

**ACCION DE REPARACION DIRECTA POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRIVACION DE LA LIBERTAD - Acto sexual con menor de catorce años / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Sentencia penal absolutoria / EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / DOLO CIVIL - Configurado**

Contra [el demandante] se inició investigación penal por el delito de acto sexual con menor de catorce años, tras la denuncia formulada por el padre del menor ofendido. El sindicado estuvo privado de la libertad desde el 14 de marzo de 2006 hasta el 1 de septiembre del mismo año y, fue exonerado de responsabilidad en sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales con fundamento en el indubio pro reo (...) Con respecto a las declaraciones del menor, que fueron y son la piedra de toque para analizar el proceder de la víctima, la Sala al hacer una valoración integral de las mismas, encuentra que si bien, a partir de determinado momento el niño empezó a rendir versiones vacilantes, lo cierto es, que en la mayoría de ellas se pueden encontrar trazos reminiscentes de la versión inicial (...) [E]n la prueba de mayor acreditación en sede penal, también refiere el menor al evento en la forma y circunstancias como fue vertido inicialmente. Por otro lado, de esta prueba colige la Sala que cuando el niño hizo el reconocimiento estaba consciente de que se trataba no solamente del señor que le ofrendaba los juguetes sino, además, del señor que le hacía las maniobras sexuales que él relató, como además, parece ser también el entendimiento que tuvieron los funcionarios de la Fiscalía que practicaron directamente la diligencia de reconocimiento en fila (...) [P]ara la Sala no es de recibo asociar las divagaciones del menor con un comportamiento delirante y fantasioso. No puede olvidarse que se trataba de un niño de escasos seis años. (...) Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad 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, redime la obligación de reparar.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Regulación normativa**

El estatuto jurídico de la responsabilidad del Estado se vertebra a partir del postulado general previsto en el artículo 90 de la Constitución, que establece como presupuestos básicos la causación de un daño antijurídico y su imputación a una autoridad pública, merced del título que el juez halle consonante con la realidad probatoria de cada caso (...) Tratándose de la responsabilidad del Estado-juez, normativamente se descende a la aplicación de lo preceptuado en la Ley 270 de 1996, sin perder de vista la interpretación sistemática de sus disposiciones con aquellas que ostenten rango constitucional, principalmente, el referido art. 90. Desde esta perspectiva, el art. 68 de la mentada ley, contempla la reparación por la privación injusta; no obstante, por injusto no solamente ha de entenderse lo abiertamente arbitrario sino toda restricción frente a la cual no exista un deber jurídico de soportar, por cuanto, como lo ha advierte, con merecida frecuencia la jurisprudencia de esta Corporación, el postulado constitucional resguarda al administrado frente a la producción de daños antijurídicos, sin que necesariamente

estos provengan de una actuación irregular. Por esa misma razón, la responsabilidad en materia de privación injusta no se restringe - aunque las comprende- a las hipótesis que antes traía previstas el art. 414 del derogado Decreto 2700 de 1991 (...) [E]l circuito normativo de la responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad no se ocluye con el art. 68 de la Ley 270 de 1996, sino que a este pertenece igualmente el art. 70 ejusdem, que refiere a los eventos en los cuales el daño se atribuya a una culpa exclusiva de la víctima, capaz de abatir la responsabilidad que ab initio le puede caber al Estado.

**FUENTE FORMAL:** LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 Y ARTICULO 70 / DECRETO 2700 DE 1991 - ARTICULO 414

### **DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y RESPONSABILIDAD PENAL / VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL SINDICADO EN EL ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / DOLO CIVIL O CULPA GRAVE**

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 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.

### **INTERES SUPERIOR Y PREVALENTE DE LOS NIÑOS / PRINCIPIO PRO INFANS**

[E]l estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal (...) Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio *pro infans* y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas (...) (i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado obligaciones, (...) por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor (...) (ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al

Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave. **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.

**FUENTE FORMAL:** CODIGO CIVIL - ARTICULO 63 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO - ARTICULO 3, NUMERAL 2 / LEY 12 DE 1991

### **PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL MARCO DE LA VIOLENCIA SEXUAL / MEDIDAS ESPECIALES POR DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD / MEDIDAS PARA EVITAR REVICTIMIZACIÓN**

[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.

### **VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑOS - Medidas de prevención y sanción**

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 dicente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as. La violencia sexual apareja diversos comportamientos no siempre contrastables por otras fuentes que no sean la propia víctima y no por ello dejan de considerarse graves, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema ver sentencia de 1 de agosto de 2016, Exp. 42376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

## SECCION TERCERA

### SUBSECCION B

**Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)**

**Actor: XXXXX XXXXX XXXX**

**Demandado: LA NACION - RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Sin que se observen nulidades que afecten lo actuado, entra la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 25 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 183-193, c. ppal.).

### SÍNTESIS

Contra XXXXX se inició investigación penal por el delito de acto sexual con menor de catorce años, tras la denuncia formulada por el padre del menor ofendido<sup>1</sup>. El sindicado estuvo privado de la libertad desde el 14 de marzo de 2006 hasta el 1 de septiembre del mismo año y, fue exonerado de responsabilidad en sentencia de primer grado proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales con fundamento en el *indubio pro reo*; dicha decisión no fue objeto de recurso y, por tanto, cobró ejecutoria.

## I. ANTECEDENTES

### 1. PRETENSIONES

---

<sup>1</sup> Por tratarse de un sujeto de especial protección (niño de 6 años de edad), en cuyo favor obra un interés superior y un deber de garantía acentuado, en el texto de la sentencia se hará alusión al menor sin mención expresa de su nombre.

Mediante demanda presentada el 13 de julio de 2007 (fls. 41-56, c. 1), ante el Tribunal Administrativo de Caldas<sup>2</sup>, los señores: XXXXX (víctima directa) en nombre propio y en representación de su hijo menor: XXXXX XXXXX XXXXX; XXXXX XXXXX XXXXX (cónyuge); XXXXX XXXXX (madre), XXXXX XXXXX XXXXX, XXXXX XXXXX XXXXX, XXXXX XXXXX XXXXX (hermanos); XXXXX XXXXX XXXXX (tío), acudieron en acción de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, invocando las siguientes pretensiones:

**PRIMERA.** Declárase a **LA NACIÓN COLOMBIANA- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y RAMA JUDICIAL** administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios morales causados al señor XXXXX, por la detención preventiva que sufrió desde el 14 de marzo de 2006 hasta el 1 de septiembre de 2006, luego de haber sido absuelto por el Juzgado 6º Penal del Circuito según Sentencia proferida el día 11 de abril de 2007 y por consiguiente, responsables de la totalidad de daños y perjuicios ocasionados al citado XXXXX XXXXX, a su señora esposa, XXXXX XXXXX XXXXX, a su señora madre, XXXXX DE XXXXX, su menor hijo XXXXX XXXXX XXXXX, sus hermanos ARACELY, XXXXX, XXXXX XXXXX XXXXX y su tío XXXXX XXXXX XXXXX.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condénese a las mismas entidades demandadas, a pagar la totalidad de los perjuicios sufridos por los demandantes en la siguiente manera y proporción:

**PERJUICIOS QUE SE PAGARÁN EN FAVOR DEL SEÑOR XXXXX:**

**PERJUICIOS MATERIALES:** Condénase a la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial pagar a XXXXX XXXXX XXXXX o a quien sus derechos represente al momento del fallo, la totalidad de los daños y perjuicios en la proporción que se señala a continuación:

**DAÑO EMERGENTE:** Por los gastos que haya tenido que efectuar el demandante XXXXX XXXXX XXXXX con ocasión de la privación injusta de su libertad, como consecuencia de la detención preventiva de la que fue objeto, esto es, la suma de DOCE MILLONES DE PESOS MCTE. (\$12.000.000.00), la cual se actualizará de acuerdo con la fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado (...).

**POR PERJUICIOS MORALES:** Condénase a la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL a pagar al señor XXXXX, o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo,

---

<sup>2</sup> De la demanda tuvo conocimiento, inicialmente, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, despacho que se declaró incompetente, por lo cual, el proceso pasó a órdenes del Tribunal Administrativo de Caldas, continuándose con el trámite del proceso (fls.115-118 y 121, c 1). La demanda fue admitida el 31 de octubre de 2007 (fl. 57-58, c.1), surtiéndose las notificaciones personales de la siguiente manera: Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial (fl. 63, c.1), Fiscalía General de la Nación (fl. 64, c.1) Ministerio Público (fl. 59-anverso, c. 1).

*los daños y perjuicios morales ocasionados por la detención preventiva de que fuera objeto el citado XXXXX XXXXX.*

*Como consecuencia de la detención preventiva de la que fue objeto el señor XXXXX XXXXX XXXXX, éste, sufrió daño moral derivado de la pérdida del goce de vivir, de estar con los suyos, de disfrutar plenamente su familia, además, de la situación de degradación frente a la sociedad; por esta razón se reclama para el demandante señor XXXXX, el equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se ejecutorie la sentencia.*

Del mismo modo, reclamó perjuicios morales en monto de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la cónyuge: XXXXX XXXXX XXXXX; la madre: XXXXX de XXXXX; el hijo: XXXXX XXXXX XXXXX; los hermanos: XXXXX XXXXX XXXXX, XXXXX XXXXX XXXXX y XXXXX XXXXX XXXXX y para el tío: XXXXX XXXXX XXXXX.

*DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN: Condénese a la NACIÓN COLOMBIANA, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL a pagar al señor XXXXX, o a quien o quienes sus derechos representen al momento del fallo, el daño a la vida en relación (...) ya que después del insuceso, éste quedó estigmatizado frente a los vecinos y amigos en general, ante la sociedad y aún más, tratándose de la clase de delito que se le estaba imputando. La situación se le tornó tan dramática que se vio obligado a vender su casa y trasladarse para otro sector del municipio de Villamaría donde siempre ha vivido y eso, porque no le ha sido posible cambiarse, incluso de ciudad.*

Solicitó igualmente que se condene en costas y que el cumplimiento de la sentencia se de en los términos del art. 176 del C.C.A.

- 1.1. **Los hechos.** En la demanda se dijo que la Fiscalía Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Manizales (URI) inició investigación penal contra XXXXX por los delitos de acceso carnal abusivo en concurso con acto sexual con menor de catorce años, agravado, por lo cual se le libró orden de captura el 9 de marzo de 2006, materializada el 14 de marzo y legalizada el 15 de marzo del mismo año ante el Juez de Control de Garantías.

Se adujo que la detención preventiva impuesta no fue por dolo o culpa grave a él imputable y que desde el primer momento de la investigación el sindicado se manifestó ajeno e inocente por los hechos endilgados, no obstante, fue detenido por 172 días comprendidos entre el 14 de marzo y el 1 de septiembre de 2006, fecha en que se le concedió la libertad provisional por parte del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales y, finalmente, el 11 de abril de 2007 obtuvo la absolución, mediante sentencia que cobró ejecutoria el mismo día por no haber sido objeto de impugnación en la audiencia (fls. 47-48, c. 1).

## 2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**2.1. La Nación – Fiscalía General de la Nación**, contestó la demanda (fls. 70-80, c.1) y se opuso a las pretensiones bajo el argumento que no estaban configurados los elementos de la responsabilidad, en primer lugar, porque las actuaciones de la Fiscalía fueron conforme a derecho y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 250 de la Constitución. Sostuvo que dentro del procedimiento de la Ley 906 de 2004 el fiscal se limita a solicitar la medida de aseguramiento ante el juez de control de garantías, quien, en últimas, determina si la decreta o no, lo que indica que las funciones de la Fiscalía se transformaron sustancialmente, tal como se indicó en la sentencia C-100 de 2005. Además, que para imponer la medida de aseguramiento no se requiere de pruebas en grado de certeza.

Recordó que en el presente caso se cumplieron los requisitos del art. 308 del C.P.P. para imponer la medida, si se tiene en cuenta que la investigación tuvo origen en la denuncia efectuada por el padre del menor, quien entregó un relato claro en el cual expuso que su hijo presuntamente había padecido abuso sexual por parte del señor XXXXX XXXXX XXXXX, quien entraba al niño a la casa, practicaba sobre él actos sexuales a cambio de darle juguetes usados y que al preguntarle al menor sobre el origen de los juguetes, éste había detallado dónde, cómo y de parte de quién los obtuvo.

Señaló que XXXXX XXXXX XXXXX no fue exonerado de la responsabilidad por resultar probado que no tuvo ninguna responsabilidad en el hecho investigado, sino porque se presentaron pruebas sobrevinientes con las que cambió la situación del sindicado, tales como la retractación del menor y otras, con lo cual se generó en el fallador la duda, que hizo prevalecer la presunción de inocencia.

En segundo lugar, indicó que no era posible deducir una responsabilidad objetiva con fundamento en el art. 414 del anterior C.P.P. como lo pretendía la parte demandante, porque dicha disposición no estaba vigente para la época de los hechos y, además, tampoco se daba ninguno de los supuestos allí plasmados, en la medida que se absolvió por duda. De igual modo, en el proceso no estaba probado que la detención haya sido injusta o injustificada y mal puede asumirse que la responsabilidad es automática por el mero hecho de que la medida sea revocada.

En tercer lugar, alegó la falta de legitimación por pasiva, con fundamento en el cambio de rol que trajo la Ley 906 de 2004, donde ya no es esta entidad la que impone la medida de aseguramiento, sino el juez de control de garantías.

Como excepciones postuló la de culpa excluyente de un tercero, aludiendo a la incriminación hecha por el padre del menor<sup>3</sup>.

**2.2. La Nación – Rama Judicial**, contestó la demanda (fls. 93-102, c.1) y se pronunció frente a los hechos, dando por cierto aquellos que constaban en los anexos de la demanda, y los que no, debían probarse. Manifestó su oposición a las pretensiones por carencia de presupuestos que conlleven a la responsabilidad. Sostuvo que XXXXX XXXXX XXXXX fue capturado el 14 de marzo de 2006 y sindicado de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado por los n°s. 2 y 4 del art. 211 del C.P. en concurso con acto sexual con menor de catorce años, dentro de la investigación que se inició por la denuncia del padre del menor ofendido, quien de manera angustiada dio a conocer los hechos relatados por el niño.

Indicó que ante tal denuncia, la Fiscalía desplegó su actividad investigativa, realizó entrevistas con el menor y sus padres, se hizo reconocimiento en fila, se hizo valoración psicológica a la víctima y su versión a la cual se le otorgó verosimilitud, por considerar que los niños no dicen lo que no conocen y si el menor replicó los actos sexuales fue porque los vivió con el adulto. Recalcó que la valoración psicológica no encontró elementos para considerar que el niño fuera fantasioso o mentiroso y que si se retractó, ello obedeció a que la madre y el abogado del inculpado lo obligaron a cambiar de exposición.

Señaló, además, que la versión del niño y su veracidad fué corroborada por el dictamen de Psiquiatría forense, donde se dijo que si éste omitía el tema, era por temores propios o por presiones externas. Todo ello constituía indicios graves en contra del sindicado, por lo que la medida impuesta guardó proporcionalidad con los presupuestos fácticos y con el hecho de que cuando se trate de niños, las autoridades públicas deben tomar todas las precauciones y diligencias para precaver cualquier vulneración.

---

<sup>3</sup> En apoyo refirió la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 23 de octubre de 1975, exp. 1405, C.P. Portocarrero Mutis.

Si en la etapa del juicio y ante el asomo de duda el juez absolvió al sindicado, no implica que la privación fuera injusta y que el Estado deba responder siempre por los inconvenientes que cause al administrar justicia, ya que la ley permite, en aras al esclarecimiento de la verdad, que una persona sea detenida mientras se adelanta la investigación cuando concurren los requisitos como sucedió en el presente caso<sup>4</sup>.

Precisó que el art. 68 de la Ley 270 de 1996, introdujo un ingrediente subjetivo al régimen de responsabilidad estatal, al determinar que la privación debe ser “injusta”<sup>5</sup>, de lo contrario, la detención precautelativa equivaldría a una facultad muerta por causa de las acciones judiciales que puedan surgir de su implementación.

Como excepciones propuso: (i) indebida integración del contradictorio; para sustentarla, adujo que fue por decisión del ente acusador que se privó de la libertad a XXXXX y, que si bien la Fiscalía forma parte de la Rama Judicial, aquella cuenta con autonomía administrativa y judicial para responder<sup>6</sup>; (ii) falta de presupuestos legales que establezcan la responsabilidad patrimonial en cabeza de la Nación–Rama Judicial– Consejo Superior de la Judicatura, por carencia de los requisitos de que tratan los arts. 65 y 68 de la Ley 270 de 1996.

## II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, en sentencia del 25 de agosto de 2011 negó las pretensiones de la demanda (fls. 183-193, c. ppal.), con fundamento en lo que consideró ser la última fase de la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de privación<sup>7</sup>, que se circunscribía al carácter injusto de la medida, a partir de la cual concluyó:

---

<sup>4</sup> Trajo a colación la sentencia del Consejo de Estado, del 25 de julio de 1994, exp. 9666, C.P. Betancur Jaramillo.

<sup>5</sup> Citó en respaldo apartes de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del 28 de abril de 2005, exp. 15138, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sumado al pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre este aspecto.

<sup>6</sup> Refirió a los arts. 28 y 30 de la Ley 270 de 1996, y a la sentencia de la Corte Constitucional C-037 de 1996.

