como si las entidades fueran obrando con dolo o mala fe, olvidándose que tanto la Fiscalía como la Rama Judicial, estaban actuando en cumplimiento de un deber legal.
- A la Rama Judicial le asiste la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que su obrar estuvo en marcado dentro del procedimiento legal, pues en ningún momento el fiscal de la causa solicitó absolución o preclusión de la acción penal, sino que mantuvo su decisión de seguir con el proceso penal hasta la etapa de juicio oral, situación ésta ajena a la Rama Judicial.

Por lo anterior solicita revocar la sentencia de primera instancia. (Fls.284-287)

Trámite ante la segunda instancia.

Mediante auto Interlocutorio No.0780 del 19 de septiembre de 2017 la magistrada Mirtha Abadía Serna se declaró impedida. (Fl. 320)

El 30 de enero de 2018 mediante auto Interlocutorio No. 33, el Tribunal calificó y aceptó el impedimento manifestado por la mag. Mirtha Abadía Serna. (Fls. 323-324)

A través de auto Interlocutorio No. 427 del 30 de mayo de 2018 se admite el recurso de apelación interpuesto por las entidades accionadas en contra de la sentencia No. 054 del 23 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó. (Fl. 326).

Por medio de auto Interlocutorio No. 616 del 13 de agosto de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emita su concepto de fondo. (Fl. 330)

Alegatos de conclusión.

En esta etapa procesal ni las partes ni el Ministerio Público se pronunciaron.

II PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

2.1 Competencia.

El Tribunal es competente para desatar la alzada con fundamento en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone:

“ARTICULO 153. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN SEGUNDA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos (...).”

Respecto a los límites de la decisión de segunda instancia, el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 25 de marzo de 2015, C.P. Dr. HERNAN ANDRADE RINCON, expediente 41001-23-31-000-1999-00435-01 (28425) dijo:

“Para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo².”

Así las cosas, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, se circunscribirá exclusivamente al estudio de los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, en concordancia con el artículo 328 del C.G.P., aplicable al caso concreto por el artículo 306 del CPACA, y la jurisprudencia citada.

En aras de garantizar la seguridad e intimidad de la menor en este proceso, el nombre será reemplazado por xxxx

2.2 Oportunidad del medio de control

La caducidad es la sanción que consagra la ley por el ejercicio tardío del derecho de acción, esto es, la desatención de los plazos y términos definidos en el ordenamiento jurídico para la presentación oportuna de la correspondiente demanda. Además, se trata de un presupuesto procesal que puede ser declarado de oficio, inclusive.

² Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso.” (Negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en relación al término de caducidad para el ejercicio del medio de control de reparación directa, en el artículo 164, literal i), dispone:

*“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: (...) 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...) i) **Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia**”.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado, tiene establecido que el término de caducidad del medio de control de reparación directa, cuando se debate la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es de dos (2) años, que empiezan a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la decisión penal que: 1) absolvió al acusado o 2) cesó el procedimiento contra él o 3) declaró la preclusión de la investigación penal, puesto que es el momento en que se consolida el daño antijurídico a reclamar³.

El medio de control de reparación directa estaba vigente al momento de presentación de la demanda, pues de conformidad con las pruebas arrojadas al proceso, se encuentra acreditado que la sentencia absolutoria fue proferida el 3 de septiembre del 2013 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Quibdó, sin que se presentara recurso de apelación en su contra, por lo que quedó en firme en dicha fecha. Por tanto, la oportunidad para presentar la demanda de reparación directa vencía el 4 de septiembre de 2015, y como se interpuso el día 17 de julio de 2014 (fl. 146), ha de entenderse que la demanda fue presentada dentro del término de dos años previsto en el numeral segundo, literal i del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Se advierte además que la parte actora agotó el requisito de conciliación prejudicial, habida consideración que presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 41 Judicial II Para Asuntos Administrativos, el 17 de enero de 2014, y esta se celebró el día 28 de febrero de 2014, declarándose fallida. (Fls.17-19)

2.3. Legitimación para la causa

Las personas titulares del interés jurídico que se debate en este proceso son Cesar Enrique Mendoza Córdoba, como sujeto pasivo de la privación de la libertad, y cada uno de los miembros de su núcleo familiar como se pasa a estudiar:

Enrique Mendoza Córdoba es hijo de Juan Darío Mendoza Caicedo y Marina Córdoba Chaverra, y a su vez hermano de Luz Marina Chaverra Córdoba, Ana Dominga Mendoza Córdoba, Pedro Pablo Mendoza Córdoba y María Graciela Mendoza Córdoba, según el registro civil de nacimiento de cada uno (fls. 20-24), por lo que estos demandantes se encuentran legitimados en la causa por activa.

Sobre la **legitimación en la causa por pasiva**, la Sala observa que el daño que se invoca en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que corresponden a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, de manera que la Nación se encuentra legitimada por pasiva en este asunto y

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de marzo de 1993, rads. 7407-7399, auto del 2 de febrero de 1996, rad. 11.425, auto del 14 de agosto de 1997, rad. 13.258, autor del 24 de septiembre de 1998, rad. 13.626, sentencia del 18 de octubre de 2000, rad. 12.228, auto del 2 de noviembre de 2000, rad. 17.964 y sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 13.392, Mas recientemente en SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020) Radicación número: 18001-33-31-001-2011-00386-01(59732) Actor: DAGOBERTO PLAZAS RODRÍGUEZ Y OTROS Demandado: LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, entre otras.

que, el Fiscal General y el Director Ejecutivo de Administración Judicial, o sus delegados, están llamados a ejercer el derecho de contradicción y defensa en su representación.

III CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico:

Se contrae a establecer si La NACION FISCALIA GENERAL DE LA NACION – RAMA JUDICIAL, son administrativamente y extracontractualmente responsables de los daños sufridos por el señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza y a su núcleo familiar, en razón de la privación injusta de libertad sufrida los días 24 de noviembre de 2011 hasta el 8 de abril de 2013, en virtud de la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario dictada por la Fiscalía Séptima Local de Quibdó por la presunta comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

Para dar respuesta al problema planteado se hace necesario el siguiente análisis.

2. Generalidades.

La Privación Injusta de la Libertad como fundamento de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

En cuanto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –anterior Código de Procedimiento Penal– y de la Ley 270 de 1996.

El Honorable Consejo de Estado, en providencia del 27 de septiembre de 2018, C.P. Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, expediente 76001-23-31-000-2002-03989-01 (40112), respecto de la responsabilidad del Estado, por privación injusta de la libertad, dijo:

*“[C]uando una persona privada de la libertad era absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último quedaba libre en aplicación de la figura del in dubio pro reo, se configuraba un evento de detención injusta y, por tanto, procedía la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado (...) en sentencia del 15 de agosto del presente año, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó dicha posición y dispuso que, **en esos casos, esto es, en aquellos en los que el juez penal o el órgano investigador levante la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encuentre 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, es necesario hacer el respectivo análisis de responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, es decir, identificar la antijuridicidad del daño.** (...) se torna imprescindible para el juez verificar, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad participó o incidió en la generación del daño alegado, es decir, si el demandante actuó 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. Para el efecto, acudió al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que dispone que 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. En caso de que no se halle 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 patrimonial 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”.*

Se colige de lo anterior que por el solo hecho que a una persona se le imponga una medida de aseguramiento y el proceso penal termine con sentencia absolutoria, no significa que el Estado sea responsable patrimonialmente, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, es generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. Le corresponde al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó o no de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas. En los eventos de responsabilidad estatal y la aplicación del *in dubio pro reo*, se debe verificar si al momento de la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, existían pruebas que permitieran vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

En aplicación de la jurisprudencia en cita, el Tribunal en aras de determinar si en el caso bajo examen la responsabilidad del Estado se encuentra comprometida, hará un estudio para establecer la antijuridicidad del daño alegado.

3. Pruebas

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas documentales:

- Registro Civil de nacimiento de Cesar Enrique Mendoza Córdoba, Luz Marina Chaverra Córdoba, María Graciela Mendoza Córdoba, Ana Dominga Mendoza Córdoba y Pedro Pablo Mendoza Córdoba. (Fls. 20 a 24)
- Constancia Laboral del señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba – Inversiones El Príncipe. (Fl. 25)
- Certificado de Registro Mercantil – Inversiones El Príncipe. (Fl. 26 vuelto)
- Certificación expedida por el INPEC. (Fl. 27)
- Copia del proceso penal. (Fls. 28 a 142)

En cuanto al material probatorio allegado al expediente en copia simple, se valorará conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo Estado, del 28 de agosto de 2013, que ha indicado que es posible apreciar las copias si las mismas han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes, conforme a los principios de la buena fe y lealtad que deben conducir toda la actuación judicial.

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, en la sentencia de unificación, argumentó:

“La Sala insiste en que -a la fecha- las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 -estatutaria de la administración de justicia-. En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las

*pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad. (...)*⁴.

4. Régimen de Responsabilidad.

En la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, expediente 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). El Consejo de Estado dijo respecto de la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad:

“En una primera etapa la Sala sostuvo que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene toda autoridad jurisdiccional de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso y sin que resultare relevante el estudio de la conducta del respectivo juez o magistrado, a efecto de establecer si la misma estuvo acompañada de culpa o de dolo^[233]. Bajo este criterio, la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, ordenada con el lleno de los requisitos legales, se tenía como una carga que todas las personas tenían el deber jurídico de soportar^[234].

Más adelante, en una segunda dirección, se indicó que la carga procesal de demostrar el carácter injusto de la detención con el fin de obtener la indemnización de los correspondientes perjuicios –carga consistente en la necesidad de probar la existencia del error de la autoridad jurisdiccional en el cual habría incurrido al ordenar la medida de aseguramiento privativa de la libertad– fue reducida solamente a los casos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal se hubiere producido con apoyo en circunstancias o en argumentos diferentes de los tres supuestos expresamente mencionados en la segunda frase del multicitado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991^[235], pues en relación con los tres eventos señalados en esa norma se estimó que la ley había calificado de antemano que se estaba en presencia de una detención injusta^[236], lo cual se equiparó a un tipo de responsabilidad objetiva, en la medida en que no resultaba necesario acreditar la existencia de una falla del servicio^[237].

En tercer término, tras reiterar el carácter injusto atribuido por la ley a aquellos casos enmarcados dentro de los tres mencionados supuestos expresamente previstos en el artículo 414 del hoy derogado Código de Procedimiento Penal, la Sala añadió la precisión de que el fundamento de la responsabilidad del Estado en tales tres eventos no derivaba de la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino de la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo^[238], de suerte que tal conclusión se adoptaría independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión judicial o de la actuación estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa^[239].

*Finalmente y en un cuarto momento, la Sala amplió la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente con base en un título objetivo de imputación, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, **del principio in dubio pro reo**, de manera*

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022, MP. Enrique Gil Botero. Reiterado en la sentencia del 28 de agosto de 2014, P. dr, Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, entre otras

tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la respectiva medida de aseguramiento-”.^[240] (La negrilla es del texto original).

El Honorable Consejo de Estado, en providencia del 29 de octubre de 2018, C.P. Dra. MARÍA ADRIANA MARÍN, expediente 41001-23-31-000-2002-00669-01 (52749), al determinar el régimen de responsabilidad aplicable en los casos de responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad precisó:

“Desde hace varios años la Sección Tercera ha venido sosteniendo que en los casos en que una persona es detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recupera la libertad, bien porque resulta absuelta (bajo los siguientes supuestos: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de delito), también en aplicación del principio in dubio pro reo, inmediatamente surge un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado debe reparar. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, torna injusta la privación. Se trataba, pues, de la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, que, como se sabe, estaba desprovisto del análisis de si la conducta del agente que intervino en la causación del daño, cuya reparación se solicita, estaba conforme o era contraria a derecho. Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue recogido recientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, pues ello implicaría una reparación automática de los perjuicios, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. Como sustento de la nueva tesis jurisprudencial, en síntesis, la Sala Plena de la Sección Tercera indicó (i) que el derecho a la libertad no es absoluto y, por ende, puede limitarse de forma legítima, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la ley para tal fin, y (ii) que las medidas preventivas de privación de la libertad también son constitucionales y tienen carácter estrictamente cautelar, mas no punitivo, por lo que no riñen con el principio de presunción de inocencia, el cual, de hecho, se mantiene intacto mientras la persona investigada no sea condenada, tal como lo ha entendido la propia Corte Constitucional. Entonces, si la autoridad judicial puede restringir legítimamente el derecho a la libertad, mediante la adopción de una medida preventiva de origen constitucional que, como se vio no afecta la presunción de inocencia, para que pueda hablarse de daño antijurídico y endilgársele responsabilidad al Estado, es indispensable constatar, en primer lugar, si tal decisión se encuentra ajustada a derecho (...). Es preciso advertir que, sin importar el régimen o título de imputación aplicable al caso concreto, es necesario considerar la presencia de una causa extraña que exonere de responsabilidad al Estado, de tal manera que, en los eventos de privación de la libertad, el juez deberá verificar, sin excepciones, “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”. En conclusión, se debe advertir que el daño no es antijurídico cuando la víctima actúa con dolo o culpa grave. En caso de que sea imputable al Estado, deberá valorarse si la actuación configura una falla del servicio y, en el evento de que la actuación sea legal, deberá el juez justificar la adopción de un criterio objetivo, en cada caso concreto”. (Subrayado del Tribunal)

Siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, procederá analizar el régimen de responsabilidad aplicable en el presente caso, para ilustración transcribimos lo pertinente de a sentencia del 9 de octubre de 2020, de la Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00990-01 (52133), Actor: GABRIEL ERNESTO ARANGO BACCI Y OTROS:

23. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018⁵ 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.

