



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN "B"
Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Proceso número: 250002326000200800736 01 (41.832)
Asunto: REPARACIÓN DIRECTA
Actor: SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO
Descriptores: *Privación injusta de la libertad, ausencia de responsabilidad de la administración, culpa grave o dolo civil.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 1 de junio de 2011, mediante la cual se negaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

De acuerdo con la demanda¹, el 15 de abril de 2004, mientras acompañaba a su hermano David Adrián y a su hijo Richard Andrés, luego de salir de trabajar, a la altura de la calle 22 sur con carrera 7 de la ciudad de Bogotá, la demandante fue capturada por agentes del GAULA. Con ocasión de su captura, los medios de comunicación escritos, hablados y visuales hicieron un despliegue magnificado de los hechos, señalándola como una peligrosa delincuente.

El 23 de abril siguiente, se impuso en su contra medida de aseguramiento, por la posible comisión del delito de extorsión, por lo que fue recluida en la Cárcel El Buen Pastor de la ciudad de Bogotá.

¹ Folios 2 al 10 del cuaderno principal. Presentada el 27 de septiembre de 2006.

Mediante proveído del 25 de septiembre de 2004, el Fiscal Noveno Especializado de Bogotá precluyó la investigación seguida en contra de la señora Sandra Inés Gómez Correal, quien recuperó la libertad el 27 de septiembre siguiente.

2. Lo que se pretende

Con fundamento en lo expuesto, la señora Sandra Inés Gómez Correal formuló en contra de la Nación–Fiscalía General y la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, demanda de reparación directa. Solicita las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA.- Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la NACIÓN-Ministerio de Defensa-, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-POLICÍA NACIONAL (GAULA) (sic) por los daños y perjuicios MORALES Y MATERIALES, causados a mi Poderdante SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL, como consecuencia de la detención injusta a que fue sometido (sic) durante el periodo del 15 de abril de 2004 al 27 de septiembre de 2004, primero en las instalaciones del GAULA en Bogotá y posteriormente en las instalaciones de la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá (sic), es decir 5 meses 12 días, conducta que obedeció a las fallas en el servicio reflejadas tanto en el proceso de captura así como en la retención (sic), ocasionadas por la prestación del servicio de la administración de justicia.

SEGUNDA.- Como consecuencia de la declaración anterior condenar a la NACIÓN-Ministerio de Defensa-, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-POLICÍA NACIONAL (GAULA) (sic) a pagar al Sra. (sic) SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL los salarios que había podido devengar con su trabajo durante el periodo del 15 de abril de 2004 al 27 de septiembre de 2004, en suma mensual de quinientos un mil quinientos tres pesos mte (\$459.903) (sic) que equivalen al lucro cesante.

TERCERA.- Condenar a la NACIÓN (Ministerio de Defensa), FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-POLICÍA NACIONAL (GAULA) (sic) a pagar a la Sra SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL todo lo pagado (gastado) por mi defendida para atender el proceso penal al cual estuvo involucrada equivalente al DAÑO EMERGENTE y que correspondió a la suma de siete millones de pesos mte (\$7.000.000.00).

CUARTO.- Para las sumas anteriores que ha de condenar a la NACIÓN-Ministerio de Defensa-, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-POLICÍA NACIONAL (GAULA) (sic) a pagar a mi poderdante el equivalente a MIL (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios MORALES.

QUINTA.- Para las sumas anteriores que ha de condenar a la NACIÓN-Ministerio de Defensa-, FISCALÍA GENERAL DE LA

NACIÓN-POLICÍA NACIONAL (GAULA-BOGOTÁ) (sic) a pagar a mi poderdante la corrección monetaria, conforme al Certificado que expida el Banco de la República para la época del fallo debidamente actualizados.

SEXTO: Ordenar que la NACIÓN-Ministerio de Defensa-, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-POLICÍA NACIONAL (GAULA) (sic), ejecute la sentencia en los términos del art. 176, 177, 178 del C.C.A.