<sup>7</sup> Tal punto de evolución, lo situó de manera específica en la *ratio* de la sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15989, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

*Para establecer el carácter justo o injusto de la privación de la libertad que soportó el actor, para la Sala es necesario remontar el análisis a las circunstancias que originaron la medida de detención de que fue objeto. No puede desconocerse que sobre el menor XXX se cometieron actos sexuales abusivos, comprometiendo su integridad física y mental, así como su estabilidad emocional, y la de su familia, como permite observar el caudal probatorio recaudado (...) especialmente conforme al acervo probatorio obtenido (...) se verificaron elementos determinantes de cara a establecer la vulneración llevada a cabo sobre el menor, quien teniendo un papel activo en la etapa inicial, identificó y señaló con pleno convencimiento al señor XXXXX como sujeto activo de tales agresiones; y así también las declaraciones e informes periciales dan piso a la congruencia con que el menor hizo dichas manifestaciones.*

*De otro lado debe tenerse en cuenta que la Constitución Política establece una especial protección a los niños, consagrando garantías y deberes que se predicán tanto de las entidades públicas como de los ciudadanos, de quienes se espera un papel activo y dinámico como agentes de la sociedad. Así, siendo válido el programa metodológico y las actuaciones desplegadas por la Fiscalía (...) los elementos probatorios dieron lugar a un acercamiento detallado a la posibilidad de reconocer como autor de los hechos narrados al accionante.*

*Ahora bien, en lo que respecta a la decisión proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales (...) debe remarcar la Sala que la misma no desconoció en forma alguna la posible participación del imputado en los acontecimientos que dieron lugar a la denuncia realizada (...), así como su eventual responsabilidad en el acceso carnal (...) atendiendo a las agresiones que sobre la humanidad de aquél efectivamente se produjeron, solo que consideró que en la etapa del juicio oral no se obtuvo el conocimiento reclamado más allá de toda duda para condenarlo (...).*

*En el sub lite se tiene que las circunstancias propias del caso configuraban sendos indicios que permitían endilgarle válidamente la responsabilidad al señor XXXXX, que autorizaban al Estado para poner en juicio su presunción de inocencia (...).*

*De forma que la carga que se impuso al actor en esas circunstancias se considera por esta Sala legítima y por lo mismo estima que no puede asignársele el calificativo de injusta, desproporcionada o antijurídica, teniendo en cuenta los altos fines públicos que pretendía tutelar; pese a que, finalmente, en el curso del proceso adelantado (...) se orientara a hacia una decisión absolutoria, tomada por el fallador penal con base en una perspectiva de valoración probatoria y jurídica distinta a la asumida por la Fiscalía General de la Nación en las decisiones mencionadas.*

En definitiva, el a quo determinó que la medida privativa no fue injusta y, por lo mismo, atañe a las cargas que un ciudadano puesto en tales circunstancias debe soportar.

---

### III. SEGUNDA INSTANCIA

#### 1. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte actora presentó recurso de apelación (fls. 196-199, c. ppal). Afirmó que la decisión contraviene la jurisprudencia del Consejo de Estado bajo la cual se ha sostenido que el solo hecho de que la absolución se produzca con fundamento en el *indubio pro reo* no constituye razón para negarle a un individuo la indemnización por los perjuicios sufridos al haber estado injustamente privado de la libertad<sup>8</sup>.

Indicó que es al Estado al que le corresponde demostrar que el acusado es penalmente responsable y no a la inversa, esto es, al reo demostrar su inocencia. Refirió que al absolver por dudas, en últimas lo que esto significa es que el Estado no cumplió la función en forma eficaz y debe responder por su falencia, sin que se requiera para ello que haya una conducta antijurídica de parte del funcionario. Por esta razón, solicitó la revocatoria del fallo atacado.

#### 2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

En la oportunidad para alegar de conclusión, la **Fiscalía General de la Nación** (fls. 209-220, c. ppal.) replicó los argumentos ya expuestos, para señalar que no se reúnen los elementos estructurantes de la responsabilidad y que la medida impuesta no puede catalogarse de injusta.

La Nación –Rama Judicial; la parte actora y el Ministerio Público, no hicieron ningún pronunciamiento en esta oportunidad (fl.221, c. ppal.).

### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. PRESUPUESTOS PROCESALES

**1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente.** Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en sede de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82 del C.C.A., en concordancia con lo

---

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, cito la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

previsto por el art. 129 del C.C.A. y lo que reza la Ley 270 de 1996 (arts. 65,68 y 73), sin que deba atender limitación alguna por razones de cuantía<sup>9</sup>. Así mismo, por la naturaleza de lo que se debate, el horizonte procesal se rige por el art. 86 del C.C.A., bajo el trámite de reparación directa.

**1.2. La legitimación en la causa.** Por activa: se encuentra acreditado el interés que le asiste al señor XXXXX, en su condición de víctima directa de la privación de la libertad. Los demás demandantes, derivan su interés de la calidad de familiares del directamente afectado, vínculo que se encuentra debidamente probado, con lo cual se satisface el carácter dual de la legitimación procesal (legitimación de hecho y legitimación material)<sup>10</sup>.

Por pasiva: para la Sala es claro que en el contexto del sistema penal acusatorio, la afectación preventiva de la libertad ya no es de resorte exclusivo del fiscal como sucedía en el otrora modelo inquisitorial. Por esta razón, ninguna de las entidades convocadas puede proclamarse *–a priori–* extraña a la causa que se persigue y, de la misma forma, ni la excepción de falta de legitimidad propuesta por la Fiscalía General de la Nación, ni la de indebida integración del contradictorio invocada por la Rama Judicial están llamadas a prosperar, comoquiera que en el actual modelo, la confección probatoria y la solicitud de la medida residen en el ente acusador, al tiempo que la imposición es potestativa del juez de control garantías. En suma, la medida de aseguramiento es fruto de la mancomunada participación judicial de dos entidades. Esa producción biunívoca, desemboca en el acto de privación para el cual, cada entidad despliega su actividad funcional.

Observa la Sala, que más allá de negar las pretensiones, el *a quo* no hizo ningún pronunciamiento respecto a las excepciones. Por ser la legitimación un presupuesto procesal de la acción y al encontrar la Sala que el daño que se alega tiene su fuente en las actuaciones conjuntas de ambas entidades, así lo hará notar

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala Plena, auto del 9 de septiembre de 2008, exp. 34.985, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>10</sup> Obra a fl. 6, c. 1 registro civil de nacimiento de XXXXX, en el que además consta que es hijo de XXXXX; registro civil de nacimiento de XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 7, c. 1); registro civil de nacimiento de XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 8, c. 1); registro civil de nacimiento de XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 9 c. 1), registro civil de nacimiento de XXXXX XXXXX (fl. 10, c. 1); registro civil de nacimiento de XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 11, c. 1); registro civil de nacimiento de XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 12, c. 1) y registro civil de matrimonio de XXXXX y XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 13, c. 1).

a guisa de resaltar que las dos convocadas están legitimadas por pasiva, sumado, además, a que la demanda fue interpuesta de manera concurrente contra la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

### **1.3. La caducidad**

Para efectos de comprobar que el presente caso no ha sido alcanzado por la caducidad prevista para la acción de reparación directa en el art.136 n° 8 del C.C.A. y, determinada allí en dos (2) años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho; es necesario tener en cuenta que por tratarse de la responsabilidad derivada de una privación injusta de libertad, ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que la certeza del daño aparece cuando la providencia que absuelve o precluye adquiere ejecutoria<sup>11</sup>; por lo cual, los dos (2) años empezarán a correr a partir del día siguiente de aquél suceso procesal.

Conoce la Sala que el 11 de abril de 2007 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales dictó sentencia absolutoria en favor de XXXXX XXXXX XXXXX y que la misma, según consta a fl. 96, c. 3 cobró ejecutoria el 16 de abril de 2007<sup>12</sup>, por cuanto no se interpuso recurso alguno. Así mismo, se conoce que la demanda de reparación directa fue interpuesta el 13 de julio de 2007, lo que demuestra claramente que fue promovida en tiempo.

## **2. HECHOS PROBADOS**

**(i) Validez de las declaraciones trasladadas.** La regla general para su valoración cuando provienen de otro proceso es que se convaliden por medio de la ratificación; no obstante, esta exigencia se torna innecesaria en tres eventos, tal como jurisprudencialmente se ha señalado:

---

<sup>11</sup> *“Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad -y por ende, declaró la ilegalidad de la medida- no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias”.* Consejo de Estado, Auto de 19 de julio de 2007, exp. 33.918, C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>12</sup> En la constancia aparece 16 de abril de 2005, a partir de lo cual, la Sala deduce que se trató de un lapsus data al momento de elaborar la constancia, en la cual, no hay duda que se trata del proceso seguido contra XXXXX ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, por los hechos a que aquí se viene refiriendo.

*(i) [C]uando en el libelo introductorio se solicita que se allegue al trámite contencioso copia de los procesos en los que reposan declaraciones juramentadas y la contraparte solicita la misma prueba en la contestación de la demanda, o (ii) de manera expresa manifiesta que está de acuerdo con la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora, dicha situación implica que ya no es necesaria la ratificación de los testimonios. (...) (iii) cuando un testimonio practicado en otro proceso sin audiencia de alguna de las partes –o de ambas-, ha sido trasladado al trámite contencioso administrativo por solicitud de una de las partes, y la otra utiliza en su defensa lo consignado en la aludida declaración juramentada, ello suple el trámite de ratificación de que habla el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil”<sup>13</sup>.*

Para el caso concreto, ambas partes recurrieron y se ampararon en las pruebas provenientes del proceso penal, sumado a que dichas pruebas fueron practicadas a instancias de las mismas partes, como quiera que la relación procesal tanto en el proceso de marras, como en el presente se trabó con los mismos sujetos.