Lo anterior teniendo en cuenta pronunciamiento más reciente la misma Corporación que indicó lo siguiente:

“Posteriormente, la Corte Constitucional expidió la sentencia SU 072/18⁶, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad. En esta precisó que ni en el artículo 90 de la Constitución Política, ni en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que prevé la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, ni en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada de ese artículo, se estableció un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad⁷, pero consideró que, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerarse si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de <<razonabilidad, proporcionalidad y legalidad>>⁸. Por último, agrega la sentencia citada, en todos los casos debe considerarse la culpa exclusiva de la víctima¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señaló que en dos eventos de los considerados en la jurisprudencia del Consejo de Estado resultaba factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, concretamente, en aquellos en los cuales la decisión penal culminaba con la declaración de que el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, porque, a su juicio, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que <<el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos>>¹¹.

A diferencia de los dos eventos anteriores, para la Corte, las absoluciones motivadas

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

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷ *Ibidem*. Acápites 117 y 118.

⁸ Más adelante señala: <<112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento (...)>>.

⁹ *Ibidem*. Acápites 104. Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] definen la actuación judicial, no el título de imputación (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares”.

¹⁰ *Ibidem*. Acápites 124.

¹¹ *Ibidem*. Acápites 105.

en que el procesado no cometió el delito, o en la aplicación del principio in dubio pro reo, o cuando concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma¹² y, por tanto, el juicio de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de la medida de aseguramiento que se les imponga debe estar motivado en una valoración sobre la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada, además, siempre se habrá de establecer si el imputado o sindicado, con su conducta dolosa o gravemente culposa, dio lugar a la medida de privación de la libertad¹³.

De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad originada en el contexto de un abuso sexual con menor de edad.

El. H. Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de referirse al tema, en diferentes oportunidades, así, por ejemplo, en providencias de 14 de diciembre de 2016¹⁴ y 29 de abril de 2020¹⁵, entre otras, hizo un análisis sobre este tipo de violencia infantil y el deber que tienen las autoridades judiciales de investigar y sancionar con un enfoque especial, y con perspectiva de **género** este tipo de asuntos.

En esas oportunidades precisó que en ese tipo de eventos, cuando están involucrados sujetos merecedores de especial protección constitucional o convencional, es menester estudiar con mayor exigencia la conducta del procesado, y correlativamente no aplicar reglas de la generalidad de los casos, sino, ajustar el procedimiento penal ordinario y las actuaciones de los operadores jurídicos teniendo en cuenta la condición de sujetos vulnerables y de especial protección que en tales casos se encuentran involucrados los menores de edad en calidad de víctimas.

En las citadas providencias, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo hizo importantes precisiones sobre:

! La diferencia entre responsabilidad administrativa y responsabilidad penal y la valoración de la conducta del sindicado en el análisis de responsabilidad extracontractual del Estado¹⁶.

¹² Ibidem. Acápito 106.

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 70001-23-31-000-2008-00069-01(48062) Actor: ÁGUEDA CARLOTA MOJICA HERRERA Y OTROS Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B. Radicación: 17001-23-31-000-2008-00305-01 (42615) CP. Ramiro Pazos Guerrero, de catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Caso donde se imputó acto sexual con menor de catorce años.

¹⁵ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C en proceso con radicado N° 18001-33-31-001-2011-00386-01(59732) del 29 de abril de 2020. Caso en el que se imputa el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

¹⁶ *Entiende la Sala y sobre ello ninguna discrepancia postula, que la presunción de inocencia en la vista penal, es el baluarte, a la vez que la barrera infranqueable que no se puede socavar ante cualquier atisbo de duda, razón que explica cabalmente una decisión absolutoria. Esa presunción de inocencia queda definida de manera irremovible y su peso queda depositado por exclusivo en los fines del proceso penal, a los cuales esta jurisdicción no tiene nada distinto que decir o agregar. No obstante, al quedar la presunción de inocencia excluida del objeto que corresponde a esta jurisdicción, no puede asumirse inoponible a otros principios, que dentro del sistema jurídico –visto como un todo- cobran protagonismo (...) De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en*

Aquí¹⁷ precisó que, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima deben considerarse principios constitucionales de gran importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio *pro infans*, el interés superior de los menores, entre otros.

ii Del interés superior prevalente de los niños y las presunciones de riesgo. En tal sentido se refirió al principio **Pro Infans**, para precisar que dentro del marco constitucional convencional y del derecho internacional de los derechos humanos de los derechos del niño, el **abuso** y la explotación **sexual de niños y niñas, constituyen una violación de carácter grave**¹⁸.

iii **Las medidas especiales** de protección de los menores de edad, en el marco de la violencia sexual, *delitos sexuales contra menores de edad*, y las medidas para evitar la revictimización¹⁹. Dentro de dichas medidas, el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia²⁰, ha indicado, entre otras, las siguientes:

cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros. Más aún, el estándar de valoración de dichos principios, impone a la Sala el deber de realizar dentro del marco normativo correspondiente, una estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos. Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B. Radicación: 17001-23-31-000-2008-00305-01 (42615) CP. Ramiro Pazos Guerrero, de catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B. Radicación: 17001-23-31-000-2008-00305-01 (42615) CP. Ramiro Pazos Guerrero, de catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Caso donde se imputó acto sexual con menor de catorce años.

¹⁸ *Ibidem: [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. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con el alcance del dolo civil, cita sentencia de 1 de agosto de 2016, Exp. 42376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.*

¹⁹ “[C]omoquiera que los casos donde están involucrados menores de edad en calidad de víctimas, siguen manejándose por parte de los funcionarios judiciales bajo premisas “ad dictum simpliciter”, es decir, aplicándose para ellos reglas de la generalidad de los casos, sin tener en cuenta que su condición de sujetos vulnerables y de especial protección, amerita no solo un tratamiento particular sino, además, especialísimo, al cual debe ajustarse el procedimiento penal ordinario y, por sobre todo, las actuaciones de los operadores jurídicos a cuyo cargo correspondan tan delicados casos; en esta oportunidad, la Sala exhortará a la Fiscalía General de la Nación para que se fortalezcan y mejoren los procesos y procedimientos investigativos cuando existan menores víctimas de abusos y agresiones sexuales, con el fin de reducir tanto los niveles de impunidad como los eventos de revictimización (...) [E]l ICBF como órgano rector del sistema de Bienestar Familiar, en su capítulo de protección a los niños, niñas y adolescentes, deberá concretar la ubicación del menor, a partir de los datos que reposan en el expediente, los cuales serán informados por la Secretaría de esta Corporación junto a la remisión del exhorto, en la medida que por razones de protección, el nombre del menor quedó excluido de mención en la presente providencia. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con las medidas de aplicación especial en investigaciones penales por delitos contra menores, cita sentencia de la Corte Constitucional T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva”.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

A. “en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género”. y

B. “en el contexto de las investigaciones penales, (...) **dar credibilidad a las declaraciones de los menores**, pues no de otra manera se evitaría su revictimización”.

21

C. “estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos”.

iv Las medidas de prevención y sanción, en el marco de la violencia sexual contra niños. En tal sentido se deben incrementar en forma imperativa las exigencias de conducta, siendo, por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as²².

v De la transparencia de la decisión judicial en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, y el daño antijurídico, por privación injusta de la libertad. En el marco de este deber, la autoridad judicial, está llamada a impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia²³.

Por lo anterior, considera la Sala prudente analizar si el daño que se reclama, el cual se derivó de la privación de la libertad de que fue objeto el señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, es o no antijurídico, ello a la luz del artículo 90 de la constitución política y los principios constitucionales de gran importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, tales como, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, y el interés superior de los menores.

²¹ “[L]os lineamientos trazados en este acápite de la motivación no pretenden agotar el estudio de las causas de antijuridicidad de este tipo de daño, y su objeto se reduce a mostrar el tipo de razones que deben exponer en cada caso la autoridad judicial, para cumplimiento del principio de transparencia que debe honrar la decisión judicial en la materia, tanto como del deber de impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia”. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C en proceso con radicado N° 18001-33-31-001-2011-00386-01(59732) del 29 de abril de 2020.

²² “Las medidas para prevenir la violencia sexual contra niños/as, si bien, han ido copando las distintas actividades de la agenda pública y social, siguen sin estar al nivel de la exposición real y la amenaza. En Colombia, el panorama de violencia sexual contra menores no permite otra cosa para las autoridades que mantenerse en constante preocupación y vigilia (...) Esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto de violencia sexual contra menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que por cifras es diciente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as. LA VIOLENCIA SEXUAL APAREJA DIVERSOS COMPORTAMIENTOS NO SIEMPRE CONTRASTABLES POR OTRAS FUENTES QUE NO SEAN LA PROPIA VÍCTIMA Y NO POR ELLO DEJAN DE CONSIDERARSE GRAVES, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones. NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema ver sentencia de 1 de agosto de 2016, Exp. 42376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero”.

²³ “[L]os lineamientos trazados en este acápite de la motivación no pretenden agotar el estudio de las causas de antijuridicidad de este tipo de daño, y su objeto se reduce a mostrar el tipo de razones que deben exponer en cada caso la autoridad judicial, para cumplimiento del principio de transparencia que debe honrar la decisión judicial en la materia, tanto como del deber de impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia”. Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C en proceso con radicado N° 18001-33-31-001-2011-00386-01(59732) del 29 de abril de 2020.

Caso concreto

La Juez Segundo Penal del Circuito de Quibdó, absolvió al señor Cesar Enrique Torres Palacios, del delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años, en la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2013, en aplicación del principio *in dubio pro reo* por falta de prueba para condenar.

Existencia del daño.

De conformidad con las pruebas allegadas al proceso, advierte la sala que el perjudicado directo, señor Cesar Enrique Torres Palacios, estuvo privado de su libertad desde el 24 de noviembre de 2011 hasta el 08 de abril de 2013, es decir, 1 año, 4 meses y 15 días, equivalentes a 495 días. (Fl. 27)

Análisis de la legalidad de la medida

Con las pruebas presentes en el proceso, se encuentra **acreditado lo siguiente:**

Que el día 24 de noviembre de 2011 la Fiscalía Séptima Local de Quibdó solicitó audiencia preliminar de legalización de la captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, respecto del señor Cesar Enrique Córdoba Murillo, por la presunta comisión del delito de acto sexual con menor de 14 años. Fecha para la cual fue impuesta la medida de detención preventiva intramuros²⁴, y fue expedida por parte del Centro de Servicios Judiciales, boleta de detención N° 31 dirigida al Director de la Cárcel Anayancy de Quibdó²⁵.

En audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, celebradas el 24 de noviembre de 2011 el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de Garantías Ambulante con sede en Quibdó, indicó lo siguiente:

“PRIMERA PETICIÓN LEGALIZACIÓN DE CAPTURA.

Instalada como se encuentra audiencia la suscrita juez le concede el uso de la palabra al (sic) Sra. Fiscal, para que sustente la primera petición de Legalización de captura del indiciado quien sustento la primera petición (tal como obra en audio)se le corre traslado de las evidencias físicas a la señora Defensora Pública y a la judicatura. Una vez sustentada la petición de legalización de captura, se le concedió el uso de la palabra a la abogada defensora quien no presentó objeción alguna. Tal como consta en audio.

DECISIÓN DEL JUEZ: Presentados los argumentos de la fiscalía y corridos en traslado los elementos materiales probatorios, el despacho procede a impartir legalidad formal y material al procedimiento de aprehensión efectuada en fecha y hora indicadas, por la Fiscalía Séptima Local en contra de el señor CESAR ENRIQUE CÓRDOBA MENDOZA, identificado con la C.C. No. 1.149.434.684 de Quibdó-Chocó indiciado por el delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO COM MENOR DE 14 AÑOS. Lo anterior con fundamento em lo normado en el artículo 301 numeral 1° del C.P.C. Modificado por el Art. 57 de la ley 1453 de 24 de junio de 2011, por haberse presentado la captura em condiciones de flagrancia delictual, haber sido dejado a disposición de esta Juez de Control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguiente aprehensión y se ha verificado que se le respetaron sus derechos y garantías. Se deja expresa constância que esta captura se legalizó siendo las 7:20 p.m

NOTIFICACIÓN EN ESTRADO: los sujetos procesales manifiestan estar acorde con la decisión.

AUDIENCIA PRELIMINAR DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN:

²⁴ Código Único de la Investigación 270016001100201102376, dentro del proceso penal se solicitó audiencia preliminar para: *Legalización de captura* 2. Formulación de Imputación y 3. Solicitud de medida de aseguramiento, contra Cesar Enrique Córdoba Mendoza, por el delito de acto sexual violento con menor de 14 años. (Fls. 28-35).

²⁵ Fl. 35

La señora Juez le concede el uso de la palabra al señor Fiscal para que haga y sustente la solicitud de formulación imputación y el señor Fiscal sustento fáctica y jurídicamente la misma. (Se deja constancia en audio).

La Fiscal le imputó la autoría del delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS. De que trata el Art. 209 de nuestra cartilla de penas. Sancionado con una pena mínima de 9 años y meses y en el máximo de 13 años de prisión.

Antes de decidir la Juez le pregunta si entendió los cargos que la Fiscalía le imputó. Manifestando el imputado que sí entendió los cargos que le fueron imputados. (...) Se reanuda la audiencia y la señora juez lo interroga si es su deseo allanarse o no a los cargos que la Fiscalía le imputa y este manifestó que NO SE ALLANA A LOS CARGOS IMPUTADOS.

DECISIÓN DEL JUEZ: La suscrita juez procede a leerle el contenido del artículo 8 de la Ley 906 de 2004, sobre los derechos que le asisten, especialmente le hace saber que a partir de este momento adquiere la calidad de imputado, que se interrumpe el término de prescripción, y sobre la prohibición de transferir o enajenar bienes inmuebles sujetos a registro hasta por el lapso de seis (6) meses.