3. La defensa de las demandadas

3.1 La **Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional** se opuso a las pretensiones y adujo que la actora no acreditó la responsabilidad de la institución en la causación del daño cuya reparación se reclama. Alegó la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, pues la Policía Nacional no es la autoridad judicial que ordenó la privación, pues no tiene funciones jurisdiccionales.

Así las cosas, en la medida en que no se configuran los elementos propios de la responsabilidad estatal (falla o falta en la prestación del servicio, un daño antijurídico y nexo causal), las pretensiones deben negarse².

3.2 La **Nación-Fiscalía General** formuló las excepciones de *culpa exclusiva de la víctima* y la *genérica*, con base en que la señora Sandra Inés Gómez Correal, con su conducta negligente y descuidada, fue quien generó la investigación en su contra.

Aunado a esto, indicó que la preclusión de la investigación tuvo lugar por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin que ello implique que la detención fue injusta, dado que los indicios con los que contaba el ente investigador eran, en su momento, lo suficientemente fuertes y contundentes como para imponer la medida de aseguramiento por la que se restringió la libertad de la accionante³.

4. Alegatos en primera instancia

4.1 La **Policía Nacional** reiteró los argumentos expuestos en el traslado de la demanda, indicando que la situación jurídica e imposición de medida de aseguramiento estuvo a cargo de la Fiscalía General de la Nación, de modo que

² Folios 161 al 165 del cuaderno principal.

³ Folios 173 al 179 del cuaderno principal.

no puede aducirse que el daño alegado se produjo por la Policía Nacional y, en consecuencia, debe exonerársele de toda responsabilidad⁴.

4.2 La **demandante** indicó que las pretensiones deben concederse, pues su captura se dio en un lugar distinto a aquel en el que se perpetró el delito investigado; además, fue golpeada y torturada con la finalidad de que confesara un delito que no cometió y exhibida ante los medios de comunicación como una delincuente, con base en una aparente y falsa flagrancia en la comisión del delito de extorsión.

Señaló que la Policía Nacional no puede exonerarse de la responsabilidad alegando que no fue el ente encargado de librar la orden de captura, sin embargo, el procedimiento de captura fue anormal, si se tiene en cuenta que no hubo flagrancia, de manera que se vulneraron los derechos de la demandante.

Finalmente, adujo que es aberrante pensar que la detención se produjo por la propia culpa de la demandante, pues ella no pudo solicitar su propio encarcelamiento, así como tampoco pidió que la golpearan y rindieran informes falsos y contradictorios sobre el momento de su detención⁵.

4.3 La **Fiscalía General de la Nación** señaló que las copias informales allegadas con la demanda no le son oponibles, ya que solo las copias auténticas son susceptibles de valoración, de conformidad con lo previsto en los artículos 253 y 254 del C. de P.C.

Aun cuando se valoraran estos instrumentos, sostuvo que no se probó que, en efecto, la demandante hubiera estado efectivamente privada de la libertad; además, la Fiscalía adoptó las medidas legalmente procedentes, dados los indicios que pesaban en contra de la señora Sandra Inés. Dicho lo anterior, no se estructura un motivo para demandar, pues no se reúnen los requisitos indispensables para declarar la responsabilidad estatal.

Finalmente, alegó la caducidad de la acción, en consideración a que la providencia por la que se precluyó la investigación es del 24 de septiembre de 2004⁶.

⁴ Folios 234 al 237 del cuaderno principal.

⁵ Folios 238 al 243 del cuaderno principal.

⁶ Folios 244 al 248 del cuaderno principal.

5. La sentencia apelada

Mediante sentencia del 1º de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷ negó las pretensiones. Consideró el a quo:

...la responsabilidad recae sobre quien se considera permitió o toleró que la persona que se encuentra bajo su cuidado actúe, contrario a derecho, entonces de aquí se desprende, el deber jurídico concreto de vigilar y educar; que en el fondo lo que erige es esa garantía que ofrece la ley. Así, de aquí parte el principio de que toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieran a su cargo o cuidado.

(...)