Siendo así, y de conformidad con las pruebas legalmente aportadas, se tienen por ciertos los siguientes hechos relevantes:

2.1. El 23 de febrero de 2006, XXXXX denunció que su hijo menor de seis años, días atrás aparecía en la casa con juguetes usados y que se demoraba fuera de lo normal en regresar a la casa de hacer mandados. Al preguntarle de dónde los obtenía, en principio, dijo que se los habían donado en la escuela pero, posteriormente, manifestó que un señor se los había regalado cuando pasaba por el frente de su casa y que ese señor lo hacía entrar, le daba agua de panela, se ponían a ver televisión, lo acostaba en la cama, le hacía cosquillas, le tocaba todo el cuerpo, se desnudaba, lo besaba, le pedía que lo tocara y que lo accedió sexualmente. En su relato, dijo además el denunciante, que el niño vivía con él y la madrastra y que ésta le contó que había observado que el niño se rascaba mucho la zona de las nalgas y que lo sorprendió teniendo un comportamiento de tipo sexual con su hija de un año de nacida.

2.2. Al conocerse la denuncia, la Fiscalía ordenó actos urgentes, tales como: asistencia integral a la víctima, interrogatorio con las debidas valoraciones psicológicas y de medicina legal.

---

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera – Sala Plena. Sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

2.3. El 24 de febrero de 2006, se llevó a cabo ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el examen sexológico al menor XXX, en el cual se consignaron los siguientes resultados:

*ANAMNESIS: Refiere el menor: "Ese señor estaba en la calle, yo estaba mirando unos juguetes, y ese señor me entró para la casa, me tiró en la cama, se me tiró encima y me violó... por detrás, sentí que me aporriaba, me dolió". Al preguntarle sobre el número de oportunidades en que ha ocurrido menciona que en cinco. (...)*

*LESIONES: No existen huellas externas de lesión reciente que permita fundamentar una incapacidad médico legal.*

*EXAMEN GENITAL: Presenta genitales externos masculinos infantiles, sin lesiones. Región anal sin evidencia de lesiones recientes. El ano se encuentra hipotónico, permitiendo ver una luz de 1 cm de diámetro.*

*No hay signos clínicos de contaminación venérea al momento del examen, para descartar esa posibilidad se solicita serología (...).*

*OPINIÓN: en cuanto a los hallazgos al momento de la presente valoración se resalta la presencia de ano hipotónico, lo cual es compatible con maniobras sexuales a ese nivel.*

Este concepto fue ampliado el 9 de marzo de 2006 (fl. 46, c. 3), de la siguiente forma:

*En respuesta a su solicitud de precisar en qué consiste el hallazgo de "ano hipotónico", me permito dar a conocer que este consiste en alteración del tono del esfínter anal. En condiciones normales al examinar esta zona mediante separación suave de los glúteos, la tonicidad del esfínter anal hace que el orificio permanezca cerrado; cuando el tono de este se altera, al proceder con la maniobra descrita el tono cede fácilmente y queda el orificio abierto permitiendo ver una luz de diámetro variable. Entre las situaciones que pueden alterar el tono se encuentran las maniobras sexuales a nivel anal, con penetración que puede ser de objetos, dedo o el miembro viril. En este caso de hacerse evidente este hallazgo durante a (sic) valoración, se describe como compatible con maniobras sexuales a nivel anal, dado que para concluir en forma determinante o concluyente este tipo de maniobras se requiere que el hallazgo de semen en frotis en casos agudos, o de otro tipo de hallazgos como desgarros anales.*

2.4. El 9 de marzo de 2006 se practicó la evaluación psicológica al menor (fls. 48-50, c. 3), en la cual se hizo constar:

**VERSIÓN QUE HACE EL MENOR SOBRE LOS HECHOS:**

*Un señor que no sé cómo se llama, cuando yo pasaba por la casa de él me entraba para allá, me daba agua de panela, nos poníamos a ver televisión, el me hacía cosquillas, me tocaba todo el cuerpo por delante y después por*

*detrás, me decía que lo tocara, me daba picos en los cachetes y después en la boca, se empelotaba, me tiraba a la cama y me metió el pipí por detrás, por mis nalgas, a mí me dolió y me dio miedo entonces me puse a llorar. El después me regalaba los juguetes viejos que eran del hijo de él; me decía que no le fuera a contar a nadie porque me iban a castigar. Esto pasó en cinco veces. (...)*

#### **EXAMEN DEL ESTADO MENTAL ACTUAL**

*Apariencia general: Trae adecuada presentación, se aprecia buen estado general y un desarrollo pondoestatural aparente acorde con su edad.*

*Actitud: Acepta la entrevista y establece una interacción y familiaridad con la entrevistadora (...). Es espontáneo. (...)*

*Se observa un lenguaje adecuado para la edad. Comprende las preguntas que se le hacen y responde de manera adecuada.*

*Durante la entrevista hace alusión a los hechos.*

*Sensopercepción: Sin alteraciones alucinatorias.*

*Memoria: Logra recordar hechos recientes y algunos hechos anteriores, relacionados con su medio familiar.*

*Afecto: Modulado, acorde con las situaciones.*

*Inteligencia: Dentro del promedio.*

*Conducta motora: Adecuada.*

#### **CONCLUSIÓN:**

*El menor XXX procede de un hogar reconstruido nuclear, el cual está conformado por el padre, los hijos de la anterior relación y la nueva compañera con los hijos de ambos. Esta familia se ve enfrentada a dificultades de tipo económico (...) sin que alcance el presupuesto para necesidades de segundo orden como la recreación; si tenemos en cuenta que los juguetes pueden estar en ese renglón, podríamos decir que el menor carece de estos y que de esta carencia se aprovechó "el señor", para lograr satisfacerse a nivel sexual, dándole a cambio los juguetes que si hijo había desechado (...).*

*Sobre los hechos que se investigan, hace referencia a estos, mediante la actividad verbal y lúdica, sin mostrar inhibición, pero si angustia y tristeza, sentimientos estos coherentes con la experiencia traumática vivida. La conducta de tipo sexual exhibida con su hermana es consecuencia del delito del cual fue víctima (...).*

2.5. En cumplimiento del programa metodológico, el 9 de marzo de 2006, se individualizó al señor XXXXX (fl. 29, c. 3), diligencia en la cual se hizo constar:

*Una vez se tuvo conocimiento de lo sucedido con el menor, se le preguntó si sabía sobre el lugar de residencia de la persona quien le había cometido el abuso sexual, manifestando que él si sabía y que nos podía llevar hasta la casa de él, que ese señor tenía un carro blanco y una moto que vivía con una señora y un niño, seguidamente nos trasladamos donde el infante nos señala una vivienda de dos plantas, con un garaje color café y una puerta de entrada a la vivienda (...) aduciendo que es ahí donde ese señor lo invita a entrar, le da agua de panela y juguetes y que jugaban a las cosquillas y que*

*al mismo tiempo lo desnudaba y le tocaba las partes íntimas. Además el menor le dijo a su madrastra de nombre XXXXX el lugar donde ingresaba el señor XXXXX XXXXX (...).*

2.6. Se sabe por las providencias allegadas, que se realizó diligencia de reconocimiento en fila de personas, donde el menor identificó a XXXXX XXXXX XXXXX (fl. 73, c. 3).

2.7. El 25 de mayo de 2006 se remitió al menor a una nueva valoración psicológica (fls. 51-52, c. 3), en cuyo informe se plasmó:

#### **CONCLUSIÓN:**

*Inicialmente el menor comenta que los hechos denunciados por su padre XXXXX XXXXX, no son ciertos, que no ocurrieron.*

*Pero se puede afirmar que dichos hechos sí ocurrieron, ya que se encuentran inconsistencias en este nuevo relato, por la descripción detallada de la residencia del agresor, por la gran similitud entre la versión que el menor le hizo de los dos hechos a la psicorientadora de la institución educativa y la ofrecida por el menor en la verificación, en la recepción de la denuncia y en la valoración psicológica inicial y por el evidente temor que maneja el menor maneja (sic) por la posición de inferioridad en la que se encuentra frente a su padre y su madrastra.*

*Se oficia el día de hoy a la Policía de menores para que se retire al menor del hogar con el fin de que se le brinde la respectiva medida de protección.*

2.8. El 7 de junio de 2006 se rindió el informe del reconocimiento psiquiátrico practicado al menor por el Instituto de Medicina Legal (fl. 53-56, c. 3), en el cual se estableció:

#### **VERSIÓN QUE HACE EL EXAMINADO DE LOS HECHOS:**

*La madre sustituta dice que tiene al niño hace diez (10) días, lo llevó la Policía de emergencia. El niño le dijo que estaba jugando con agua en la calle con una hermanita que no se explica por qué lo trajeron no más él. No dice nada más al respecto. Hace unos días vio al papá solo y no mostró ningún interés por acercársele, "se quedó como escondido, pero después, otro día cuando estaba la mamá y el papá se puso a llorar cuando vio a la mamá". Está comiendo y durmiendo bien, no tiene pesadillas, es muy sociable, juega con los otros niños, insiste en que quiere estar con la mamá. En el hogar se maneja bien, usa términos soeces algunas veces, aunque no trata mal a los otros niños. No presenta enuresis.*