Así las cosas y por reunirse las exigencias de los artículos 288 y 289 del C.de P. Penal, la Juez le impartió aprobación a la formulación de imputación de los cargos hechos por la Fiscalía al señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza, (...) como presunto autor del delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS. De que tratan respectivamente los art. 209 de nuestra cartilla de penas.

NOTIFICACIÓN EN ESTRADO contra esta decisión no procede recurso alguno por ser un acto de mera comunicación.

AUDIENCIA DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:

Se le concede el uso de la palabra a la Fiscalía para que sustente su petición quien manifestó que solicita la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad en Establecimiento Carcelario Art. 307 literal A (se dejó constancia en audio), se corre traslado de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas a los sujetos procesales. Se le concedió el uso de la palabra a la Defensora Pública, para que se refiera a la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, quien manifiesta que el señor Cesar Enrique Córdoba, que es una persona analfabeta vive en condiciones especiales tiene Buenos antecedentes que deja constancia de esto (se dejó constancia en audio).

DECISIÓN DEL JUEZ: Una vez escuchadas las partes el Despacho considera que de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recogidas se puede inferir razonablemente que el señor CESAR ENRIQUE CORDOBA MENDOZA, violó nuestra cartilla de penas vulnerando el derechos a la integridad y formación sexual de la menor xxxx por lo que la medida de aseguramiento de detención es la que se debe imponer dado la gravedad del hecho y por cuanto el delito lo amerita siendo esta la medida razonable necesaria y proporcional, por ello se profiere MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA, como presunto autor del delito de ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS, de que trata el Art 209 del C.P. y por darse los parámetros de los 308, 309, 310, 311, 312 de C.P.P. Em consecuencia líbrese la correspondiente boleta de detención al centro Carcelario de esta localidad en contra del señor CESAR ENRIQUE CORDOBA MENDOZA. (...).

El 22 de diciembre de 2011, la Fiscal Primera Seccional CAIVAS, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Quibdó presentó escrito de formulación de acusación contra Cesar Enrique Córdoba Mendoza. (Fls. 36-43). En este escrito se lee:

"HECHOS

Ocurrieron el 23 de noviembre de 2011, aproximadamente a las 8 de la mañana, en el barrio La Unión parte alta. Los jóvenes EIMER MOSQUERA HINESTROZA y JORGE TORRADO PIZARRO, se dirigían a la casa de habitación de la menor xxxx, de 6 años de edad, con el fin de buscar al hermano de ésta de nombre Yovanny, pero cuando llegaron al inmueble, escucharon el llanto de la niña y en el área destinada para la cocina observaron al señor CESAR ENRIQUE CORDOBA

MENDOZA con los pantalones abajo sentado en una silla, tenía a la menor al frente. Estos le preguntan a la menor porque lloraba y ella, señalándoles sus genitales, les informa que el señor le estaba metiendo el dedo. Inmediatamente lo aprehenden, el agresor les ofrece la suma de mil pesos para que lo dejen ir, en el entretanto se subió los pantalones que según los antes citados los tenía a media pierna. Luego llaman a la Policía, en ese interregno miembros de la comunidad quienes se agruparon, alcanzaron a agredirlo en el pómulo derecho. Los uniformados le dan a conocer sus derechos, según el art. 303 del C.P.P. y lo ponen a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía.

ACTUACION DE LA FISCALIA:

En desarrollo de los actos investigativos fue escuchada en entrevista la menor xxxx, a través de personal especializado, en presencia del señor Defensor de Familia y en su lenguaje expuso que se encontraba en su casa desayunando arroz con huevo y llegó Cesar y le metió el dedo en el pan y llegaron los vecinos le dieron con palos y lo llevaron para la cárcel.

Igualmente fue sometida a reconocimiento médico legal, el que practicó el Dr. ERWIN JHONNY MENA MAYO, del Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses Regional Chocó, allí en el aparte de la anamnesis, la menor relata que estaba en su casa afuera y llegó un señor y le quitó la ropa (interiores) y le metió el dedo en el pan (señala el área genital) ahí lo vio un pelado se iba a volar y los vecinos le dieron duro.

El examen Genital arrojó que presenta himen anular íntegro, no elástico lo cual indica que no ha sido desflorado, **pero que dichos hallazgos negativos a nivel himeneal, no descartan la manipulación erótico sexual reciente, ya que esta puede no dejar huellas sobre la superficie corporal.**

Se escuchó en entrevista al joven EIMER MOSQUERA HINESTROZA, quien explica que ese día, luego de dejar una ropa para lavar en la quebrada Casimiro, se fueron a buscar al Cholo, hermano de la niña DAISURY y cuando llegaron vieron en la cocina a CESAR ya la niña xxxx, él tenía los pantalones abajo y ella estaba llorando al frente de él, le preguntaron que le había pasado y ella en principio no quería decir nada y luego les dijo que CESAR le estaba metiendo el dedo y cuando lo cogieron les ofreció mil pesos para que lo dejen ir y se subió los pantalones, que lo cogieron la comunidad se reunió y se llamó a la Policía. Dice que CESAR vende bonays por la calle y reside en el parque la Gloria sector calle caliente.

En igual sentido informó el joven JORGE TORRADO PIZARRO, al rendir entrevista. Este, acompañaba a EIMER esa mañana, pues observo a Cesar con los pantalones a media pierna y a la menor xxxx llorando al frente de él, cuando ella les manifestó que Cesar le había metido el dedo indicándoles sus genitales.

Se inspeccionó el lugar de los hechos, el 23 de noviembre de 2011, estableciéndose que se trata de una vivienda ubicada en la parte baja del barrio Parque La Gloria Sector Unión, en pro de construcción, en la parte destinada para la cocina se encontraba una silla metálica en mal estado con una tabla en el asiento, donde se encontró el encartado cuando fue sorprendido con la menor. (Se ilustra la diligencia con 5 imágenes fotográficas.)

La madre de la menor señora GLADYS BEJARANO NAVIA, en entrevista que rindió ante la Fiscalía manifestó que ese día salió de la casa a las 6.30 de la mañana pues trabaja construcción y dejó a sus hijos dormidos que aproximadamente a las 8.30 am, la Policía la fue a buscar a su trabajo y le avisaron que fuera, porque habían violado a su hija xxxx, que ella se vino para la Fiscalía y encontró a Cesar el que vende bonays y le dijeron que él era quien había violado a su hija xxxx, como le dicen a xxxx. Manifestó que la niña se encontró sola al momento de los hechos porque su hijo mayor que le dicen Cholo, se había ido a trabajar y los se encontraban en la escuela, pero como xxx estudia en las tardes, se había quedado sola. Explica además que su casa no tiene ningún tipo de seguridad, que un lado es de madera, otro de cemento y que la tapa con un plástico y cualquiera puede entrar. Explicó que conocía Cesar porque este vende bonays y pasaba por la casa vendiendo pero no es amigo de sus hijos ni de ella, nunca lo había visto en su casa. Que hablo con su hija al día siguiente de los hechos y esta le manifestó que él le había quitado su ropa interior y le había metido el dedo en el pan y que había empezado a llorar y habían llegado los vecinos y le habían dado palo y luego había llegado la ley y se lo llevaron.

El Patrullero HOLMAN QUINTERO TAPIAS, expuso que ese 23 de noviembre aproximadamente a las 8 de la mañana se encontraban realizando patrullaje de rutina con su compañero WILLIAN ENRIQUE GOMEZ MOSQUERA, por el barrio Kennedy y la central de radio les reportó que se desplazaran al barrio La unión parte alta, donde la comunidad tenía a un sujeto el cual había abusado de una menor. Se trasladaron hasta ese sitio y se entrevistaron con el señor Eimer Mosquera

Hinestroza y con el adolescente Jorge Torrado Pizarro, quienes les manifestaron que el sujeto que tenían en su poder lo encontraron detrás de la casa que habita la menor xxxx con los pantalones abajo, mientras la menor estaba llorando que les hicieron entrega del sujeto, ellos procedieron a darle a conocer sus derechos y ponerlo a disposición de la Fiscalía - Unidad de Reacción Inmediata URI.

Se realizó valoración psicológica a la víctima por parte de la Dra. YULIZA Y. JIMENEZ, Psicóloga adscrita al CAIVAS, se lee en dicha valoración que la niña xxxx expresó con lenguaje claro, escaso en el contenido aunque mediante, el mismo la niña refiere las experiencias de tipo sexual a las que fue sometida... paciente quien al referirse a los hechos se denota intranquila, ansiosa y preocupada, así como también muestra sentimientos negativos marcados hacia su agresor. Paciente con dificultades emocionales no solo por las situaciones familiares, relaciones con su madre y el resto de su familia con quienes mantiene relaciones poco afectivas sino por la ocurrencia de los hechos, niña con dificultades de comportamiento, con poco control de emociones, quien manifiesta sentirse triste por la situación de abuso que padeció.

Por parte de la Trabajadora Social adscrita al CAIVAS, Dra. ALCIRA CORDOBA, se le realizó estudio socioeconómico al grupo familiar de la víctima, donde consta la situación de vulnerabilidad entre otros en los que se encuentran la menor y el proceso de restablecimiento de derechos que se llevó a cabo después de los hechos.

A través de su registro civil se estableció que nació el 25 de enero de 2004. Por tanto para la fecha en que ocurrieron los hechos, (23 de noviembre de 2011) contaba con 7 años de edad.

Se estableció arraigo y plena identidad del indicado CESAR ENRIQUE CORDOBA MENDOZA Se obtuvo copia de la tarjeta de preparación de su cédula de ciudadanía.

Por estos hechos, la Fiscalía presenta ante un juez de control de garantías, (segunda municipal Ambulante) autoría del delito de actos sexuales con menor de 14 años, cargos al día siguiente de su captura, lo quien declara legal el procedimiento. Se le imputó no aceptó; seguidamente se le impuso medida de aseguramiento detención preventiva en establecimiento carcelario, fecha desde la cual permanece detenido en la Cárcel Distrital de Quibdó.

Como quiera que de esos Elementos Materiales probatorios relacionados se puede inferir con probabilidad de verdad que en efecto esos hechos ocurrieron, que están erigidos como delito nuestro estatuto y que su autor es el señor CESAR ENRIQUE CORDOBA MENDOZA siendo además, que al momento de la comisión de los mismos sabía que al someter a la menor a tocamientos en sus genitales y a todas las maniobras sexuales que ella narra, era un delito, y que en forma consciente y voluntaria los protagonizó, no observándose ninguna causal de justificación de ese comportamiento, vemos que lo protagonizado por él, encaja perfectamente en lo normado en el art. 209 del C.P.

Por ello la Delegada en esta oportunidad FORMULA ACUSACION al señor CESAR ENRIQUE CORDOBA MENDOZA, identificado con la cédula de ciudadanía 1.149.434. 684 como PROBABLE AUTOR del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 tipificado Libro Segundo, Título IV Capítulo Segundo, art. 209 del C.P. mod. Ley 1236 de 2008 en su art 5, Sancionado con pena de prisión de nueve (9) a trece (13) años, Que dice "el que realizare actos sexuales con menor de 14 años, o en su presencia o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de 9 a 13 años.", donde aparece como víctima la menor xxxx". (Fls. 36-43)

El 10 de mayo de 2012, se practicó audiencia preparatoria. En la que el Juez de conocimiento decretó todas las pruebas solicitadas por las partes para hacerlas valer en el juicio. (Fls. 59 a 60)

La audiencia del juicio oral celebrada el 19 de febrero de 2013 se desarrolló de la siguiente manera:

"Siguiendo con el trámite normal de esta diligencia se le concede el uso de la palabra a la señora Fiscal para que presente su teoría del caso, manifiéstate que con fundamento en los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida que a eso de las ocho (08 : 00 am) de la mañana del día 23 de noviembre de 2011, el señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, se hizo presente en la casa de la menor xxxx de 7 años de edad para esa calenda, ubicada en el barrio La Unión parte alta, v como quiera que la menor se encuentre sola en el área destinada para la cocina se aprovecha de esta situación y la somete a tocamientos libidinosos en el área vaginal, pretende demostrar la fiscalía que en esto se encuentra el señor Cesar Enrique Mendoza cuando es sorprendido por dos jóvenes del sector que llegaron a buscar a un hermano de la menor, quienes lo observaron con los pantalones abajo, sentado en una silla que tenía a la menor al frente y la menor

les informa que él, le había metido el dedo en su vagina, siendo aprehendido por los jóvenes que llaman a la policía y junto a la comunidad los entregaron a la policía capturado en flagrancia situación que se acreditará con pruebas testimoniales.

En uso de la palabra la defensa expone individuales en su intervención inicial las condiciones y sociales de su prohijado, indicando que a través de la prueba pericial, valoración psicológica demostrará que el señor CESAR ENRIQUE MENDOZA CORDOBA padece de un trastorno mental que le altera su capacidad cognitiva y volitiva y en consecuencia no le permite atender ningún tipo de responsabilidad penal, así como a través de los testimonios de otros testigos con los cuales pretende demostrar la situación tendrá influencia en la decisión del estrado de la economía de su defendido, lo inimputabilidad.

Inmediatamente, se da apertura a la práctica probatoria previa la sustentación de las estipulaciones probatorias a las que llegaron las partes expuesta por la fiscal y coadyuvada por el apoderado del acusado, quedando como probado los siguientes hechos:

- Que xxxx, nació el 25 de enero de 2004 en Quibdó, por lo tanto, para la época de los hechos contaba con 7 años de edad.
- Identificación del procesado 1.149.434.684
- Que no registra antecedentes penales

A continuación, se declara abierto el debate probatorio. En primer lugar, se llama al estrado los testigos de la fiscalía, ante lo cual la señora fiscal renuncia a los testimonios de xxxx, GLADYS BEJARANO NAVIA, EIMER MOSQUERA HINESTROZA, JORGE TORRADO PIZARRRO. Y solicita escuchar a HOLMAN QUINTERO TAPIAS, WILLIAN GOMEZ MOSQUERA, ERWIN JHONNY MENA MAYO, JAVIER FERNADO LOPEZ CARDOZO, YULIZA JIMENEZ y ALCIRA CORDOBA.