Debe anotarse que la demandante para la época de los hechos contó con los medios necesarios para impedir que su menor hijo siguiera frecuentando a la señora ADRIANA MARÍA AMAYA ARANGO, y así haber podido prevenir, el hecho delictual en que se vieron involucrados, pues como primera medida pudo haber previsto que su hijo estaba manejando cantidades de dinero que normalmente un joven de su edad no maneja, y así haber podido indagar de dónde provenían esos dineros y haber impedido que se diera el hecho delictual en que incurrió el menor.

(...)

En síntesis, si bien a SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL le fue ocasionado un perjuicio, lo cierto es que su comportamiento culposo consistente en la ausencia de control, vigilancia y cuidado frente a su hijo RICHARD ANDRÉS SÁNCHEZ GÓMEZ exonera hoy de responsabilidad al Estado, en la medida que con ocasión del actuar por ella desplegado se configuró un eximente de responsabilidad como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

6. El recurso de apelación

La parte demandante apela la decisión⁸. Indica en la alzada que la señora Sandra Inés era ajena a las conductas de su hijo menor de edad, quien participaba en la comisión del delito de extorsión, tal como se aprecia en la denuncia instaurada por la señora Adriana María Arango Amaya.

⁷ Folios 250 al 261 del cuaderno principal 2.

⁸ Folios 263 al 266 del cuaderno principal 2. 31 de junio de 2011.

Solicita la apelante que, más allá de tener como guía los principios planteados en la Ley 1098 de 2006 –que no se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos-, se tenga en cuenta la actual realidad social, en la que no es viable que a la madre se le imputen los errores de sus hijos, ya que la demandante se dedicaba a buscar el sustento diario para la familia, siendo ajena a los actos del menor Richard Andrés.

Así las cosas, no es dable afirmar que la accionante faltó a sus deberes como madre, así como tampoco participó en el ilícito, de manera que lo procedente es conceder las pretensiones incoadas en la demanda.

Finalmente, indica que la Policía Nacional capturó a la señora Sandra Inés, la torturó y exhibió como una delincuente ante los medios de comunicación, de modo que no es viable que esta entidad salga exonerada de este proceso, pues con su actuar se causaron los daños alegados en el libelo.

7. Alegatos de conclusión en esta instancia

7.1 La **demandante** reitera los argumentos expuestos en oportunidad anterior⁹.

7.2 La **Policía Nacional**, por su parte, indica que sus actos no son constitutivos de daño antijurídico. Aunado a esto, no se probó ni estableció con suficiencia la responsabilidad de la institución, de manera que solicita que la sentencia se confirme, declarando probada la excepción de *falta de legitimación de la causa por pasiva*¹⁰.

7.3 La **Fiscalía General de la Nación** pone de presente que la accionante no actuó con mediana diligencia y cuidado, de manera que en este caso la administración se exonera por el hecho de la víctima, quien no actuó como se esperaba de una buena ciudadana.

Insiste en que las copias informales adosadas al plenario no podían valorarse, pues no cumplen con los requisitos previstos en los artículos 253 y 254 del C. de P.C. Con todo, solicita que la sentencia se confirme en todas sus partes¹¹.

⁹ Folios 276 al 287 del cuaderno principal 2.

¹⁰ Folios 288 al 290 del cuaderno principal 2.

¹¹ Folios 298 al 301 del cuaderno principal 2.

7.4 El **Ministerio Público** sugirió revocar la sentencia y, en su lugar, reducir la condena a favor de la accionante en un 50%, en consideración a que la señora Sandra Inés contribuyó con su conducta a la producción del daño.

Lo anterior, comoquiera que, aun cuando la administración privó de la libertad a la señora Gómez Correal y le causó un daño antijurídico, dada la preclusión de la investigación en su contra, fue extremadamente permisiva en el proceso educativo de su hijo, quien se vio inmerso en la comisión de actos delictivos que resultaron afectando a la accionante¹².

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., habida cuenta de la naturaleza del asunto, actividad que debe ser juzgada bajo los parámetros establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996- Estatutaria de la Administración de Justicia, tal como lo definió la jurisprudencia de esta Corporación.

Efectivamente, sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desde el 9 de septiembre de 2008, tiene sentado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996 y 31 constitucional, la primera instancia de los procesos de reparación directa fundamentados en error judicial, **privación injusta de la libertad** o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, iniciados en vigencia de dicha ley, se tramitan en primera instancia ante los tribunales contencioso administrativos y en segunda instancia ante esta Corporación.