*El menor dice que no sabe por qué la Policía empezó a ir a la casa, a "ella no le conté nada, porque cuando estaba con mi papá en el puesto las fueron (sic), porque ellas primero hablaron con mi papá". Dice que nadie le ha hecho daño "porque yo siempre mantengo con mi papá, el único que me*

*da juguetes es un tío mío y mi papá, que se llama Miguel, él trabaja en construcción vive en Villamaría es un buen tío.*

#### **HISTORIA FAMILIAR**

*Padre: XXXXX, vive en Villamaría, trabaja vendiendo arepas, es joven, estaba viviendo actualmente con él. Actualmente vive con una compañera.*

*Madre: XXXXX, no sabe la edad de ella, vive en La Cumbre con la abuela de él. Los padres no viven juntos, se separaron, no sabe hace cuánto tiempo. Trabaja en oficios domésticos. Dice que no vive con la madre porque ella no tiene los medios económicos para mantenerlo, pero generalmente comparte todo el fin de semana con ella.*

*Hermanos: Tiene dos hermanas medias por parte del padre, y una hermana de doce años por parte de ambos padres, todas viven con él. (...)*

*Aunque se observa espontaneidad en el menor en su comunicación verbal, hay gran evasión para referirse a los hechos que se investigan, estableciendo un bloqueo o cambio rápido en el tema cuando se le menciona su razón de estar en el examen, evidenciándose cambios emocionales que sugieren la capacidad de comprender los aspectos relacionados, con omisión voluntaria para referirse a estos. Al revisar las declaraciones previas del menor tanto en la entrevista que proporciona a los investigadores como en el examen médico sexológico, es posible apreciar que hace referencia a los hechos mediante un relato coherente de estos, situando los diversos eventos en el tiempo y el espacio e incluso hace una descripción detallada del lugar donde estos ocurren y que es corroborada posteriormente por los funcionarios. Llama la atención en el momento la evitación que hace el menor sobre el tema, en el que si bien no niega lo dicho antes, tampoco lo expresa verbalmente.*

*No se observa en el menor una conducta o alteración de trastorno psiquiátrico que sugieran que este utiliza la mentira de manera recurrente. Aunque el menor evite mencionar lo relacionado con el abuso sexual en el momento, circunstancias tales como la narración que ha hecho sobre estos en otras versiones y la descripción detallada del lugar que ha dado a los funcionarios, sugieren gran veracidad en lo referido inicialmente. (...)*

#### **CONCLUSIONES:**

*1. El menor XXX presenta en el examen mental un afecto triste, que se asocia a su separación del medio materno.*

*2. Durante la entrevista el menor no hace referencia verbal a los hechos que se investigan, se aprecia sin embargo, una inhibición voluntaria para mencionarlos acompañada por cambios emocionales que sugieren la omisión del tema, bien sea por temores propios frente al proceso o por presión del medio externo, que se incrementa actualmente con la separación de su núcleo familiar.*

2.8. Obra a fl. 57-58, c. 3 una nuevo informe psicológico de fecha 25 de agosto de 2006, (valoración externa practicada por la defensa en presencia de la abogada de familia encargada del caso), en el cual se contiene:

#### **PERFIL PSICOLÓGICO:**

*Tendencia invasiva de la imaginación un poco acentuada con relación a la edad.*

*Sensible, vulnerable e influenciable frente a la crítica.  
Marcada deprivación psicoafectiva,  
Baja tolerancia a la frustración.  
Inadecuado desarrollo psicomotriz  
Elementos de manipulación y mitomanía en el relato e interacción  
terapéutica.  
Adecuada imagen de la figura materna. (...).*

*RELATO: Yo iba por la calle, cuando el señor me cogió a la fuerza, intenté gritar pero me amenazó. Me entró a la casa y me llevó al patio donde tenía los juguetes, él estaba solo en la casa, me dijo que no le contara a nadie. Me quitó la ropa y me acarició y Lugo (sic) me pego para que no le contara a nadie. El señor no sacó el pene, ni tampoco me lo metió. No volví a esa casa, le conté a mi papá y lo llevé a la casa del señor para que supiera donde había sido (...)*

2.9. El 2 de mayo de 2006, se profirió resolución de acusación (fl. 7, c. 3).

2.10. El 11 de abril de 2007 el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales absolvió de responsabilidad penal a XXXXX con fundamento en el *indubio pro reo* (fls. 781-95, c.1) y al tenor de las siguientes valoraciones y argumentos, que se transcribirán en *in extensu*, por la importancia para la contextualización del caso:

*El escrutinio que con juicio sosegado debe conducir el operador del derecho en su misión censora, recomienda explorar tanto los aspectos que enjuician (...) como aquellos que lo puedan eclipsar o liberar de compromiso (...) exige aproximar una seguridad sobre el autor y responsable de la conducta punible, reclamando la menor fluctuación probatoria en el juzgamiento para afectarlo con un fallo adverso (...) este juzgador luego de evaluar las circunstancias de ese develamiento pero también su posterior retractación frente a los mismos y la prueba de descargo orientada a contrarrestar la acusación, no resultó convencido, más allá de toda vacilación (...).*

*Pero el protuberante factor de cuestionamiento y descrédito a ese relato [refiriéndose al relato del menor] lo constituye indudablemente la retractación del menor frente a las mismas personas y funcionarios ante quienes realizó la inculpación y así lo refirieron en sus testimonios, adosándole especialmente la psicóloga, mayor prestigio a la primera exposición del niño y desconfianza a la segunda por posibles presiones e inconsistencias, de ahí que nos preguntemos con la señorita procuradora, sobre los reales motivos para dicha variación (Influencias, arrepentimientos, rectificaciones, dudas?).*

*Si fueron influjos, de dónde provinieron? Una prueba trascendente para esta instancia, contrario a la opinión descalificante del señor fiscal, lo constituye el testimonio de la profesora XXXXX, quien tenía el encargo de piscorientar a los alumnos de la Granja Villamaría, entre ellos los hermanos XXXXX y en esa actividad pedagógica, empírica si pero reputada, tomó datos valiosos para estas resultas. Escribió en su cuaderno y declaró en audiencia bajo juramento, haber sido receptora de un relato que a medida que avanzó se tornó confuso, múltiple y variado en relación con los presuntos abusos sexuales, señalando alternativamente sitios diferentes y diversas residencias*

donde presuntamente ocurrieron, al igual que el número cada vez desigual de autores. Que su hermanita XXX le manifestó que la madrastra forzaba [al menor] a incriminar falazmente al que estaba en la cárcel<sup>14</sup>, cuando éste era inocente, ya que el responsable de esos ultrajes era “Bareto”, su pariente y residente ocasional en su casa.

En efecto, dijo en declaración y anotó en su libreta la profesora, que el niño le narró que un señor le daba juguetes y mostró la casa donde vive este señor, lo llevaron para Manizales para denunciarlo porque le “hacía muchas cosas” cuando estaba solo, lo desnudaba y le tocaba los testículos, lo acostaba en la cama y que a ese señor lo cogieron y lo reconoció como el número seis [aludiendo al reconocimiento que hizo en fila].

Lo curioso en este primer relato, según se lee en la anotación del 28 de marzo de 2006, es que sorprendentemente entremezclaba a “XXXX y XXXX” – primo de su papá<sup>15</sup>- este último “mete marihuana” y que viven en su casa para luego continuar con la narración en torno a los abusos y la entrega de los juguetes y agrega el siguiente episodio:

“... Un día estaba haciendo un mandado, el señor estaba escondido en una tienda se fue por detrás y lo cogió cargado en el hombro y lo llevó a la casa, lo tiró a la cama, prendió el televisor (pavo ranger), se quitó la ropa, tocaron la puerta, yo me escondí debajo de la cama y él salió desnudo, era la esposa (es crespita, blanca, es bajita, flaca, es fea), este señor se la llevó para el patio y fue a la pieza, váyase para abajo y se va, cuando la señora entró la ropa estaba encima de la cama.

Este relato no lo hizo a los funcionarios de la fiscalía y nos preguntamos si los términos, situaciones y las condiciones descritas en este párrafo resulta verídico o, por el contrario, desatinado y fantasioso como es nuestro parecer. (se resalta). (...)