Inmediatamente el representante de las víctimas se opone a la solicitud de la señora Fiscal de renunciar a la única testigo directo de los hechos es decir la menor xxxx, la defensa del acusado se opone a esta solicitud de la prolongación del proceso y de manera subsidiaria solicita el recaudo de las pruebas de manera parcial de quienes se hicieron presentes, por su parte el ministerio público coadyuva esta última solicitud.

La señora Juez indica que quien tiene la potestad de acusar por imposición constitucional v legal es la Fiscalía y dentro de su teoría del caso también puede decidir si renuncia o no a un testigo, sin embargo la víctima también tiene unos derechos de justicia, verdad y reparación, por lo que enfrentándose estos dos derechos en aras de garantizarlos, se iniciará a la práctica probatoria de quienes se encuentran en el recinto y se suspenderá por séptima vez, dejando claro que en la próxima oportunidad de no comparar los testigos preluirá la oportunidad procesal de la práctica probatoria, dejando en cabeza no solo de la fiscalía sino también del apoderado de las víctimas la presencia de la menor supuestamente ofendida.

A continuación, se declara abierto el debate probatorio. En primer lugar, se llama al estrado los testigos de la fiscalía:

1. WILLIAN ENRIQUE GOMEZ MOSQUERA
2. JAVIER FERNADO LOPEZ CARDOZO
3. YULIZA JIMENEZ
4. ALCIRA CORDOBA.

Culminados la práctica probatoria de los testigos de la fiscalía presentes, y en atención a la solicitud del representante de víctimas para procurar la asistencia de la menor ofendida, se fija como fecha y hora para continuar con el JUICIO ORAL el día 26 DE FEBRERO DE 2013 a las 2:00 p. m, la defensa del acusado informa que tiene otras diligencias para esta calenda, por lo que se reprograma para el día LUNES OCHO (08) DE ABRIL DE DOS MIL TRECE (2013) A LAS NUEVE (09:00 ,a. m) DE LA MAÑANA.

(...)"

Mediante sentencia N° 059 del 03 de septiembre de 2013, el Juzgado Segundo Penal de Circuito de Quibdó, absolvió al señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza, de la conducta penal de acto sexual abusivo con menor de 14 años, por el que fue acusado formalmente por la Fiscalía. En esa oportunidad la Juez desestimó todas las pruebas presentadas por la Fiscalía, tanto testimoniales como la prueba pericial informe médico legal y psicológico, por considerarlas pruebas de referencia, y en consideración a que la sentencia condenatoria no podrá fundarse en pruebas de referencia, pues el conocimiento que le llegue al juez debe ser de una prueba directa. Por lo que en aplicación del principio *in dubio pro reo* decidió absolver al procesado, señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza (Fl. 141)

Luego de analizar los artículos, 66, 153, 286, 287, 297, 306 y 308 de la Ley 906²⁶, el Consejo de Estado²⁷ precisó que: “Como se puede apreciar, con la expedición de la Ley 906 de 2004, que

²⁶ El presente caso estuvo gobernado por la Ley 906 de 2004, que establece en su artículo 66 que el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio, o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio.

Los artículos 286 y 287 *Ibidem* establecen que la formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el Juez de Control de Garantías, la cual se hará en el evento de que los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. Adicionalmente, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento.

El artículo 297 de la referida disposición normativa prevé que para la captura de una persona se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La captura deberá ser solicitada por el fiscal que dirija la investigación, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamenta la medida.

Capturada la persona, esta deberá ponerse a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Igualmente, se establece que, salvo los casos de captura en flagrancia, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad, sin previa orden del juez de control de garantías.

Cabe señalar que en el artículo 153 de la Ley 906 de 2004 se prevé que las decisiones que no deban adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se resolverán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías, lo cual permite inferir que las actuaciones que tengan que ver con la legalización de la captura, la formulación de la imputación y la solicitud de la medida de aseguramiento, deberán resolverse en audiencia preliminar.

De igual manera, el artículo 306 de la misma codificación señala que el fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando los elementos de conocimiento necesarios para sustentarla y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

En el artículo 308 se estableció que el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado pudo 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.*

Sobre la detención preventiva, en el artículo 313 se prevé que procederá cuando se encuentren satisfechos los anteriores requisitos y, 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.*

²⁷ C. E., Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN, 19 de febrero de 2021, Radicación número: 05001-23-31-000-2011-00519-01(51782), Actor: ANDRÉS FELIPE OSPINA VÉLEZ Y OTROS

*introdujo el Sistema Penal Acusatorio, la Fiscalía General de la Nación adquirió las funciones de investigación y acusación, mientras que a la Rama Judicial le fue conferida la dirección general del proceso de juzgamiento y, como consecuencia, el deber de decidir sobre el decreto de la medida preventiva de aseguramiento*²⁸.

Así las cosas, como viene de reseñarse, la imposición de la medida de aseguramiento fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación y decretada por el Juez de Control de Garantía en contra del señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba.

Del análisis que la Sala hace del proceso penal se advierte que el fallo absolutorio dictado, se dio en virtud de que las pruebas recaudadas fueron insuficientes para condenar, por lo que el Juez de conocimiento en aplicación del principio *in dubio pro reo*, decidió absolver al procesado.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que de dicho material probatorio, es posible establecer que para el momento en que se impartió la medida de aseguramiento privativa de la libertad, se podía inferir, de las entrevistas recibidas por parte del investigador de la Fiscalía, así como de la valoración psicológica practicada a la menor, el estudio socioeconómico realizado al grupo familiar de la menor, por parte de la Unidad de Atención al delito sexual, del ICBF, y los informes de medicina legal emitidos a raíz del examen médico legal practicado tanto a la menor como al presunto agresor, tal como lo hizo la Fiscal y el Juez de garantías, en dicho momento, que el señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza, si tuvo participación en la comisión de la conducta a él imputada. Para la Sala, a partir de la prueba analizada, la existencia de un fallo absolutorio por dudas, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no implicaba que la conducta penal que le fue imputada al hoy accionante no tuvo ocurrencia y no fuera realizada por el procesado.

De la prueba obrante en el proceso penal, verifica la Sala que, en desarrollo de los actos investigativos, por parte de personal especializado, de la Fiscalía General de la Nación, ente acusador, fue escuchada en entrevista la menor xxxx, en presencia del señor Defensor de Familia y en su lenguaje expuso que se encontraba en su casa desayunando arroz con huevo y llegó Cesar y *le metió el dedo en el pan y llegaron los vecinos le dieron con palos y lo llevaron para la cárcel.*

Igualmente fue sometida a reconocimiento médico legal, el que practicó el Dr. Erwin Jhonny Mena Mayo, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Chocó, allí en el aparte de la anamnesis, la menor relata que *estaba en su casa afuera y llegó un señor y le quitó la ropa (interiores) y le metió el dedo en el pan (señala el área genital) ahí lo vio un pelado se iba a volar y los vecinos le dieron duro.*

El examen Genital arrojó que *presenta himen anular íntegro, no elástico lo cual indica que no ha sido desflorado, pero que dichos hallazgos negativos a nivel himeneal, no descartan la manipulación erótico sexual reciente, ya que esta puede no dejar huellas sobre la superficie corporal.*

Se escuchó en entrevista al joven Eimer Mosquera Hinstroza, quien explica que ese día, luego de dejar una ropa para lavar en la quebrada Casimiro, se fueron a buscar al Cholo, hermano de la niña DAISURY y cuando llegaron vieron en la cocina a CESAR y a la niña xxxx, él tenía los pantalones

²⁸ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que “(...) En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (...)”.

abajo y ella estaba llorando al frente de él, le preguntaron que le había pasado y ella en principio no quería decir nada y luego les dijo que CESAR le estaba metiendo el dedo y cuando lo cogieron les ofreció mil pesos para que lo dejaran ir y se subió los pantalones, que lo cogieron la comunidad se reunió y se llamó a la Policía. Dice que CESAR vende bonays por la calle y reside en el parque la Gloria sector calle caliente.

En igual sentido informó el joven Jorge Torrado Pizarro, al rendir entrevista. Este, acompañaba a EIMER esa mañana, pues observó a Cesar con los pantalones a media pierna y a la menor xxxx llorando al frente de él, cuando ella les manifestó que Cesar le había metido el dedo indicándoles sus genitales.

Se inspeccionó el lugar de los hechos, el 23 de noviembre de 2011, estableciéndose que se trata de una vivienda ubicada en la parte baja del barrio Parque La Gloria Sector Unión, en pro de construcción, en la parte destinada para la cocina se encontraba una silla metálica en mal estado con una tabla en el asiento, donde se encontró el encartado cuando fue sorprendido con la menor. (Se ilustra la diligencia con 5 imágenes fotográficas²⁹.)

La madre de la menor señora Gladys Bejarano Navia, en entrevista que rindió ante la Fiscalía manifestó que ese día salió de la casa a las 6.30 de la mañana pues trabaja construcción y dejó a sus hijos dormidos que aproximadamente a las 8.30 am, la Policía la fue a buscar a su trabajo y le avisaron que fuera, porque habían violado a su hija xxxx, que ella se vino para la Fiscalía y encontró a cesar el que vende bonays y le dijeron que él era quien había violado a su hija xxxx, como le dicen a xxxx. Manifestó que la niña se encontró sola al momento de los hechos porque su hijo mayor que le dicen Cholo, se había ido a trabajar y los demás se encontraban en la escuela, pero como xxxx estudia en las tardes, se había quedado sola. Explica además que su casa no tiene ningún tipo de seguridad, que un lado es de madera, otro de cemento y que la tapa con un plástico y cualquiera puede entrar. Explicó que conocía a Cesar porque este vende bonays y pasaba por la casa vendiendo pero no es amigo de sus hijos ni de ella, nunca lo había visto en su casa. Que habló con su hija al día siguiente de los hechos y esta le manifestó que él le había quitado su ropa interior y le había metido el dedo en el pan y que había empezado a llorar y habían llegado los vecinos y le habían dado palo y luego había llegado la ley y se lo llevaron.

El Patrullero Holman Quintero Tapias, expuso que ese 23 de noviembre aproximadamente a las 8 de la mañana se encontraban realizando patrullaje de rutina con su compañero Willian Enrique Gomez Mosquera, por el barrio Kennedy y la central de radio les reportó que se desplazaran al barrio La Unión parte alta, donde la comunidad tenía a un sujeto el cual había abusado de una menor. Se trasladaron hasta ese sitio y se entrevistaron con el señor Eimer Mosquera Hinestroza y con el adolescente Jorge Torrado Pizarro, quienes les manifestaron que el sujeto que tenían en su poder lo encontraron detrás de la casa que habita la menor xxxx con los pantalones abajo, mientras la menor estaba llorando que les hicieron entrega del sujeto, ellos procedieron a darle a conocer sus derechos y ponerlo a disposición de la Fiscala - Unidad de Reacción Inmediata URI.

Se realizó valoración psicológica a la víctima por parte de la Dra. Yuliza Y. Jiménez, Psicóloga dirigido al Defensor de Familia del Instituto de Bienestar Familiar, y estudio socioeconómico al grupo familiar de la misma víctima, por parte de la Trabajadora Social Alcira Córdoba, adscritas al CAIVAS. En estos documentos se describe lo que se transcribe a continuación, incluyendo posibles errores:

“VALORACION PSICOLÓGICA

I. DATOS DE IDENTIFICACIÓN:

NOMBRE Y APELLIDOS:	xxxx
EDAD:	7 AÑOS
LUGAR Y FECHA DE NACIMIENTO	25 DE ENERO DE 2004
ESCOLARIDAD:	PRIMERO DE ESCUELA
MADRE:	GLADYS BEJARANO NAVIA

²⁹ Estas imágenes obran a folios 99-101.

FECHA DE LOS HECHOS: SIN ESTABLECER

II. MOTIVO DE PERITACIÓN: Una solicitud del Defensor de familia del Caivas, se requiere: "Realice valoración Psicológica a la niña, xxxx, Identificada con Registro de Identidad # 36743093, la cual parecer al parecer fue víctima de Delitos sexual por parte de un vecino del Barrio donde vive".

FECHA DE VALORACIÓN: 29 DE NOVIEMBRE DE 2011

TECNICAS EMPLEADAS: Observación directa, entrevista a la niña y su madre.

III. ANTECEDENTES PERSONALES GENERALES:

xxxxx, Procede de una familia conformada por su madre, sus cinco hermanos, frente a su padre biológico se conoce que no existe comunicación con el mismo, que la niña al parecer nunca ha tenido comunicación con él y no mantienen relaciones cercanas, de las de la niña con su madre se establece que son buenas, pues a pesar del escaso acompañamiento que la misma brinda a su hija, está la reconoce como figura de apego y significativa en su vida. De las relaciones de la niña con sus hermanos se conoce que son buenas ya que con los mismo realiza actividades en común y estos le colaboran con lo que necesita, niña quien frente al apoyo familiar se denota que carece del mismo, pues no existe en la familia persona que asuma el cuidado y la atención de manera permanente y lo garantice, tanto su madre como sus hermanos se dedican a sus quehaceres y no siempre se da el acompañamiento que la niña requiere. Con la familia extensa las relaciones de la niña son buenas, se cómo redes de apoyo para la crianza de la niña, ya que durante la visita realizada se estableció que la tía, MARTINA BEJARANO, se está haciendo cargo del cuidado de la niña en las horas de la tarde hasta que la madre llegue de trabajar. En la actualidad el paciente se encuentra cursando Primero de Escuela en la Institución educativa del Barrio Samper, quien vive en el Barrio Parque la Gloria Sector la Unión de la Ciudad de Quibdó.