¹² Folios 303 al 314 del cuaderno principal 2.

Finalmente, se advierte que la acción se presentó en el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A¹³.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar -en función de los hechos probados- si la actora Sandra Inés Gómez Correal tiene derecho a la reparación por el daño causado por la Nación-Fiscalía General, dado que esta última la mantuvo privada de la libertad para a la postre precluir la investigación.

De donde es menester analizar la actuación de la sindicada en el marco de los hechos debidamente probados en la investigación adelantada en su contra, lo anterior en razón de la autonomía de juez de la responsabilidad para resolver sobre la reparación en el marco de los artículos 2, 85, 90 y 95 constitucionales, al igual que de los artículos 414 del Decreto 2700 de 1991, 65 y 68 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil¹⁴.

3. Tópicos pacíficos en la jurisprudencia sobre la privación injusta de la libertad

En el estado actual de la jurisprudencia no se discute el daño antijurídico y la imputación cuando la sentencia u otra decisión judicial equivalente, deviene absolutoria en los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, estos son, cuando, no obstante la privación de la libertad, se declara que (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica.

En este mismo sentido, en la jurisprudencia de esta Corporación no ha habido resistencia para decretar la responsabilidad estatal en los casos antes referidos,

¹³ En el precedente jurisprudencial es pacífica la premisa según la cual el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde “*la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión*”. Para el caso concreto, la decisión por la que se determinó la preclusión de la investigación seguida en contra de la demandante, confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, data del 24 de septiembre de 2004 y se notificó el día 27 siguiente. Sea del caso anotar que la demanda en el caso *sub examine* fue presentada el día 26 de septiembre de 2006, por lo cual no se había cumplido el término de dos años de caducidad de la acción consagrado en el artículo 136 del C.C.A.

¹⁴ Cabe recordar que la primera instancia absolvió adoptando la configuración del *in dubio pro reo*, en el sentido de que si bien en la absolución penal no se pudo concluir que la responsabilidad penal recayera sobre la actora, ello tampoco excluye que no hubiese cometido el hecho, porque el material probatorio no da respaldo a tal afirmación.

inclusive, en vigencia de la Ley 270 de 1996, pero no como aplicación ultractiva del referido Decreto 2700 de 1991, sino de los supuestos previstos en él.

Así las cosas, en aplicación del precedente vigente¹⁵, la Sala entiende que así se mantenga la presunción de inocencia incólume, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello se traduzca en un menoscabo al derecho fundamental a la libertad, dada la autonomía del juicio de responsabilidad, esto es, de la reparación al margen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ya definidas por el juez penal en ejercicio de su competencia, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, no lograron desvirtuar la presunción de inocencia.

Es que la cláusula general de responsabilidad del Estado en todos los casos exige que la víctima no abogue por su propia culpa, misma que si bien no comprometió su responsabilidad penal, deviene en insuficiente para exigir del Estado reparación, en tanto su conducta no responda a los estándares mínimos de corrección que exige la convivencia, pues sabido es que, a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar el de mantener un estado mínimo de corrección que se traduzca, además, en el respeto por los derechos ajenos y no abusar de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia (art. 95 *ibídem*).

Es de anotar que, dado que se trata de preservar el derecho fundamental a la libertad, las tradicionalmente denominadas causales de fuerza mayor y hecho exclusivo y determinante de un tercero no tendrían que exonerar a la administración, pues, no se entiende que alguien pueda ser privado de la libertad por fuerza mayor o por obra de un tercero¹⁶ y que si lo fue, que deba soportarlo; tampoco por actuación propia en cuanto la concepción filosófica de la presunción de inocencia no permite interpretar las acciones y omisiones propias como fuente de responsabilidad penal, habida cuenta de que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, también tiene derecho a exigir que, sin su concurso, desvirtúe la inocencia de la que el sindicado es el único titular.