Estas narrativas imprecisas y equívocas, permitieron a la profesora concluir que XXX tenía una enorme confusión, concepto que tomamos porque es evidente el desconcierto que genera para dilucidar este asunto, esos relatos indefinidos e incoherentes del niño, seguramente afectado por haber sido blanco de agravios sexuales, pero que impiden tomar determinaciones seguras sobre su agresor o agresores, mucho más cuando XXXX su

---

<sup>14</sup> En el mismo fallo, se insertó el testimonio que la madrastra rindió en la vista pública y ésta dice con relación al cambio de versión del menor, que “un día llegó de la escuela y la mamá biológica se lo llevó a hablar con el defensor, que allí le dieron un helado y desde entonces se presentó el cambio de su relato. (...) Considera que el niño mudó la (sic) porque su mamá le dijo que eso no era así, pero ella sigue creyendo en lo que el niño le contó” Fl. 75, c. 3. En ese mismo sentido se dejó consignada la declaración del padre del menor vertida en el juicio, en la cual se plasma: “...la mamá biológica de XXX, señora XXXXX, se entrevistó con el abogado defensor y desde entonces se produjo esa variación, o sea ya manifestaba que no había sido violado, que eso no era cierto, otras veces guardaba silencio” (fl. 75, c. 3). Así mismo, en el relato en el juicio público rendido por la Psicóloga XXXX ésta “piensa que lo obligaron a cambiar de exposición, tanto la mamá como el abogado” Fl. 76, c. 3.

<sup>15</sup> Obra a fls. 764, c.3 obra copia del reporte llevado por la profesora, en el cual, la referencia que se hace a XXXX, no enlaza con el relato que estaba haciendo el menor respecto de los actos sexuales, sino que parece ser que estuviera respondiendo a preguntas puntuales sobre estas personas, ante lo cual responde; XXXX es un primo del papá y XXXX es un hermano del papá que mete marihuana.

hermanita, le expresó a la misma profesora, que la persona que estaba en la cárcel, o sea, XXXXX XXXXX, era inocente, no había cometido los abusos denunciados y que todo era una invención del muchacho acolitado por su madrastra<sup>16</sup>. (...)

Fue este panorama no muy claro para fijar o desligar responsabilidades, el que llevó a este despacho a anunciar un fallo favorable (...). La fiscalía intentó probar más allá de toda duda, que XXXXX XXXXX XXXXX fue el autor de este atentado sexual, pero no lo consiguió en la dimensión persuasiva exigida y la mera aproximación genera la exención apoyada en los principios Universales de **Presunción de Inocencia** y del **Indubio pro reo** (...).

Ciertamente el examen sexológico practicado por la médico forense dictamina, de acuerdo con los hallazgos al momento de valorar a la víctima presencia de ano hipotónico (...) por lo que el padecimiento del agravio sexual, contrario a la opinión defensiva, si existió, de ahí los traumas psicológicos que afectan al pequeño (...) pero esa convicción no se obtiene en punto de su autor, así el niño haya señalado en un principio a XXXXX y la sicóloga de la Fiscalía declare que esta narrativa se corresponde con la realidad de los hechos, pues según ella, XXXX no tiene tendencia a mentir, conclusión discutible cuando ese menor se retractó, significando que fue falaz en una de las dos versiones, ello sin contar las narrativas ambivalentes dadas a su profesora XXXX. (...) la aceptación de la familia de XXXXX de haberle donado los juguetes al niño pobre porque este los pidió cuando pasó en dos ocasiones por su casa, es un hecho factible y normal, de lo contrario lo hubieran podido negar como táctica defensiva o estrategia de salvación (...).

El reconocimiento de XXXXX XXXXX en fila de personas por parte de la víctima fue otro factor notable para la imputación, pero un repaso a esa diligencia, tal identificación se precisó sobre el hombre que le hizo las donaciones y no propiamente como su violador (...).

La prueba aportada permitirá inciertamente señalar al acusado como autor de insulto sexual, por ello este judicial, si bien no se atreve a declarar su total ajenidad en la conducta, al reconocer que existen algunos aspectos para estimar su posible participación, como lo indicara la Fiscalía, ese grado de probabilidad de verdad (...) no ostenta en esta fase última del juicio el reclamado **conocimiento más allá de toda duda** para condenarlo (...) por lo que la medida obligada, sobre todo que consulte y ampare la presunción de inocencia no del todo desvirtuada aquí, era el FALLO ABSOLUTORIO anunciado y ahora confirmado (...)<sup>17</sup>.

2.11. Se sabe que el fallo absolutorio no fue recurrido y, por ende, quedó ejecutoriado, tal como se precisa a fl. 96, c. 3.

2.12. Por los hechos investigados, se conoce que XXXXX permaneció retenido desde el 14 de marzo de 2006 (orden de captura nº 0088) en la Cárcel Nacional

---

<sup>16</sup> Cfr. nota 14.

<sup>17</sup> Fls. 85-94, c. 3.

de Varones de Manizales Caldas (fls. 1 bis, 6 y 72, c. 3), hasta el 1 de septiembre del mismo año, cuando se le concedió la libertad por vencimiento de términos.

### **3. PROBLEMA JURÍDICO**

En el marco de la responsabilidad por privación injusta y el derrotero normativo que impone el art. 90 constitucional, corresponde a la Sala dilucidar si en el presente caso se debe o no imponer condena administrativa y patrimonial a las demandadas Nación Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación por la detención preventiva del señor XXXXX, que tuvo ocurrencia desde el 14 de marzo hasta el 1 de septiembre de 2006, dentro de la investigación penal por acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso con acto sexual agravado, que culminó con sentencia absolutoria en su favor por aplicación del principio *indubio pro reo*.

Para procurar su respuesta, la Sala deberá confrontar los elementos fácticos y probatorios del caso con el alcance normativo del art. 90 de la constitución en su complejión convencional y de bloque de constitucionalidad y, finalmente, encarar el juicio autónomo de culpa grave o dolo de la víctima, con el cual se cierra el análisis aplicable al régimen de privación injusta.

### **4. ANÁLISIS DE LA SALA**

**4.1. La responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta.** El estatuto jurídico de la responsabilidad del Estado se vertebra a partir del postulado general previsto en el artículo 90 de la Constitución, que establece como presupuestos básicos la causación de un daño antijurídico y su imputación a una autoridad pública, merced del título que el juez halle consonante con la realidad probatoria de cada caso<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Al respecto, se ha dicho que: “*En lo que se refiere al derecho de daños, (...) se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar*”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de abril de 2012, exp. 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Tratándose de la responsabilidad del Estado-juez, normativamente se descende a la aplicación de lo preceptuado en la Ley 270 de 1996, sin perder de vista la interpretación sistemática de sus disposiciones con aquellas que ostenten rango constitucional, principalmente, el referido art. 90. Desde esta perspectiva, el art. 68 de la mentada ley, contempla la reparación por la privación injusta<sup>19</sup>; no obstante, por injusto no solamente ha de entenderse lo abiertamente arbitrario<sup>20</sup> sino toda restricción frente a la cual no exista un deber jurídico de soportar, por cuanto, como lo ha advertido, con merecida frecuencia la jurisprudencia de esta Corporación, el postulado constitucional resguarda al administrado frente a la producción de daños antijurídicos, sin que necesariamente estos provengan de una actuación irregular. Por esa misma razón, la responsabilidad en materia de privación injusta no se restringe – aunque las comprende – a las hipótesis que antes traía previstas el art. 414 del derogado Decreto 2700 de 1991.

Sobre los eventos del derogado art. 414 hay que decir dos cosas; la primera es que normativamente siguen siendo relevantes, por cuanto “*el espíritu de la norma se ha mantenido incluso más allá de su derogatoria*”<sup>21</sup> y, la segunda es que fácticamente también siguen perviviendo, si se tiene en cuenta que lo que dicha disposición preveía era la descripción de aquellas posibilidades procesales de terminación de la investigación penal, bajo las cuales, de antes y de ahora, resulta abiertamente “*irrazonable y desproporcionado (...) sostener que los asociados están obligados a soportar la carga de ser privados de su libertad*”,<sup>22</sup> en consideración, precisamente, a la vinculatoriedad de dicha disposición al pluricitado art. 90 constitucional.

Por manera que, quien haya estado privado de la libertad y pretenda por ello la reparación del Estado, deberá probar *prima facie* que la absolución de la investigación y/o proceso penal se produjo por cualquiera de estas circunstancias:

---

<sup>20</sup> Aclaración que se hizo necesaria luego de la sentencia de la Corte Constitucional C-037-96 de 5 de febrero de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se dijo; “*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*”.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 27536, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Igualmente, puede verse, de la misma Sección, sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>22</sup> *Íbid.*

(i) porque el hecho no existió; (ii) porque aun existiendo, el sindicato no lo cometió; (iii) porque la conducta investigada no era constitutiva de un hecho punible, es decir no estaba tipificada como delito<sup>23</sup> y (iv) porque probatoriamente no se logró desvirtuar la presunción de inocencia (*indubio pro reo*). Con relación al *indubio por reo*, el Consejo de Estado ha considerado:

*[D]e conformidad con la postura reiterada, asumida y unificada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente 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 universal in dubio pro reo, por manera 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 medida de detención preventiva<sup>24</sup>.*

Con anterioridad, ya la jurisprudencia había considerado que cuando se absuelve con fundamento en el *indubio pro reo* se provoca un daño especial, así sea por favorecer los fines del *ius puniendi*, previstos en el ordenamiento. Esto es así, si se tiene en cuenta que lo relevante es la ausencia de un deber jurídico que indique que el afectado tenga que soportar la mengua de su derecho a la libertad. En tal sentido se dijo:

*“[S]i se atribuyen y se respetan en casos como el sub judice los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio-valor-derecho fundamental a*

---

<sup>23</sup> Los tres primeros supuestos se corresponden con los que consagraba el derogado art. 414 del Decreto 2700 de 1991. En ese sentido jurisprudencialmente se ha considerado que “en los supuestos consagrados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que el espíritu de la norma se ha mantenido incluso más allá de su derogatoria, fundada en el artículo 90 de la Carta y así mismo en profundas consideraciones sobre lo irrazonable y desproporcionado que comporta sostener que los asociados están obligados a soportar la carga de ser privados de su libertad y a ver alterado gravemente el disfrute sus derechos fundamentales, sin razón constitucional que lo justifique”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2013, exp. 27536, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. Igualmente, puede verse, de la misma Corporación, sentencia del 25 de febrero de 2009, exp. 25.508, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera – Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 36149, C.P. Hernán Andrade Rincón (E).