EXAMEN MENTAL:

xxxxx Asiste a valoración Psicológica en compañía de su madre, quien entra al consultorio por sus propios medios, en la que se observa apariencia personal desorganizada caracterizada por la apariencia de descuido, con señales de maltrato físico anteriores, quien no refleja estado físico saludable, la cual no se encuentra ubicada en tiempo y espacio, durante la entrevista se muestra cerrada y poco colaboradora,

Paciente en la que se denota dificultades significativas en los procesos de aprendizaje, quien no sabe leer, ni escribir, no realiza operaciones sencillas, no maneja conceptos elementales, lo cual permite evidenciar dificultada en los procesos mentales superiores (memoria, percepción, atención y concentración). Niña que presenta claridad en el manejo adecuado del concepto de verdad y mentira, es decir que cuenta con un desarrollo moral adecuado para su edad, quien reconoce las partes del cuerpo y sus denominaciones, paciente poco expresiva, con sentimientos de intranquilidad al momento de referirse a los hechos, denotándose temerosa y avergonzada al expresarse frente a las experiencias de tipo sexual que sufrió.

Niña con marcada inseguridad en sí misma, con poco desarrollo de conductas de auto protección, falencia en el manejo de las relaciones interpersonales, con poco estado de conciencia y orientación, quien responde a estímulos, utilizando un tono de voz moderado. En el área social es una niña que muestra interés en la interacción con los demás, pero carece de habilidades sociales. En la que se evidencias grandes carencias afectivas, quien no cuenta con necesidades básicas satisfechas.

V. RESUMEN DE LOS HECHOS:

"A mi si me paso en el cocón, me violaron, yo estaba en mi casa, hay el llero "Cesar" y yo estaba comiendo sola, mi desayuno, arroz con huevo, y el llero y me metió el dedo en el pan, eso fue en la sala, el cogió el dedo y me lo metió, no me hizo más nada, hay llegaron los vecinos y le dieron con palos y lo llevaron para la cárcel".

VI. CONCLUSIÓN: Se trata de una niña de 7 años, quien fue víctima Acto Sexual Abusivo con menor de catorce años, por parte de un vecino que se llama "cesar", según lo que reporta la niña en la

entrevista, a través de un lenguaje claro, escaso en el contenido, aunque mediante el mismo la niña refiere las experiencias de tipo sexual a las que fue sometida sin su consentimiento. Paciente quien al referirse a los hechos se denota intranquila, ansiosa y preocupada, así como también muestra sentimientos negativos marcados así su agresor.

Paciente con dificultades emocionales no solo por las situaciones familiares relaciones con su madre y el resto de su familia con quienes mantiene relaciones poco afectivas, sino también por la ocurrencia de los hechos, niña con dificultades de comportamiento, con poco control de emociones. Quien manifiesta sentirse triste por la situación de abuso que padeció.

Con dificultades de comportamiento, con poco control de emociones. Quien manifiesta sentirse triste por la situación de abuso que padeció.

Paciente con la que se profundiza mediante la realización de la visita domiciliaria encontrándose que no se encuentra en su casa y tampoco en el hogar de las monjas, como lo expreso su madre en la primera entrevista, según lo que reportan en el hogar la niña se encuentra donde una tía que vive en el Barrio Samper.

Se requiere trabajar de manera urgente con la madre y personas con las que convive la niña frente a la importancia del acompañamiento que se requiere, con el objetivo de que se refuerce este aspecto, el manejo de las pautas de crianza, el establecimiento de vínculos afectivos, el manejo de la comunicación asertiva, en la importancia de fortalecer la capacidad para resolver conflictos y las acciones que se requieren para que la misma pueda gozar de condiciones que permitan su desarrollo integral y el bienestar emocional para la paciente.

Desde el punto de vista Mental, xxxx, expreso y reporto las experiencia de tipo sexual a las que fue sometida sin su consentimiento.

Es importante trabajar con la niña en el fortalecimiento de su autoestima, en las habilidades de auto cuidado, en la elaboración emocional del abuso que sufrió, en el desarrollo de habilidades sociales y el manejo de las relaciones interpersonales, en el fortalecimiento de vínculos afectivos con su familia, para que la niña logre mejores condiciones emocionales que le permitan un desarrollo integral.

Al momento de esta valoración se encontró signos y síntomas clínicos de retardo mental, frente a los cuales se requiere profundizar por que se percibe gran falencia en la estimulación y el acompañamiento que requiere la misma para que se denote funcionalidad en el proceso de aprendizaje”

CONCEPTO SOCIO FAMILIAR

Situación de la familia

Familia recompuesta, disfuncional esta familia está constituida por 6 hijos que vive con su madre, xxxx es producto de una segunda relación de pareja de la madre, de donde ocupa el último lugar en la familia, viven en el barrio PARQUE LA GLORIA. Los ingresos de la familia se encuentran estipulados en menos del salario mínimo (\$ 300.000). PRODUCTO Del trabajo como trabajadora de la construcción ocasional en las obras públicas que realiza la ALCALDIA DE QUIBDO.

La casa donde viven es propia, está construida en madera, paredes, con piso en barro, y techo de plástico, la casa tiene 3 habitaciones, sala, cocina, xxxx duerme en una habitación con su madre, y los demás distribuidos en las otras habitaciones.

Las relaciones intrafamiliares son buenas, la niña obedece a pautas y normas establecidas por la madre, los miembros del hogar dialogan constantemente, La madre es cabeza de hogar pues no vive con el padre de su hija.

SÍNTESIS

Familia recompuesta, disfuncional, la situación de actos sexuales abusivos se presentó con la niña xxxx en momentos en que la madre se encontró en su trabajo como obrera de construcción en el

centro de la ciudad de Quibdó, se reservó sola en la casa y el agresor aprovechó para invadir su residencia y realizar con ella actos sexuales manipulándoles sus partes genitales y sorprendido en flagrancia por los vecinos, Se considera que las niñas pueden encontrarse en riesgo puesto que el agresor es vecino de la víctima y puede intentar nuevos actos o intimidarlas para que no hablen respecto a los hechos ocurridos contra su integridad. La otra situación de riesgo para la niña constituye el vivir en un barrio con problemas de seguridad pues se encuentra poblada por muchos jóvenes desocupados quienes se dedican a delinquir.

Ante la ocurrencia de estos actos, se consideran vulnerados los derechos de estas niñas, Art. 18, derecho a la integridad personal, al ser víctimas de abuso sexual, a la Protección integral Art.20, Numeral 4, Art. 33 derecho a la intimidad al ser víctima de actos sexuales al interior de su residencia. Del Código de infancia y adolescencia Ley 1098/2006.

Proceso: Solicitud → Se orienta y asesora a la madre respecto de cómo manejar la situación al interior del hogar, se recomienda a la madre que la niña sea dejada en compañía de personas adultas de confianza en la comunidad, durante sus jornadas laborales, es importante además que la madre acompañe a la niña durante el proceso de atención psicológica para que la misma logre su recuperación emocional lo antes posible. → Herramientas de apoyo - Preparación de Estudio socio familiar, para determinar los elementos protectores y de riesgo que presenta su entorno socio familiar, coordinación interinstitucional y acompañamiento para la atención integral de la niña mediante la ruta de atención. (CAIVAS, MEDICINA LEGAL Y HOSPITAL). + Solución - Se sugiere la ubicación de la niña en su familia de origen, la madre debe procurar mantenerla ocupada y acompañada de personas de confianza en la comunidad durante sus ausencias.

RESULTADO:

- Orientación y asesoría a la madre frente a proteger a la niña de los riesgos que corre en el medio social por encontrarse cerca al agresor.
- La niña xxxx debe recibir un proceso de orientación psicológica y dotarle de herramientas de autocuidado, para evitar en adelante nuevas situaciones de riesgo de su integridad frente al abuso sexual.
- Restituir los derechos vulnerados a la niña xxxx de 6 años Art.18, derecho a la integridad personal, Art. 20 Derecho a la protección integral N.o.4, Art. 33 derechos a la intimidad, a través del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que se adelantará a favor de esta niña, a través del cual se sugiere al defensor de familia sea ubicado su familia de origen bajo la protección y orientación de su madre.
- Realizar seguimiento para verificar avances y retrocesos en su desenvolvimiento en el hogar.

Técnica Utilizada: La entrevista, visita domiciliaria y análisis de caso”.

Se lee en dicha valoración que la niña xxxx expresó con lenguaje claro, escaso en el contenido, aunque mediante, el mismo la niña refiere las experiencias de tipo sexual a las que fue sometida... paciente quien al referirse a los hechos se denota intranquila, ansiosa y preocupada, así como también muestra sentimientos negativos marcados hacia su agresor. Paciente con dificultades emocionales no solo por las situaciones familiares, relaciones con su madre y el resto de su familia con quienes mantiene relaciones poco afectivas sino por la ocurrencia de los hechos, niña con dificultades de comportamiento, con poco control de emociones, quien manifiesta sentirse triste por la situación de abuso que padeció.

Por parte de la Trabajadora Social adscrita al CAIVAS, Dra. Alcira Córdoba, se verifica que ésta realizó estudio socioeconómico al grupo familiar de la víctima, donde consta la situación de vulnerabilidad entre otros en los que se encuentran la menor y el proceso de restablecimiento de derechos que se llevó a cabo después de los hechos.

Del mismo modo del examen médico legal realizado al señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba, por parte del Instituto de Medicina Legal en el acápite de ANAMNESIS, se lee:

“Examinado hoy 23 de noviembre de 2011 a las 16:09 horas en Primer Reconocimiento Médico Legal. ANAMNESIS: Se le pone de presente al evaluado el consentimiento informado y sus

alcances, el cual lee, entienden y acepta, firmándolo como constancia de ello. Se toma luego la huella digital del índice derecho del evaluado, la cual se coloca al lado de su firma en el consentimiento informado, este documento se archiva. **Refiere "Yo estaba tocando a una niña acá bajo (señala área genital) y unos pelaos llegaron a buscar al hermanito de la peladita y él ya se había ido para el trabajo ahí los pelaos me dijeron así es que te quería ver hijo de puta y me empezaron a dar con un palo y el otro me amenazaba con un cuchillo". Hecho ocurrido el día 23/11/2011 a las 08:00 horas. (...)"**

Revisadas las actuaciones de las demandadas se evidencia coherencia de las actuaciones dentro del marco legal, por cuanto las pruebas que existían en el momento apuntaban a que efectivamente el imputado cometió la conducta por la cual tanto la menor afectada como la propia comunidad, en flagrancia, lo habían señalado.

La medida de aseguramiento estuvo acorde con los argumentos esgrimidos por la Fiscalía y aceptados por el Juzgado, toda vez que, según los elementos probatorios obrantes hasta ese momento, una persona que abuse sexualmente de un menor, se constituye un peligro para la sociedad, además de manipular de alguna manera a la denunciante.

Para la Sala, la medida de aseguramiento impuesta al actor supera el requisito de necesidad jurídica de la medida, en tanto resultaba indispensable para alcanzar los objetivos generales del proceso, dada la gravedad de los hechos denunciados y el interés de protección superior que reviste el bienestar de una menor de edad. [L]a medida impuesta fue proporcional a la situación denunciada, pues se trataba de un desconocido que diariamente transitaba por la casa de la menor indiciariamente agredida, lo que requería una medida de protección efectiva y urgente. Finalmente, el acervo probatorio aportado por la Fiscalía, para ese momento procesal, brindaba la suficiente convicción sobre la posible autoría del sindicado en el delito, pues indicaban una plausible vinculación [del demandante] con los hechos investigados, y consistía en dictámenes, entrevistas y testimonios recaudados en la actuación penal, incluidos el de la menor y del sindicado, que coincidían con los hechos relatados desde el momento de la captura del procesado y durante toda la investigación penal.

EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C en proceso con radicado N° 18001-33-31-001-2011-00386-01(59732) del 29 de abril de 2020, en caso donde se le imputaba al padre de una menor de 3 años el delito de acceso carnal con menor de 14 años sostuvo:

"En relación con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, es preciso advertir que, conforme a la doctrina constitucional, el derecho a la libertad física de las personas es un derecho relativo, que puede, en consecuencia, ser limitado por el legislador dentro de unos parámetros objetivos.

...

Este entendimiento de la libertad física, como un derecho que no es absoluto, vino basilar a la interpretación que sobre los alcances del daño antijurídico hizo la Corte Constitucional, en los casos en que este viene consecuencial a la privación de la libertad por causa judicial (art. 68 Ley 270 de 1996):

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y

teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

Bajo estas consideraciones, la Corte profirió una decisión de **“constitucionalidad condicionada interpretativa”** del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que excluyó, por ser contrario a la Constitución, todo entendimiento de la disposición en referencia, que pueda conducir en forma automática (a) la reparación de (...) perjuicios, bajo la única consideración de la privación de la libertad, como si tal privación fuese de suyo injusta. En consecuencia, fijó dos condiciones para que la aplicación que haga el operador judicial del artículo 68 de la ley Estatutaria sea conforme a la constitución: **a) que el juicio de antijuridicidad esté soportado en un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención, condición que puede entenderse relacionada con la calificación jurídica del acto dañoso; y b) que tal análisis permita demostrar que la privación de la libertad, ya entendida como daño, fue abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, (...) (que) no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria.**

3.1.1. Sobre la línea interpretativa observada por la Subsección frente al artículo 68 de la LEAJ y su conformidad con la Constitucionalidad condicionada de esta disposición

Pues bien, esta Subsección entiende que estas dos condiciones se satisfacen a cabalidad con la operación de análisis que ha venido desarrollando en sus sentencias al momento de juzgar la antijuridicidad del daño.