¹⁵ Sentencias de ésta misma Subsección, proferidas el 6 de abril de 2011 dentro del expediente 19.225, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, del 28 de mayo de 2015 dentro del expediente 33.907, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, y del 30 de abril de 2014 dentro del expediente 27.414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 19067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En ese orden, la regla general de aplicación de los eximentes de responsabilidad de la administración, cuenta con una subregla de carácter especial, cuando la responsabilidad deviene de la privación de la libertad. En efecto, el artículo 414 del C.P.P. estipula, en su parte final, que los supuestos en él señalados y que dan lugar a la indemnización por la privación injusta de la libertad, proceden a favor del actor “*siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave*”. Salvedad que como los términos utilizados por el legislador lo indican, desligan el análisis de la conducta de la víctima del *iter* criminal por el que fue enjuiciado. Esto si se considera que la culpa grave y su equivalente dolo son parámetros de valoración civil, enmarcadas en modelos previamente establecidos, ajenos a la intención de infringir tipos penales. Así lo ha venido considerando la Sala en decisiones recientes, en las que se afirma que la conducta del imputado, de cara a un modelo legal preestablecido, es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad¹⁷. Subregla que además goza de plena compatibilidad con lo consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en el numeral 6º de su artículo 14:

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 destaca–.

Es así como la Sala ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión del 18 de febrero de 2010 sostuvo¹⁸:

Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp.17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo –se destaca–.*

Lo anterior, sin perjuicio de la autonomía del juez de la responsabilidad para disponer la reparación, fundado en la aplicación integral de la Constitución Política.

4. Hechos probados. Juicio de responsabilidad

Para una mejor comprensión de los hechos que rodean la litis, conviene referir el material probatorio allegado al trámite. Téngase en cuenta que, de conformidad con la sentencia de unificación de esta Corporación sobre las copias simples, se tiene que estas sí son susceptibles de valoración. Señaló el fallo¹⁹:

“...las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad”.

Así las cosas, del material probatorio allegado se extractan los siguientes hechos probados:

4.1 Dentro del proceso penal adelantado en contra de la demandante, su hermano y su hijo, hallan las siguientes pruebas^{20,21}:

4.1.1 Copia de la edición de la revista SEMANA del 14 de junio de 2004, en la que se documentó el caso en los siguientes términos²²:

“JUAN JOYITA”

²⁰ El proceso penal fue trasladado al plenario por solicitud de la parte actora. Con relación a la apreciación de las declaraciones allí rendidas, la jurisprudencia tiene dicho: “...la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de afirmar que la persona jurídica demandada –la Nación- es la misma que recaudó las pruebas en una sede procesal diferente, lo que implica que, por tratarse de testimonios recopilados con la audiencia de la parte contra la que se pretenden hacer valer en el proceso posterior, son plenamente admisibles y susceptibles de valoración, según la interpretación más estricta que pueda hacerse de las formalidades establecidas en el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales la ratificación de las declaraciones juramentadas trasladadas sólo es necesaria ‘... cuando se hayan rendido en otro [proceso], sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior...’” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia de 11 de septiembre de 2013, exp. 20.601, C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Con aclaración de voto de la ponente de esta decisión.

²¹ De acuerdo con el sistema de gestión judicial, no existen procesos para acumular en la Corporación.

²² Folios 7 al 9 del cuaderno 2.

Un joven de 16 años, apoyado por su mamá y un tío, extorsionó a cerca de 30 mujeres, la mayoría profesoras universitarias, a cambio de no revelar los videos y las fotografías de los encuentros sexuales que sostenían con él.

(...)

Las aventuras de Juan Carlos²³ no eran desconocidas para su mamá. Sin embargo, ella se dio cuenta de que el amplio gabinete de conquistas no se limitaba a adolescentes. Empezó a notar que, a pesar de no tener dinero, su hijo llegaba a la casa con camisas, chaquetas, jeans, lociones o cachuchas nuevas con el argumento de que se trataba de regalos de amigas. A la mamá no le tomó mucho tiempo enterarse de que el nuevo guardarropa de su hijo era producto de los regalos de algunas de sus vecinas y unas cuantas dueñas o administradoras de tiendas del barrio que estaban involucradas en fugaces romances con él (...).