*la libertad —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio in dubio pro reo, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, **se habrá irrogado un daño especial a un individuo**”<sup>25</sup>.*

En consecuencia, en los eventos aquí descritos, el Estado tiene el deber objetivo de responder, merced del daño antijurídico provocado en la esfera de la libertad individual y los perjuicios que una intervención así representa tanto en el plano inmaterial como material.

Finalmente, el circuito normativo de la responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad no se ocluye con el art. 68 de la Ley 270 de 1996, sino que a este pertenece igualmente el art. 70 *ejusdem*<sup>26</sup>, que refiere a los eventos en los cuales el daño se atribuya a una culpa exclusiva de la víctima, capaz de abatir la responsabilidad que *ab initio* le puede caber al Estado. Esta disposición tiene su arraigo en un principio básico del derecho que indica que nadie puede sacar ventaja de su propia torpeza [*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*], pero, además, en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>27</sup>, y en el ordenamiento interno se sustenta desde los arts. 83, 90 y 95 de la Constitución.

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 17 de octubre de 2013, exp. 23354, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>26</sup> “ARTICULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

<sup>27</sup> Que a la sazón reza: “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (...)”. (se resalta).

**4.1.1. El juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima.** El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, *“en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio”*<sup>28</sup>. Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta, que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C<sup>29</sup>., traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente.

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que *“los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos”*<sup>30</sup>. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance:

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>29</sup> *ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.*

<sup>30</sup> Exp. 42.376, op.cit.

*Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales: i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprensible, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad<sup>31</sup>.*

En definitiva, la responsabilidad del Estado por privación injusta no se puede afirmar ni infirmar, hasta tanto no se lleve a cabo el análisis de que trata el art. 70 de la Ley 270 de 1996, en los términos anteriormente expuestos.

## **4.2. Del caso concreto**

4.2.1. El **daño** se encuentra debidamente acreditado, toda vez que las pruebas indican que XXXXX estuvo privado de la libertad desde el 14 de marzo al 1 de septiembre de 2006 a consecuencia de la investigación que en su contra se siguió por la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años.

4.2.2. Así mismo, se sabe que XXXXX fue absuelto de la responsabilidad penal por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, con fundamento en el *indubio pro reo*, lo que denota, en últimas, la antijuridicidad del daño, comoquiera que el Estado no logró socavar la presunción de inocencia del investigado.

4.2.3. Es igualmente admisible, de conformidad con las pruebas, sostener que el daño proveniente de la privación que debió sufrir XXXXX es imputable a las entidades demandadas, esto es Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, pertenecientes ambas a la Nación como centro único de imputación.

Resta entonces, que la Sala verifique o lleve a cabo el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo de la víctima, pues si bien es cierto que los elementos básicos de la responsabilidad se hallan estructurados, también lo es, que si se comprueba

---

<sup>31</sup> Exp. 42.376, *op.cit.*

una actuación dolosa o gravemente culposa de la propia víctima, la imputabilidad se puede derrumbar provocando que el afectado se ponga a sí mismo en el deber de acarrear los padecimientos que el curso libre de sus actuaciones le haya podido deparar.

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

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

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

Como se trata de principios que –*ab initio*– están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa

grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio *pro infans*, el interés superior de los menores, entre otros.

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

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

Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal. Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional<sup>32</sup>.

De ahí, que las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el

---

<sup>32</sup> Art. 44 Constitucional.

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, entre otras, la obligación de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”<sup>33</sup>. Esto, por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor.

Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002<sup>34</sup>, que dispuso: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. (se resalta). A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso:

*El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”<sup>35</sup>.*

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter

---

<sup>33</sup> Art. 3, nº 2.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos,, 28 de agosto de 2002, nota 58.

<sup>35</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, que los deberes que surgen para el conglomerado social y estatal al momento de protegerlos. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños(as) atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía.

**(ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual.** El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave y, se representa en la *“realiza[ción de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades”*<sup>36</sup>. Basta referir el estado de fragilidad de los menores y las circunstancias en que generalmente se comete este tipo de afrentas a su pudor y dignidad (familiaridad, confianza y cercanía del sujeto agresor), para afirmar de inmediato una culpa en extremo grave por parte de quien cause la más leve ofensa al fuero íntimo de un menor. Así se ha entendido unánimemente por distintos instrumentos de protección tanto del orden interno como externo.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Subsección *“en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género”*<sup>37</sup>, merced de la cual ha de entenderse que:

*El uso de los menores como instrumento de placer y la sujeción de la mujer a los apetitos masculinos afecta, menoscaba su integridad, libertad y desarrollo, con el agravante de que generalmente sucede en entornos familiar y social cercanos en los que la víctima actúa sin prevención, aunado a que dificultan su defensa. Incrementado todo ello por la aceptación social y familiar de la dominación del varón*<sup>38</sup>.

En señal de reforzamiento del deber de protección, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues

---

<sup>36</sup> Exp. 42.376, *op.cit.*

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>38</sup> *Íbid.*

no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

*La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.*

*(...)*

*Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.<sup>39</sup>*

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

**(iii) el contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia.** Las medidas para prevenir la violencia sexual contra niños/as, si bien, han ido copando las distintas actividades de la agenda pública y social, siguen sin estar al nivel de la exposición real y la amenaza. En Colombia, el panorama de violencia sexual

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

contra menores no permite otra cosa para las autoridades que mantenerse en constante preocupación y vigilia. De hecho:

*Según estadísticas oficiales en Colombia, en el año 2014 se registró un alarmante crecimiento de violencia sexual contra niños y niñas con una tasa de 44,30 casos por cada 100.000 habitantes y los autores de este execrable crimen son los propios parientes de las víctimas. Las cifras fueron dadas a conocer por el Instituto Nacional de Medicina Legal con ocasión de la publicación del informe "Forensis 2014: datos para la vida" que registra las ciudades con mayor índice de violencia de tipo sexual en Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cartagena. El informe reporta así la situación de este flagelo: i) en 2014 se presentaron 21.115 exámenes medicolegales por presunto delito sexual en Colombia, con aumento de 376 casos en relación con el año 2013 (1,81%); ii) los agresores de violencia sexual siguen predominando en el entorno familiar, en el 40,5% de los casos (7.790) se registró como agresor un familiar con algún grado de consanguinidad; el 24,72% de los casos (4.755) indicaron haber sido víctimas por conocidos; seguido del 10,58% y el 9,34% por un amigo (a) y por la pareja o ex pareja, respectivamente; iii) la violencia sexual se originó mayoritariamente en niñas, pues el comportamiento según el sexo de la víctima evidenció que el 85,09% de los casos fueron mujeres: (17.966), lo que indica que por cada seis niñas se registró un niño como víctima; iv) en cuanto al grupo de edad las cifras más significativas se presentaron en el rango de los 10 a 14 para el caso de las mujeres, con un porcentaje de 41,34% del total y en hombres, de los 5 a 9 años con un 39,28% de los casos. Como se ha venido reflejando en los últimos tres años el 85,80% de los casos (18.116) se presentaron en los grupos etarios de los 0 a 17 años, población más vulnerable frente a este tipo de violencia<sup>40</sup>.*

Esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto de violencia sexual contra menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que por cifras es dicente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as. La violencia sexual aparece 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.

**(iv) El caso.** Para la Sala es claro, conforme consta en las pruebas allegadas, e inclusive, en la misma providencia absolutoria que el menor fue víctima de agresiones sexuales, tan solo que no se pudo establecer de manera fehaciente quien se las propició. Por ser esto así, la Sala, bajo su propio estándar valorará las pruebas incorporadas debidamente al proceso, conforme a las cuales deberá

---

<sup>40</sup> Exp. 42.376, *op.cit.*

constatar si XXXXX XXXXX XXXXX faltó o no a los deberes morales y de buena conducta que el orden social impone frente al respeto debido a los menores de edad y su integridad.

Con respecto a las declaraciones del menor, que fueron y son la piedra de toque para analizar el proceder de la víctima, la Sala al hacer una valoración integral de las mismas, encuentra que si bien, a partir de determinado momento el niño empezó a rendir versiones vacilantes, lo cierto es, que en la mayoría de ellas se pueden encontrar trazos reminiscentes de la versión inicial. Dicho de otra manera, descontando las imprecisiones, la versión más reiterativa fue la de la existencia de los abusos.