En relación con la necesidad de verificar, en cada caso, la pertinencia, razonabilidad y juridicidad de la medida, el análisis ha estado sustentado en las siguientes premisas que, a su vez, encuentran respaldo en nuestro derecho constitucional y se muestran conformes con el derecho convencional:

- El artículo 28 de la Constitución autoriza, tanto el arresto, como la detención preventiva, bajo determinadas y precisas condiciones: debe producirse “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Por tanto, en cuanto la detención es una medida autorizada por la ley, sus efectos no pueden ser apreciados, en sí mismos, como constitutivos de un daño injusto.
- Esta autorización constitucional ha de entenderse excepcional pues así lo impone la valía ius fundamental del derecho a la libertad física de las personas. Por tanto, la regla general debe ser el juzgamiento en libertad del individuo, hasta tanto se defina su responsabilidad penal, y la detención preventiva debe ser una excepción, marginal aún a otras medidas preventivas
- La detención preventiva no puede ser entendida, ni tratada de facto como una sanción, pues es una medida de aseguramiento que forma parte de las llamadas medidas cautelares es decir, “de aquellas disposiciones (...) cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”. La medida de detención preventiva no puede entenderse como una pena anticipada ni como un instrumento para la materialización de fines de prevención general o especial del delito, porque estos últimos son fines propios de la pena, y la detención preventiva es una medida cautelar.
- En cuanto forma parte de las medidas cautelares, su adopción en cada caso particular debe responder a unas condiciones cuya existencia debe ser verificada por la autoridad jurisdiccional que impone la medida, y sustentada en la parte motiva de la providencia que la implante, en forma clara, explícita y debidamente razonada. Tales condiciones guardan relación con la legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la medida, y en función de ellas el legislador ha fijado los requisitos de la detención preventiva.
- La legalidad se concreta en la competencia para la imposición de la medida de privación de la libertad, y en la observancia de la normativa dispuesta para su procedencia en el caso.
- La razonabilidad, por su parte, se verifica con la constatación del cumplimiento del estándar probatorio que impone el legislador, en relación con la apariencia de responsabilidad, para la adopción de la medida (artículos 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 906 de 2004). Esto porque la decisión de imponer la medida de aseguramiento debe estar basada en la

valoración de las pruebas obrantes en el proceso, que permitan establecer fehacientemente la participación del investigado en los hechos que se le imputan. La medida no puede adoptarse con base en conjeturas y suposiciones. Esta valoración probatoria debe constar de manera explícita, y debe observar las reglas de la sana crítica.

- Ahora, a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004 (que explicitó los supuestos de necesidad de la medida) la detención preventiva puede derivar en daño antijurídico si a pesar del cumplimiento de ese estándar probatorio relativo a la responsabilidad, la autoridad judicial que impuso la medida cautelar no muestra razonada y razonablemente que en el caso existían elementos probatorios suficientes para inferir que de no ser impuesta la medida en la modalidad privativa de la libertad, el investigado podría entorpecer el desarrollo de la investigación o evadir la acción de la justicia (necesidad de la medida).
- Por último, la detención preventiva que se impone con observancia de los requisitos legales referidos a los estándares probatorios de responsabilidad y de necesidad, puede llegar a constituir un daño antijurídico si en su ejecución vulnera el principio de proporcionalidad. Al punto ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “la medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar.” Y agrega: “(...) la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término, sino que constituye un límite superado el cual se presume prima facie que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”. **Es de advertir que, aún satisfechos los presupuestos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, la medida deviene antijurídica si habiendo sobrevenido nuevas circunstancias probatorias, se extiende en el tiempo, a pesar de la irrupción de las nuevas circunstancias probatorias y su cesación se produce, pasado un plazo razonable, con base en pruebas recaudadas desde tiempo atrás.**

Al margen del estudio de legalidad, razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, que está encaminado al juicio sobre la juridicidad del daño en función del examen de la legalidad y corrección de la actuación que se señala como causa del daño (factor subjetivo pero que transmite al daño sus efectos, en caso de constarse la antijuridicidad del hecho dañoso), el juez debe juzgar la juridicidad del daño en sí mismo, tarea que supone una ponderación entre el derecho a la libertad lesionado con la medida, y el interés general que subyace tras la normativa que la autoriza, y que se encamina a juzgar si en el caso pesaba sobre la víctima del daño una carga excepcional que quebró la justicia distributiva que debe regir en la distribución de las cargas públicas. **Significa lo anterior que, aun estando satisfechos los requisitos legales de competencia y procedencia de la medida, habiendo verificado la autoridad penal los presupuestos de la medida, y habiendo satisfecho las exigencias de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la medida privativa de la libertad, ella puede causar daño antijurídico si comporta una carga que el ordenamiento jurídico no le impone a la víctima. Ello ocurre, por ejemplo, cuando se ha producido durante la investigación o el juicio el desvanecimiento total de la apariencia de responsabilidad que determinó la privación preventiva de la libertad, lo que ocurre casi siempre, si queda demostrado que el hecho endilgado o imputado al detenido, materialmente, no existió; si existió pero objetivamente no configuraba un hecho punible; o si a pesar de haber existido y configurado una conducta objetivamente típica, el hecho ya no podía ser investigado por las autoridades judiciales; y puede ocurrir, dependiendo de las circunstancias del caso, cuando queda probado que el investigado no lo cometió ni participó en su realización”.**

Descendiendo al caso y analizadas las pruebas obrantes en el expediente y la postura de la jurisprudencia se estima, que en la medida de aseguramiento de detención en centro de reclusión del señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba para el momento procesal de la investigación, imputación

de cargos y la imposición de medida de aseguramiento, obedeció a los cánones constitucionales y legales, razonable y fundada en elementos probatorios suficientes para inducir, que el imputado había participado en los hechos investigados, además satisfizo las exigencias de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, como viene de explicarse.

Así mismo, no se encuentran elementos probatorios para inferir que la detención preventiva impuesta al accionante entrañe una carga que haya excedido la que establece a cargo de toda persona el artículo 95 de la Constitución Política, la cual impone a todas las personas la obligación de soportar la acción de investigación de los delitos, a cargo del Estado, y de afrontar las investigaciones a las que se les vincule y soportar las medidas que se imponen a toda persona que se halle dentro de los supuestos de la norma que las autoriza, sin que la simple diferencia que medie entre la apreciación de la prueba que hizo en su momento la autoridad que impuso la detención y la que hizo la autoridad que le absolvió revele injusticia en aquella medida, se tiene que el actor fue absuelto con ocasión a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, por cuanto no se tenía certeza de los hechos debido a que las pruebas aportadas por la Fiscalía las consideró insuficientes para condenar, sin embargo no podría decirse que se haya absuelto por su absoluta inocencia en la comisión del delito o por ausencia de prueba.

Recordemos lo que sobre el principio *in dubio pro reo*, precisó el Consejo de Estado:

La absolución o la preclusión de la investigación por aplicación del principio *in dubio pro reo* puede develar la antijuridicidad del daño causado con la detención, tanto en razón de los efectos que al daño transmite una conducta ilegal, incorrecta o con fallas, como por vulneración de la justicia correctiva, conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, pero no de manera automática, **entre otras razones porque en relación con este tipo de eventos resultará preciso estudiar con mayor exigencia la conducta de la víctima, la observancia de sus deberes conforme a una exigencia que se torna más alta cuando los efectos de estos recaen sobre sujetos merecedores de especial protección constitucional o convencional. Ello significa que, ni la absolución por esta causa determina automáticamente la condena en responsabilidad al Estado, ni tampoco, oficia como causa suficiente para que se niegue la condena deprecada por quien vino como víctima. Lo primero, porque la presunción de inocencia apta como es, en materia sancionatoria, para mover a la absolución del reo por la fuerza del artículo 28 constitucional, viene insuficiente por se cómo causa de la obligación resarcitoria. La detención preventiva, se itera, es una medida preventiva, no una sanción y tal presunción opera de diferente manera en uno y otro evento: frente a la sanción, inhibe la decisión de condena, pero en relación con la medida preventiva, obliga a adelantar juicio sobre la antijuridicidad del daño que causó, conforme a la *causae petendi* de la demanda.**

Claramente hay que advertir, que los lineamientos trazados en este acápite de la motivación no pretenden agotar el estudio de las causas de antijuridicidad de este tipo de daño, y su objeto se reduce a mostrar el tipo de razones que deben exponer en cada caso la autoridad judicial, para cumplimiento del principio de transparencia que debe honrar la decisión judicial en la materia, tanto como del deber de impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia.

Por último, parece necesario recordar el alcance que tiene el artículo 177 del C.P.C., que prescribe: incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Lo anterior, para denotar que, como consecuencia de esta regla, y sin consideración al título de imputación que pretenda la parte demandante, sea aplicado por el juez de la responsabilidad, sobre ella pesa la carga de traer al proceso los elementos de juicio que permitan el estudio de la antijuridicidad del daño, tanto como del factor de atribución que corresponda en función de los caracteres del caso”.

Desde ese punto de vista Cesar Enrique Mendoza Córdoba sufrió en el plano fáctico una lesión en su libertad, no obstante, por sí mismo no viene suficiente para poner en movimiento la reacción del ordenamiento jurídico en orden a la reparación por privación injusta de la libertad, por cuanto la medida de aseguramiento de detención en establecimiento de reclusión que se le impuso estuvo acorde con la Constitución y la ley, no fue arbitraria, y sí fue razonable, necesaria y proporcional. En consecuencia, la Sala estima que en el *sub lite* no se configura el daño antijurídico y por tanto debe revocarse la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, por los motivos expuesto en esta sentencia.

Consideraciones relativas al caso particular en lo que respecta a los derechos superiores de la menor xxxx, en el contexto de un abuso sexual y de la perspectiva de género.

En este punto es preciso anotar que, los menores de edad son considerados sujetos de especial protección, pues la misma Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 44 eleva los derechos de los niños por encima de los demás y, mediante el bloque de constitucionalidad, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 3 compele a todas las instituciones privadas y públicas, sean autoridades judiciales, administrativas o legislativas, a aplicar el interés superior del menor en sus decisiones.

Empleando los mismos argumentos, la Corte Constitucional ha desarrollado un postulado denominado el principio *pro infans*, entendido como una “obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, y al mismo tiempo, como “una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales”, es decir, “que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad” (Sentencia T-078, 2010).

En este punto la Sala atendiendo la prevalencia constitucional de los derechos del niño³⁰ y el interés superior del niño, niña o adolescente³¹, o principio *pro infans*, de igual forma la regla en la distribución

³⁰ La Ley 1098 del año 2006, que regula el Código de Infancia y Adolescencia define, en su artículo 8°, el interés superior del niño como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Seguidamente, en el artículo 9°, destaca su primacía sobre otros axiomas constitucionales en cualquier actuación y/o decisión judicial y administrativa. La Corte Constitucional ha resaltado la importancia del interés superior del niño, en sentencia C045 de 2003 manifestó: El interés superior del menor es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes, de donde la obligación de asistencia y protección se encamina a garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndosele tal responsabilidad a la familia, la sociedad y el Estado, que participan en forma solidaria y concurrente en la consecución de tales objetivos.

³¹ Con base en las condiciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, en las cuales se encuentra el menor de edad al no poder defender por sí mismo sus derechos, los tratados internacionales sobre los derechos humanos les han otorgado una protección especial mediante la creación de numerosos instrumentos a su favor. El reconocimiento de esta especial necesidad aparece en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. Tal como lo pone de presente en sus considerandos la Convención sobre los Derechos del Niño (Sentencia C-118, 2006). Del mismo modo, entre otras herramientas de tutela supranacional de los derechos del niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) señala, en su artículo VII, la imperiosa atención que requiere el infante desde tres perspectivas: protección, cuidado y ayuda especial. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) exhorta, en su artículo 19, a los miembros parte su obligación, desde el ámbito familiar, social y estatal, de brindar las medidas de protección requeridas por la situación particular del menor edad. También en la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño (1924), tratado pionero en la defensa del niño como sujeto socialmente prevalente, establece una serie de deberes que los Estados deben ejecutar para el eficaz desarrollo de la personalidad del menor. De la misma guisa, la Declaración de los Derechos del Niño (1959) exalta en su preámbulo la ineludible necesidad de la protección y cuidados especiales hacia el niño, a causa de su falta de madurez física y mental, así como consagra un catálogo de derechos que buscan blindar al menor de

de las cargas probatorias entre las partes, así como una posible morigeración de la carga probatoria como regla de juicio para la decisión, en el asunto que nos convoca.

En materia de responsabilidad patrimonial del Estado, a juicio de la Sala, el proceso penal adelantado por los hechos denunciados por delito sexual contra una menor de edad, mostró claramente el compromiso a nivel de responsabilidad penal del sindicado.

Recordemos que los hechos por los que fue sindicado y procesado el señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza, ocurrieron el 23 de noviembre de 2011, aproximadamente a las 8 de la mañana, en el barrio La Unión parte alta. Los jóvenes Eimer Mosquera Hinestroza Y Jorge Torrado Pizarro, se dirigían a la casa de habitación de la menor xxxx, con el fin de buscar al hermano de ésta de nombre Yovanny, pero cuando llegaron al inmueble, escucharon el llanto de la niña y en el área destinada para la cocina observaron al señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza con los pantalones abajo sentado en una silla, tenía a la menor al frente. Estos le preguntan a la menor porque lloraba y ella, señalándoles sus genitales, les informa que el señor le estaba metiendo el dedo. Inmediatamente lo aprehenden, llaman a la Policía, en ese interregno miembros de la comunidad quienes se agruparon, alcanzaron a agredirlo en el pómulo derecho. Los uniformados le dan a conocer sus derechos, según el art. 303 del C.P.P. y lo ponen a disposición de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía.