Lejos de reprochar al adolescente por sus acciones terminó proponiéndole un negocio que los sacaría de pobres. La idea era sencilla: Juan Carlos ya no recibiría lociones o jeans como compensación por sus ‘servicios’ sino que debería empezar a pedir dinero en efectivo a las mujeres con las que sostendría relaciones sexuales.

(...) A pesar de que las extorsiones realizadas en el sur de la ciudad dejaban buenos dividendos, la mamá de Juan Carlos nunca abandonó su trabajo como empleada doméstica en el norte de la ciudad. Por eso se animó a proponer una idea que, aunque sonaba descabellada, resultó ser muy efectiva: acudir a sus clientes. Se trataba de profesionales exitosas, la mayoría con importantes cargos en universidades prestigiosas, con ingresos muy superiores a los de las víctimas que habían conseguido.

(...)

A aquellas que trabajaban en universidades las amenazaba con pegar las fotos de los encuentros en las carteleras de los claustros y a las que eran casadas, les decía que haría llegar una copia del video a sus esposos. Como si esto fuera poco, Juan Carlos también les revelaba su verdadera edad y les decía que si no pagaban la suma que pedía no solo las destrozaría social y familiarmente sino que las denunciaría penalmente por corrupción de menores. Frente a ese panorama, a las mujeres no les quedaba otra opción que pagar y guardar silencio.

(...) el hermano de una mujer a quien le cobraron en tres oportunidades fue la pieza clave para terminar la corta y lucrativa carrera delictiva del adolescente y su familia.

A mediados de abril pasado, el hombre fue al apartamento de su hermana, profesora de una de las mejores universidades de Bogotá,

²³ El nombre aparece cambiado en la publicación.

y notó que la mujer estaba en la quiebra, había vendido sus joyas y estaba por empeñar todos sus electrodomésticos. Su hermana le confesó que estaba siendo extorsionada, pero nunca le dijo el motivo y le advirtió a su hermano que no iba a poner una denuncia. El hermano salió para el Gaula de la Policía y contó lo que estaba ocurriendo.

Uno de los oficiales buscó a la mujer y logró persuadirla de que le contara el caso. Después de mucho insistir, ella accedió. Le contó que había tenido una aventura con Juan Carlos en octubre de 2003 y le dijo que en noviembre de ese año y en marzo de 2004 había pagado dos extorsiones por 27 millones de pesos. Le dijo que el adolescente había vuelto a aparecer a comienzos de abril y que tenía hasta el 15 de ese mes para pagar una tercera extorsión por 15 millones de pesos.

Los miembros del Gaula comenzaron un operativo para capturarlos. Con los datos suministrados por la profesora realizaron el seguimiento y las interceptaciones telefónicas a Juan Carlos, su mamá y su tío. El día del pago convencieron a la profesora de acudir a la cita y hacerle creer al adolescente que iba a pagar (...) pero no contaba con que a su alrededor había 15 agentes encubiertos esperando que recibiera el dinero de la extorsión. Cuando esto sucedió, el joven fue arrestado, al igual que su mamá y su tío que esperaban a pocos metros del lugar en un taxi.

Las investigaciones establecieron que tan solo entre agosto de 2003 y abril de este año 27 mujeres fueron víctimas de la red.

4.1.2 Mediante comunicación del 15 de abril de 2004, la Dirección Antisecuestro y Extorsión-Sala de denuncias GAULA Urbano Bogotá remitió a la Fiscalía Especializada GAULA Bogotá copia de la denuncia instaurada por la señora Adriana María Amaya Arango. Anexó dos cassettes, tres recibos de consignación en el banco Davivienda, a favor del señor Jorge Gómez Correal, un recibo de retiro en cheque y catorce fotos en las que aparece la denunciante junto con otras personas²⁴.

4.1.3 El Grupo de Acción Unificado por la Libertad Personal-GAULA Urbano Bogotá, en escrito dirigido al Fiscal Diecisiete Especializado GAULA de Bogotá informó las gestiones desplegadas con ocasión de la denuncia formulada por la señora Adriana Amaya^{25,26}:

²⁴ Folio 3 del cuaderno 2. Los anexos que se enuncian no fueron allegados a este trámite.