Así por ejemplo, en el relato que entregó a la profesora y a la que el juez penal le concedió esmerado vigor probatorio, existen referencias claras que remiten a la primera versión. Puede leerse en el fl. 67, c. 3 del control que llevaba la docente y donde recogía las manifestaciones que el menor le expresó: “*vivo en el poli por culpa del señor que está en la cárcel*” y en el mismo recuento (fls. 63-64, c. 3) se transcribió<sup>41</sup>:

*vive en el polideportivo porque un señor le daba unos juguetes y fuimos para la funeraria y nos atendieron unos señores a los que les mostré la casa del señor. Nos fuimos para Manizales a denunciarlo porque este señor me hacía muchas cosas. En Manizales donde una señora que le hace preguntas y lo dejó jugar. Luego le hicieron un examen por todo el cuerpo. Cogieron al señor. El lo reconoció era el número 6. El señor vivía con un hijo más grande que yo, el niño se iba a jugar y la esposa trabaja. Me ponía a tocarlo, los testículos, él se quita la ropa y también se la quitaba al niño XXX y lo acostaba en la cama a ver televisión y lo cobijaba (sic) encima del televisor había muchos ramos de flores para la esposa. Lo tocaba y me decía que lo tocara. El se destapaba y se paraba desnudo, le decía cosas. (...).*

De esto se sigue que, inclusive, en la prueba de mayor acreditación en sede penal, también refiere el menor al evento en la forma y circunstancias como fue vertido inicialmente. Por otro lado, de esta prueba colige la Sala que cuando el niño hizo el reconocimiento estaba consciente de que se trataba no solamente del señor que le ofrendaba los juguetes sino, además, del señor que le hacía las maniobras sexuales que él relató, como además, parece ser también el

---

<sup>41</sup> El escrito presenta la narración unas veces en primera persona y otras veces en tercera persona, pero lo que se conoce es que se trata de un escrito en el que la profesora consigna la entrevista que sostuvo con el menor y lo que este contó a cerca del caso.

entendimiento que tuvieron los funcionarios de la Fiscalía que practicaron directamente la diligencia de reconocimiento en fila.

Ahora bien, como esta versión la transcribió la profesora, en la misma, por ejemplo, no quedaron consignadas las preguntas que la inquiriente hacía y a partir de las cuales el niño ofrecía las respuestas. De esta forma, por ejemplo, cuando alude a XXXX y XXXX, todo lleva a indicar que estaba respondiendo la pregunta respecto de con quienes vivía, ya que en ese momento se remite a dar explicaciones de los familiares que habitaban en la casa con él. Así lo entiende la Sala al apreciar detenidamente el manuscrito. Lo anterior, sin perjuicio de que el menor hubiera estado igualmente expuesto a ultrajes por parte de personas diferentes al aquí demandante.

Obra a fl. 68, c. 3 un manuscrito firmado por XXXXX, que presume la Sala se trate de XXXXX la madre del menor, en el cual refiere:

*El niño fue a pedir un vasito de agua y la señora le dio un vasito de jugo, adverde (sic) de agua. Esta contando el niño XXX: el señor le dijo niño na uste (sic) no lo regañan porque lleva juguetes a la casa, el niño le dijo que sí. El señor es hinosente (sic) porque no tocó ni violó al niño XXX un señor le dio a probar al niño droga a XXXX el niño le dijo que no porque se volvía mariguanero. Norma le dijo al niño que dijera mentiras sobre lo que pasó. El niño le dijo a la doctora mentiras XXXX le dijo al niño que se quitara la ropa le tocó los testículos y lo tocó por detrás con la mano. Este fue el testimonio que conto XXX que el señor es inocente (sic) le preguntó la mama XXXXX (Firma)*

Para la Sala, el testimonio de la madre biológica del menor no reviste credibilidad y, antes bien, suscita dudas, pues, no pasa desapercibido que tanto la madrastra del menor, quien sí convivía con éste, como la psicóloga de la Fiscalía, atribuyeron el cambio de versión del niño a una entrevista que había tenido la madre biológica y el defensor de XXXXX XXXXX con el menor, donde, según se dice hubo de por medio dádivas que para un niño son significativas y, en esa misma línea, llama la atención de la Sala que el escrito que firma XXXXX, se esmera por ser coincidente con las versiones rendidas por la defensa, en el sentido de indicar que los juguetes el niño los recibió del hijo de XXXXX y no de éste, cuando lo que siempre sostuvo el menor abusado –según se aprecia de las pruebas- fue lo contrario.

Por otro lado, ninguna de las piezas que obran dentro del proceso llevan a suponer que la madrastra del niño tuviera intenciones de perjudicar a XXXXX o que lo conociera de antes, o que le asistiera algún interés en afectarlo, o que quisiera deshacerse del menor, pues lo cierto era que a su cargo tenía otros hijos que no eran suyos, pero sí de su compañero permanente.

Entre tanto, para la Sala no es de recibo asociar las divagaciones del menor con un comportamiento delirante y fantasioso. No puede olvidarse que se trataba de un niño de escasos seis años. Una regla de la experiencia viene a indicar, que a esa edad, en verdad que se fabula y bastante, pero no precisamente con escenas de tinte sexual como las que el niño refirió no una, sino varias veces en contra del que él denominaba “el señor” y que reconoció en fila como “el número seis”.

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 inferior, conforme al relato más consistente del menor, que XXXXX 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. Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. 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, XXXXX XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

Siendo así, el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta Sala con ocasión del caso que se viene analizando, termina por sostener que, si bien, se constató que XXXXX padeció un daño antijurídico con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, el mismo es imputable a su propio actuar civilmente doloso, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece.

Adicionalmente, bajo la férula del interés superior del menor aquí expuesto y constitucionalmente relevante, para la Sala es claro que aquellos casos donde se

involucren menores de edad, conllevan deberes de garantía acentuados. En ese sentido, en anteriores pronunciamientos la Subsección, se ha dicho:

*16.1. Los niños tienen el derecho a una vida libre de violencia, es decir, el derecho a no sufrir acciones o conductas que afecten su integridad física, sexual o psicológica; así, frente a un derecho tan esencial como lo es la libertad sexual, el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: por una parte, abstenerse de vulnerarlo por la acción directa de sus agentes (obligación negativa o interdicción de lesión) y, por otra, garantizar el pleno ejercicio de los derechos a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales para protegerlo y preservarlo (obligación positiva o de prestación), lo que supone un avance serio en la conquista de la preservación efectivo (sic) de los derechos de niñas y niños.*

*16.2. Estas obligaciones de respeto y garantía demandan del Estado una actividad de prevención y protección de los niños y niñas, sobre todo, en casos de violencia sexual. (...).*

*16.3. El deber de prevención, según la Corte Interamericana, “abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”<sup>42</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que en el caso concreto el examen médico-legal que en su momento se le practicó al menor arrojó resultados compatibles con maniobras sexuales; así como también, que de las pruebas allegadas se alcanza a inferir graves afectaciones para el menor, como por ejemplo, su desarraigo del núcleo familiar, la exposición al vaivén y pareceres de los adultos para influenciar sus versiones, el hecho mismo de tener que, a tan corta edad, familiarizarse con un lenguaje y unas conductas que no estaba en tenor de comprender y, menos aún, de controlar. Todo ello, supone secuelas psicológicas difíciles de remover a menos que se cuente con la ayuda terapéutica continua y especializada.

Tales menoscabos, en parecer de la Sala, activan los deberes de garantía debida y, por lo mismo, se ve precisada a exhortar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que al menor afectado se le brinde apoyo psicológico a través de la unidad de atención especializada más cercana o de la entidad con la cual se haya articulado la prestación de dichos servicios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 205 de la Ley 1098 de 2006.

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Para tal efecto, el 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.

Así mismo, para efectos de verificar el cumplimiento de la anterior medida, se remitirá copia de esta sentencia a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, en los términos del artículo 24 del Decreto 262 de 2000.

Del mismo modo y comoquiera 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.

## **5. COSTAS PROCESALES**

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 prevé la condena en costa a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de la parte apelante, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **F A L L A**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia del 25 de agosto de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO. DISPONER** que la difusión que de esta providencia se haga no permita la identificación de los involucrados. En ese orden de ideas, las copias deberán omitir los nombres, apellidos y lugares, para poner a salvo la intimidad de los afectados y la presunción de inocencia del apelante.

**TERCERO. EXHORTAR** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF para que se le brinde apoyo psicológico al menor afectado a través de la unidad de atención especializada más cercana o de la entidad con la cual se haya articulado la prestación de dichos servicios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 205 de la Ley 1098 de 2006.

Para tal efecto, con el correspondiente exhorto, la Secretaría de la Corporación INFORMARÁ al ICBF los datos que reposan en el expediente, tendientes a la ubicación del menor.

**CUARTO. EXHORTAR** 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. Para ello, resulta fundamental la adopción de planes y programas de capacitación con enfoque "*pro infans*", más allá del estándar formativo usual.

**QUINTO. REMITIR** copia de esta sentencia a La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Magistrado

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**  
Magistrado