La versión de la niña en todas sus entrevistas rendidas dentro de la actuación penal fue uniforme, respecto de lo que el sindicado se encontraba haciéndole, maniobras sexuales que ella narra, entre otras, tocamiento en sus genitales. No existió contradicción, ni retractación alguna, más bien su dicho inicial vertido, no se puede perder de vista que tal declaración está amparada por su credibilidad; en el momento en el que llegaron los dos vecinos suyos Eimer Mosquera Hinestroza y Jorge Torrado Pizarro, fue ratificado en posteriores momentos, tanto en Medicina Legal, como en la entrevista a ella realizada por la Psicóloga y Trabajadora Social, sin que a la vista de este Tribunal Administrativo, fue admisible desecharla como aconteció dentro de la actuación penal, por parte del Juez de conocimiento de la causa penal.

edad de los peligros socioeconómicos que acaecen sobre esta población. Finalmente, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000) pregona por un tratamiento particular y favorable al infante dentro de la realización de los procesos penales relativos a los delitos que abarca el tratado, verbigracia, el reconocimiento de sus necesidades especiales para declarar como testigos, la consideración primordial a que se atienda el interés superior del niño, adoptar medidas jurídicas y administrativas en pro del bienestar del menor, etc. Como ha expresado la Corte Constitucional, esta protección especial a nivel internacional se debe a que: Con el tiempo, la presencia de los niños en los grupos humanos ha provocado un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, en tanto se ha impuesto la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, desarrollo e integración fundamental en la sociedad (Sentencia C-118, 2006).

En Colombia, a partir de la Constitución Política de 1991, la concepción del niño ha tomado un giro drástico, pues ha pasado a convertirse en un sujeto de prevalencia constitucional, esto es, una discriminación positiva del derecho. Así, Los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se les dota de prevalencia sobre los derechos de los demás (Sentencia C-041, 1994). El artículo 44 superior constituye la norma fundamental en materia de protección al menor, de este precepto se desprende el principio del interés superior del niño y su preponderancia en el orden interno. En el análisis realizado por la Corte Constitucional sobre este artículo señala dos aspectos de las garantías contempladas a favor del niño: (i) “por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales” (Corte Constitucional, 2003, C-273). A pesar de que el constituyente no incluyó esta norma en el capítulo I del título II de las garantías, los derechos y los deberes que consagra los derechos fundamentales sino en el capítulo II que contempla los derechos económicos, sociales y culturales llamados de segunda generación, estableció expresamente su categoría de fundamentales de manera que estos derechos son exigibles mediante acción de tutela. El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste (Sentencia C-273, 2003).

En efecto, la jurisprudencia Constitucional ha sido enfática y clara, al precisar que en materia de abuso sexual, como quiera que en la generalidad de los casos, sólo se encuentran la víctima y su agresor, el dicho de la víctima que para el paso, se trata de una menor de edad, debe dársele credibilidad, en ningún caso puede desecharse, sino más bien valorarse y apreciarse en conjunto con las demás elementos o evidencias físicas probatorias recaudadas, pues no de otra manera, se evitaría su revictimización, como **medidas especial** de protección de los menores de edad, en el marco de la violencia sexual.

Dentro del proceso penal existen innumerables elementos probatorios, a partir de los cuales es posible determinar que la responsabilidad del sindicado está seriamente comprometida en los hechos de abuso contra menor de 14 años, a él endilgados. La versión de la menor, así como de los testigos, y de la misma víctima, los informes de medicina legal y las evaluaciones psicológicas, dieron cuenta en concreto de los acontecimientos, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de como acaecieron los hechos bochornosos en los que la sexualidad de la menor xxxx se vio afectada por parte de su victimario.

Los funcionarios judiciales que conocieron de la causa penal, olvidaron que en **todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género**, y en tal sentido omitieron además, realizar de las evidencias y elementos probatorios obrantes en dicho proceso, lo que la Corte Suprema de Justicia³², ha explicado como *proceso de corroboración periférica*, consistente en: “cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros, (...), todo el proceso de corroboración dependerá de la particularidad del caso. No obstante resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; **(iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual**; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido (...); (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros”.

Para el estudio que nos incumbe, la Sala encuentra acreditados varios de esos elementos que como se explica en el anterior pronunciamiento, no corresponde a un listado cerrado o taxativo, de forma tal que podrían acreditarse algunos de ellos u otros similares como pasa a ver:

- (i) **la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado.**

A la luz de toda la prueba allegada al presente proceso y que fue recaudada dentro de la actuación penal, este Tribunal, descarta cualquier interés de la víctima y sus familiares, habida cuenta, que este se descarta respecto de la menor, por obvias razones, y ellos no se enteraron de los hechos, sino tiempo después de su ocurrencia, pues fueron dos vecinos suyos, amigo de un hermano de la menor que presenciaron parte de los hechos narrados en precedencia. En el caso de la madre ésta se limitó a reiterar lo que su menor hija le había informado, y que itera la Sala, de su versión arriba transcrita no se deduce ni se infiere, razón o interés de mentir y perjudicar al procesado.

En cuanto a la víctima de la entrevista realizada por la psicóloga del ICBF, se puede evidenciar que la menor, diferenciaba una mentira de una verdad, y en tal línea la evaluación psicológica dio a entender que la menor decía la verdad en su relato, y por tanto, se descarta en ella el interés o razón de inventar una historia como la narrada por ella, con el fin de perjudicar al acusado.

³² Corte Suprema de Justicia, en el fallo radicado No. 43.866 de marzo 16 de 2016.

ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual y (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos.

De la valoración psicológica realizada a la menor xxxx resalta a la vista el impacto emocional y el cambio comportamental, que le causó dicho insuceso al punto que se denotaba, según quedó consignado en dicho informe, intranquila, triste, ansiosa, preocupada y con sentimientos negativos hacia su agresor.

Lo anterior también fue corroborado por la entrevista practicada a la madre de la menor; así como en el informe emitido por Medicina Legal al sugerir acompañamiento psicológico de la víctima y de su madre.

(iii) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, o las actividades que pudo haber hecho el agresor para procurar estar a solas con la víctima.

Quedó evidenciado con las entrevistas practicadas en la actuación penal y demás prueba testimonial que el agresor se dedicaba a la venta de bonays, o helados, razón por la cual con frecuencia pasaba por la casa de la menor, no descartando por ese sólo hecho, que dicha actividad y los artículos (bonays o helados) que ofrecía el procesado, resultaran atractivos para la menor xxxx, y a su vez, le facilitara la aceptación de la menor, el ingreso a su casa, y con ello, el acceso abusivo en los términos sorprendido por los vecinos de ambos.

(iv) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual.

Del estudio sociofamiliar realizado a la víctima y a su grupo familiar por parte del ICBF, se constató, las condiciones en las de la vivienda, donde reside la menor xxxx, lugar donde acaecieron los hechos multireferidos.

Se trata de una casa, ubicada en el barrio Parque la Gloria, sector La Unión construida en madera, paredes, con piso en barro, y techo de plástico, la casa tiene 3 habitaciones, sala, cocina, xxxx duerme en una habitación con su madre, y los demás distribuidos en las otras habitaciones.

Las características del inmueble o el lugar de habitación de la menor, donde ocurrió el abuso sexual, se tornaba propicio para que el agresor consumara su accionar, en la medida que ninguna seguridad o protección contiene o confiere. Entrar o salir sin obstáculo alguno representó para el agresor una forma fácil y libre de proceder. Esto sumado a que se trata de un vecino de la menor, en la medida que también reside en el parque la Gloria, sector calle caliente.

(v) Personalidad del sindicado

No es del caso adentrarse en estudios psicológicos sobre este punto, pero si contar con una aproximación al perfil del sindicado, procesado o acusado, de abuso con menor de 14 años, con base en el material probatorio allegado al proceso, encontrando que se describe un hombre, de sexto masculino, de 26 años de edad, estatura 1.59, color de piel negra, fumador de 4 a 5 cigarrillos diarios, vecino del barrio la Unión parte Alta, y que se dedicaba a vender bonays en la calle³³, razón por la cual es factible, deducir que con frecuencia y facilidad, pasaba por la casa de la menor víctima del abuso.

(vi) Estado de vulnerabilidad de la menor xxxx víctima del abuso

Tanto la psicóloga como la trabajadora social del ICBF que tuvieron la oportunidad de examinar a la menor, con ocasión al proceso penal conocido, advirtieron de una serie de factores de riesgos que convertían vulnerable a la menor xxxx, lo cual permitió de alguna manera que el sindicado tuviera acceso a la menor y con esto incurrir en los actos abusivos por los cuales no sólo fue capturado, sino además imputado y sindicado.

³³ Según Informe Técnico de Medicina Legal y Ciencias Forenses, así como las entrevistas y declaraciones rendidas dentro de la actuación penal.

Quedó condensado en las valoraciones psicológicas y el informe de Medicina Legal, mencionados que la víctima del abuso se trata de una niña de 7 años de edad, peso 26.1 kgs, talla 127 cms, caracteres sexuales femeninos, con grado de escolaridad, primero de escuela, residente en el barrio Parque la Gloria sector la Unión de la ciudad de Quibdó, hija de una madre cabeza de familia, con cinco hermanos, con poco o escaso apoyo familiar, en tanto no existe en la familia persona que asuma en forma directa el cuidado y la atención de manera permanente y lo garantice. Durante la mañana la menor queda sola en su casa, y en las horas de la tarde una tía la cuida hasta que la madre llegue de trabajar.

También quedó consignado en la evaluación psicológica que la menor no sabe leer, ni escribir, no maneja conceptos elementales, pero que presenta claridad en el manejo adecuado del concepto verdad y mentira, y que además reconoce las partes del cuerpo y sus denominaciones.

Se mencionó además que se trata de una niña con poco desarrollo de conductas de auto protección, falencia en el manejo de las relaciones interpersonales, y con grandes carencias afectivas, quien no cuenta con necesidades básicas satisfechas.

Todas las características de la menor, anteriormente descritas muestran a una persona totalmente vulnerable de la que se valió su agresor para incurrir en las conductas a él imputadas en la causa penal, pues de presumirse que el conocía la situación descrita y se aprovechó de las mismas.

(vii) Desproporción de fuerzas entre el sindicado y la menor víctima

A partir de la descripción física tanto del sindicado como de la menor xxxx víctima del abuso, es claro para la Sala, que la fuerza presión o insinuación y acción que puede ejercer una persona de sexo masculino de 26 años de edad, y estatura de 1.59, respecto de una menor de 7 años, peso: 26.1 kgs y talla: 127 cms, es desproporcional por donde se le mire, al punto que se ve doblegada la persona menor frente al adulto de dichas características, sin posibilidad alguna de resistir las pretensiones del sindicado ya verificadas, en circunstancias como acaecieron los hechos descritos.

En estas circunstancias es cuando claramente se le exige al adulto, que debe guardar distancias y respetar los límites que frente a un menor de edad, se exigen.

Tal como acontecieron los hechos, el sindicado, nunca explicó los motivos y las razones que lo conllevaron a ingresar a una casa de habitación, que no era la suya, y en la que además, se encontraba una menor de edad sola con la que no tenía ningún parentesco, familiaridad, o relación de amistad ni con la menor ni con ningún miembro de su grupo familiar, según se constató de las versiones rendidas dentro del proceso penal.

Esa conducta es reprochable, ante cualquier vista, en la medida que no fue encontrado ni sorprendido por los habitantes del barrio, en circunstancias de apoyo, auxilio o ayuda de la menor, sino en circunstancias de abuso y de exceso de poder.

Fueron los jóvenes Eimer Mosquera Hinestroza y Jorge Torrado Pizarro, vecinos de la menor, y amigos de un hermano de ella, que al llegar a la casa a buscar al hermano de la víctima, se sorprendieron al encontrar al sindicado en dicho lugar, con la menor y en esas circunstancias, por lo que procedieron a indagar sobre lo que estaba aconteciendo, momento en el cual, la menor les informó, señalándoles sus genitales, *que el señor le estaba metiendo el dedo*, explicación que, originó la reacción inmediata del vecindario que de facto se fueron en contra del referido, que según la prueba, informe de medicina legal, generó en el sindicado, edema y leve excoriación a nivel medio de ceja izquierda con costra hemática, incapacidad médico legal definitiva de cinco (5) días, sin secuelas médico legales, lesiones respecto de las cuales, no existe evidencia alguna, de que el señor Córdoba Mendoza, agredido, hubiese interpuesto denuncia en algún sentido o contra alguien en particular, por lo que dicha omisión, para el análisis en el que nos encontramos, da a entender, que tuvo culpa grave en lo que a él le sucedió por parte de la comunidad, cuando lo sorprendieron en casa de la menor xxxx, solo y en las circunstancias ya conocidas.

Las versiones de los jóvenes Eimer Mosquera Hinestroza y Jorge Torrado Pizarro , que si bien, y por obvias razones, arriba dilucidadas, no estuvieron en todo el momento circunstancial junto con la menor xxxx y su victimario, como lo pretendía el juez de conocimiento de la causa penal, al desechar los testimonios de dichos jóvenes, fueron los que justo llegaron al lugar de residencia de la menor, y la auxiliaron, y evitaron de esta forma que el acto abusivo de su agresor, se extendiera a un grado de mayores consecuencias a nivel psicofísico y sexual de la menor.