²⁵ Folios 4 al 6 del cuaderno 2.

²⁶ Lo aquí plasmado coincide con lo señalado por el señor Apóstol Reyes Velosa, SI de la Policía Nacional, en su declaración obrante a folios 52 al 59 del cuaderno 2. Se indicó también en esta oportunidad que el menor recibió el paquete a unos 6 o 7 metros de distancia del taxi en el que lo esperaban su tío y su madre, la demandante. Aseguró también que mientras el menor hablaba con la víctima de la extorsión, el taxi no permaneció inmóvil.

...el día 15 de abril/2004 se ordenó por parte del Comando del GAULA BOGOTÁ adelantar un operativo tendiente a dar con la captura de los autores y partícipes de la extorsión de que venía siendo víctima la señora Adriana María Amaya Arango (...) siendo aproximadamente las 19:00 horas observamos que al lugar llega un vehículo taxi marca Mazda de placas SFO 799, abordado por tres sujetos entre estos una mujer y de allí baja un sujeto de aproximadamente 16 años de tez trigueña cabello corto lucía una gorra de color negro y quien viste chaqueta de jeans (sic) azul y pantalón del mismo color y observamos que se acerca a la víctima y entabla una conversación con esta por algunos minutos, luego recibe de manos de la víctima un paquete que simula la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS y procede a dirigirse nuevamente al vehículo taxi que lo estaba esperando y cuando lo estaba abordando procedo en compañía del señor ST VARGAS CAMACHO CÉSAR y la DG STELLA SÁNCHEZ SÁNCHEZ, a identificarnos como miembros activos de la Policía Nacional adscritos al Gaula urbano Bogotá y a dar captura en flagrancia de estos sujetos, el menor responde al nombre de RICHARD ANDRÉS SÁNCHEZ GÓMEZ de 16 años, quien al ser requisado se encontró en su poder un paquete que simula la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS y en el bolsillo de su chaqueta se hallaron cuatro fotografías de la víctima una de ellas desnuda, la mujer responde al nombre de SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL (...) y quien es la empleada de la víctima y madre del menor capturado (...).

4.1.4 Dentro de la instrucción, afirmaron los intervinientes²⁷:

4.1.4.1 El señor David Adrián Gómez Correal, hermano de la demandante y quien conducía el taxi de placas SFO 799 el día de la captura, en su indagatoria afirmó ser inocente del delito de extorsión e indicó que solo condujo el automotor al lugar en el que fue capturado, en compañía de su hermana –demandante-, pues su sobrino le dijo que iba por unos zapatos²⁸.

4.1.4.2 La hija de la demandante, Lady Viviana Sánchez Gómez, dijo ser quien enteró a su madre sobre los encuentros sexuales sostenidos entre la denunciante de la extorsión y el menor Richard Andrés, motivo por el que la señora Sandra Inés decidió no volver a trabajar en la casa de la señora Adriana María²⁹.

4.1.4.3 El esposo de la demandante, Ángel Ricardo Sánchez Cuéllar sostuvo que su hija, Lady Viviana, lo enteró sobre los encuentros sexuales de su hijo con la

²⁷ Estas declaraciones fueron relacionadas en la providencia del 24 de septiembre de 2004, por la que se precluyó la investigación seguida en contra de la demandante.

²⁸ Folios 11 al 15 del cuaderno 2.

²⁹ Folio 210 del cuaderno principal.

denunciante. Sostuvo también que esta última sostenía relaciones sexuales con Jorge Rufino y con él³⁰.

4.1.4.4 El señor Jorge Rufino sostuvo que sostenía encuentros sexuales con la denunciante de la extorsión y que por ello recibía dinero de su parte. Así mismo, indicó que actuó como el intermediario entre la señora Adriana María y su sobrino en cuanto al recibo del dinero producto de los encuentros³¹.