La intervención de los mencionados jóvenes así como de la misma comunidad, fue determinante para evitar, consecuencias en otros niveles de abuso y maltrato infantil, por lo que a la vista de ésta Corporación, contrario al razonamiento realizado por el juez penal, dentro del marco de la responsabilidad extracontractual del Estado, por privación de la libertad, es pertinente hacer un análisis de relieve en este aspecto, habida cuenta que, la sociedad, la familia, y muy particularmente los vecinos, juegan un papel protagónico, en casos como el que nos ocupa, cuando se encuentran involucrados menores de edad, personas que sabemos, merecen y exigen de todos un trato superlativo, especial y superior en cada uno de los actos de la vida. Ser guardas, protectores, custodios y auxiliares de los menores en el marco del desarrollo psicosocial de ellos, es fundamental para evitar de esta manera, que situaciones como la acontecida con la menor xxxx, se vuelvan a presentar.

Se trata de situaciones bochornosas, que en ningún caso pueden tolerarse. Eximir de responsabilidad total a una persona que a la vista de toda la comunidad quedó en evidencia, sin explicación constitucional y legalmente emitida, de su conducta o comportamiento social, pone en entredicho a las instituciones y a las autoridades públicas investidas de la labor de investigar en forma exhaustiva los casos, máxime cuando están involucrados menores de edad, y sancionar a las personas que infrinjan cánones penales, y sin ninguna intención de invadir órbita funcional o de competencias dentro de la jurisdicción penal, corresponde a este Tribunal como ya lo ha reiterado, a partir de la misma prueba obrante en el proceso penal, que dio lugar a la liberación del sindicado, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, en esta oportunidad dejar en claro, que ninguna reclamación a título de indemnización so pretexto de una responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, puede prosperar, a favor de una persona, que en ningún momento de la actuación probó o justificó su proceder reprochable, en los hechos que dieron lugar a la apertura del proceso penal.

En el análisis de la culpa grave que se viene haciendo, del obrar reprochable del señor Córdoba Mendoza, para el caso, el accionante, en este proceso, no logró demostrar que su actuar realmente tenía el interés especial y único de por ejemplo ayudar, auxiliar, socorrer o meramente acompañar a la menor, en tanto, su proceder, atentó no solo con la moral y las buenas costumbres, sino con el principio *pro infans*, el interés superior de los menores, respecto del cual el Estado Social y Democrático de Derechos en el que nos encontramos es celoso y extremo en medidas de protección y salvaguarda, al punto de considerar dentro del *marco constitucional convencional y del derecho internacional de los derechos humanos de los derechos del niño, el abuso y la explotación sexual de niños y niñas, como una violación de carácter grave*

Las condiciones socio familiares verificada en la causa, respecto de la menor, merece no sólo un trato especial para con ella, sino una atención superlativa, y la puesta en marcha de todo el aparato estatal en procura de protección y salvaguarda de su integridad sicofísica.

Recuerda la Sala que, en aplicación de las **medidas de prevención y sanción**, en el marco de la violencia sexual contra niños y niñas, se deben incrementar en forma imperativa las exigencias de conducta, siendo, por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as.

Lo anterior, haciendo suyo, pronunciamiento del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo³⁴, en cumplimiento del principio de transparencia que debe honrar la decisión judicial en la materia, tanto

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, Bogotá, D.C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación Número: 18001-33-31-001-2011-00386-01(59732), Actor: Dagoberto Plazas Rodríguez Y Otros, Demandado: La Nación - Fiscalía General De La Nación - Rama Judicial.

como del deber de impedir que una sentencia de condena sea el resultado de simples apreciaciones subjetivas o termine sirviendo instrumentalmente al enriquecimiento indebido de quienes habiendo soportado una justa carga de detención preventiva, vengan a la jurisdicción, de mala fe, a reclamar una indemnización pretextando su injusticia.

Por último, parece necesario recordar el alcance que tiene el artículo 167 del C.G.P, en tanto impone a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Lo anterior, para denotar que, como consecuencia de esta regla, y sin consideración al título de imputación que pretenda la parte demandante, sea aplicado por el juez de la responsabilidad, sobre ella pesa la carga de traer al proceso los elementos de juicio que permitan el estudio de la antijuridicidad del daño, tanto como del factor de atribución que corresponda en función de los caracteres del caso, carga que como quedó definida, fue incumplida por la parte accionante, dentro de este proceso.

Medidas a adoptar con perspectiva de género, en el presente caso

Así las cosas y en el entendido que dentro del marco de la prevención de la violencia sexual contra menores de edad, y en todo caso en el que se involucren, entre otros sujetos de especial protección, menores de edad, se encuentra inmersa la obligación de todas las autoridades públicas y privadas, de dar una mirada especial positiva, con perspectiva de género, la Sala advierte pertinente, impartir como medida especial, de prevención, ordenar de remitir copia de la presente providencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como quiera que ha estado enterado de los pormenores de la causa penal, en la que resultó involucrada la menor xxxx, víctima de un delito de abuso sexual, que dio lugar al proceso de reparación de la referencia, para que en su condición de rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y ente encargado de trazar las líneas de Política y de Promover el Direccionamiento de las acciones de las entidades responsables para la garantía de derechos de las niñas, niños, adolescentes y las familias del país, publique la presente providencia en su página web, durante un (1) mes e imparta las directrices, necesarias, tendientes a que en los procesos de violencia sexual contra menores, se surta el debido acompañamiento de los menores de edad y sus respectivas familias, en función del restablecimiento de derechos, valores y condiciones sicosociales que resulten resquebrajadas con ocasión a los hechos puestos en su conocimiento, dentro del marco de la perspectiva de género y el deber que asiste, como guarda y protector de dicho grupo poblacional.

Del mismo modo se ordenará remitir copia de la presente providencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, para que a través de esta Instancia administrativa, se publique en la página Web de la Rama Judicial copia de la presente providencia, por lo menos durante un (1) mes y de esa forma poner en conocimiento de los distintos despachos judiciales del país, y demás usuarios de la administración de justicia, el contenido de la misma, en línea a reforzar la mirada especial que debe aplicarse en los procesos de conocimiento de la jurisdicción, dentro del marco de la perspectiva de género y el deber que asiste, como administrador de justicia, velar por la garantía al acceso efectivo y material a la administración de justicia y la tutela efectiva.

Finalmente, se ordenará remitir copia de la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación, para que a través de su página web, durante un (1) mes, pueda ser conocida por todo el personal técnico, administrativo, operativo y judicial de dicha entidad, y en tal sentido, además se ponga de presente toda la doctrina, normativa y jurisprudencia que existe frente a las medidas especiales, de prevención y de distinción, que deben aplicarse y generarse, dentro del marco de una investigación penal, todos los servidores públicos estemos en presencia de casos con menores de edad, en línea de la protección del interés superior del menor; y en esa misma línea tener presente que ante la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad, según la regla *pro infans*.

Conclusión.

Como viene de reseñarse, la imposición de la medida de aseguramiento fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación y decretada por el Juez de Control de Garantía en contra del señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba.

De los elementos probatorios analizados, se pudo evidenciar que el señor Córdoba Mendoza fue capturado por la misma comunidad en situación de flagrancia conforme a las entrevistas practicadas durante la investigación penal, los dictámenes de medicina legal, realizados tanto a la menor víctima como al señor Mendoza Córdoba, así como la valoración psicológica practicada a la menor y el estudio socioeconómico realizado al grupo familiar de la menor, pruebas estas además de las que se puede inferir que si bien es cierto media una sentencia absolutoria, en favor del señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la privación de la libertad del encartado en el proceso penal no se tornó injusta en tanto fueron sus acciones las que propiciaron el nacimiento de la acción penal; legitimando de esta manera las actuaciones de las autoridades judiciales, tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial, pues giraron estrictamente en cumplimiento de sus funciones.

De lo dicho encuentra la Sala probada de oficio la excepción de culpa exclusiva de la víctima y en consecuencia se desprende que a pesar de haberse configurado un daño en virtud del fallo absolutorio proferido en favor del señor Cesar Enrique Córdoba Mendoza el mismo no es susceptible de ser reparado por las entidades demandadas Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación; por cuanto como ya se dijo fue la actuación del procesado la que originó el surgimiento del proceso penal y por ende de las acciones o actuaciones legales que tomaron en su momento basado en las pruebas existentes, las entidades accionadas.

De acuerdo con el análisis probatorio realizado en el presente asunto, el señor Cesar Enrique Mendoza Córdoba quien fue privado de la libertad, para este Tribunal actuó con culpa grave³⁵, la cual dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva; razón por la cual, a juicio de esta Corporación, el daño reclamado el cual se deriva de la privación injusta de la libertad, no le es imputable al Estado.

En consecuencia, la Sala estima que en el *sub lite* no se configura el daño antijurídico y por tanto se revocará la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, por los motivos expuesto en esta sentencia.

Adicional a lo anterior, y en atención, al poco o nulo, enfoque con perspectiva de género, impartido por las entidades e instituciones públicas que conocieron el caso penal, en el que resultó involucrada la menor xxxx, y que dio lugar a la interposición del proceso de reparación de la referencia, según el análisis antecesor, la Sala impartirá como medida especial de prevención, la orden consistente en remitir copia de la presente providencia, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa-Dirección de Administración Judicial, y a la Fiscalía General de la Nación, en el marco de la obligación que le asiste al operador jurídico, en todas sus dimensiones, de verificar con perspectiva de género, las falencias de todo orden, para que en la

³⁵ En este aspecto es preciso traer a colación lo que la jurisprudencia en un caso similar consideró como culpa grave o dolo civil. En tal sentido: “*Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferir, conforme al relato más consistente del menor, que [el demandante] quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño (...). En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de la pruebas, [el demandante] no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redimela obligación de reparar*”. Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615) Actor: XXXXX XXXXX XXXX Demandado: LA NACION - RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

práctica se evite incurrir en actuaciones u omisiones que atenten contra el interés superior de los menores de edad que resulten involucrados en procesos que lleguen a conocimiento de las autoridades públicas.

iii. De la condena en costas.

Teniendo en cuenta la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁶, se dispondrá sobre la condena en costas, con fundamento en el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, que consagra: “*En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda*”; aplicable en este asunto por remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

Como quiera que la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito, que concedió las súplicas de la demanda, será revocada, la parte demandante será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

Por lo expuesto, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Quibdó, que concedió las pretensiones de la demanda, para en su lugar,

Segundo: DENEGAR las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, DECLARAR probada de oficio la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

Tercero: CONDENAR a la parte demandante a pagar las costas que se hubieren causado en ambas instancias. Notificada esta providencia, el expediente pasará al despacho de la magistrada sustanciadora para fijar las agencias en derecho por auto de ponente. En la primera instancia se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Cuarto: IMPARTIR la siguiente medida especial, de prevención:

Ordenar remitir copia de la presente providencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en su condición de rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y ente encargado de trazar las líneas de Política y de Promover el Direccionamiento de las acciones de las entidades responsables para la garantía de derechos de las niñas, niños, adolescentes y las familias del país, con la finalidad de que publique la presente providencia en su página web, durante un (1) mes e imparta las directrices, necesarias, tendientes a que en los procesos de violencia sexual contra menores, se surta el debido

³⁶ C.E., Sección Tercera, Sala Plena, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, 29 de enero de 2020, Radicación número: 85001-33-33-002-2014-00144-01(61033) A, Actor: JUAN JOSÉ COBA OROS Y OTROS

“De conformidad con lo señalado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en esta sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas civiles.

El numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. prevé que, cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

En esta instancia, como se precisó, se revocará la sentencia condenatoria proferida el 10 de julio de 2017 por el Juzgado 2° Administrativo del Circuito de Yopal, razón por la cual se condenará en costas a los demandantes, quienes, según el artículo 361 ejusdem, asumirán el pago de la totalidad de las expensas y gastos causados durante el trámite de la controversia, incluidas las agencias en derecho, las cuales, previo paso al despacho de la magistrada sustanciadora, se fijarán en auto de ponente, de conformidad con la competencia establecida en el numeral 3 del artículo 366 del C.G.P.

La liquidación de las costas la hará de manera concentrada el a quo, en los términos del artículo 366 ejusdem³⁶.

acompañamiento de los menores de edad y sus respectivas familias, en función del restablecimiento de derechos, valores y condiciones sicosociales que resulten resquebrajadas con ocasión a los hechos puestos en su conocimiento, dentro del marco de la perspectiva de género y el deber que asiste, como guarda y protector de dicho grupo poblacional.

Ordenar remitir copia de la presente providencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura- Sala Administrativa- Dirección de Administración Judicial, para que a través de esta instancia administrativa, se publique en la página Web de la Rama Judicial, por lo menos durante un (1) mes y de esa forma poner en conocimiento de los distintos despachos judiciales del país, y demás usuarios de la administración de justicia, el contenido de la misma, en línea a reforzar la mirada especial que debe aplicarse en los procesos de conocimiento de la jurisdicción, dentro del marco de la perspectiva de género y el deber que asiste, como administrador de justicia, velar por la garantía al acceso efectivo y material a la administración de justicia y la tutela efectiva.

Ordenar remitir copia de la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación, para que a través de su página web, durante un (1) mes, pueda ser conocida por todo el personal técnico, administrativo, operativo y judicial de dicha entidad, y en tal sentido, además se ponga de presente toda la doctrina, normativa y jurisprudencia que existe frente a las medidas especiales, de prevención y de distinción, que deben aplicarse y generarse, dentro del marco de una investigación penal, cuando se esté en presencia de casos con menores de edad, en línea de la protección del interés superior del menor; y en esa misma línea tener presente que ante la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad, según el principio *pro infans*.

Quinto: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue leída y discutida en Sala conforme consta en el acta de la fecha N°

MIRTHA ABADÍA SERNA
Magistrada
(Impedida)


ARIOSTO CASTRO PEREA
Magistrado


NORMA MORENO MOSQUERA
Magistrada