4.1.5 Mediante decisión del 23 de abril de 2004, la Fiscalía resolvió la situación jurídica de la demandante, imponiéndole medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Argumentó el ente investigador³²:

Se edifica este proceso con base en la denuncia que formulara ADRIANA MARÍA AMAYA ARANGO ante el GAULA, Bogotá donde da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Cuenta la ofendida tanto en la denuncia como en la ampliación de la misma que SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL, tenía llave del apartamento porque laboraba como doméstica y un viernes a eso de las cinco de la tarde, encontrándose esta mujer en compañía del hermano JORGE RUFINO y de ANDRÉS le dieron a beber dos cervezas, quedó dormida y solo recuerda que despertó al otro día sola, con dolor de cabeza, asustada. Que días después, ocho o quince días, en horas de la tarde llega al apartamento encontrando nuevamente a "...Sandra, encontré a Jorge y al hijo de Sandra o sea Andrés, ellos me estaban esperando, y ahí fue cuando SANDRA me mostró las fotos y me dijeron en un principio que si no les pagaba 35 millones me denunciaban con la Policía y le mandaban las fotos a mi papá y a mi mamá, que me denunciaban porque como el muchacho es menor de edad..." Anexa las fotografías y los comprobantes de las transferencias bancarias en Davivienda a nombre de JORGE RUFINO GÓMEZ CORREAL.

(...)

Las explicaciones entregadas por los hermanos GÓMEZ CORREAL en sus indagatorias resultan débiles frente a las pruebas contundentes en su contra. Además la captura en flagrancia, la denuncia y ampliación de esta que de manera coherente hace la víctima respaldada por la prueba documental que habla por sí sola, como son las ofensivas e indignantes fotografías, sumado al indicio de mentira por parte de los tres capturados permite pensar sin temor alguno que se dan a cabalidad los requisitos para proferir en contra de los tres implicados medida de aseguramiento por el delito de extorsión.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Folios 208 al 209 del cuaderno principal.

³² Folios 16 al 22 del cuaderno 2.

(...) SANDRA INÉS no se detuvo a pensar cuando permitió que su propio hijo menor de 17 años cruelmente llamara a la casa de los padres de la víctima para pedir la suma millonaria y fríamente acompañarlo a recoger el dinero exigido. No le interesó la confianza y el cariño que ADRIANA MARÍA le prodigó cuando la contrató como empleada de servicio entregándole las llaves del apartamento

4.1.6 En la resolución dictada el 24 de septiembre de 2004, la Fiscalía favoreció a la demandante con la preclusión de la investigación. Señala la decisión³³:

Datan del 15 de abril del presente año según denuncia formulada por ADRIANA MARÍA AMAYA ARANGO quien pone en conocimiento la extorsión de que viene siendo víctima por parte de los miembros de la familia GÓMEZ CORREAL quienes valiéndose de un menor con quien sostuvo relaciones sexuales y tomaron fotografías durante el acto sexual, a sus espaldas, la mantienen intimidada y obligan a entregar dinero a cambio del silencio para no denunciarla por “abuso de menor” y además mantener en reserva esta relación ante su familia. Que frente a esa intimidación ha tenido que acceder a los propósitos de ellos y entregándoles hasta la fecha la suma de DIECISIETE MILLONES Y MEDIO DE PESOS, la exigencia inicial fue de TREINTA Y CINCO MILLONES pero dejándola en VEINTICINCO MILLONES los que se comprometió a entregar en dos cuotas, como no pudo cumplir con la segunda cuota subieron la exigencia, y a lo último le exigieron QUINCE MILLONES más para entregarle los negativos de las fotografías con las que la someten a la extorsión. Anexa recibos de consignación y fotografías.

Frente a la denuncia así formulada la Unidad Investigativa de Policía Judicial del GAULA de la Policía Nacional quien receptó la denuncia tomó de inmediato acciones tendientes a lograr la captura de los extorsionistas mediante la disposición de un operativo con la colaboración de la víctima lográndose la captura de DAVID ADRIÁN GÓMEZ CORREAL, SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL y RICHARD ANDRÉS SÁNCHEZ GÓMEZ a quien se le encontró en su poder el supuesto paquete contentivo del dinero y cuatro fotografías, menor este último puesto a disposición de los jueces de menores y que acudió a la cita de la víctima con el ánimo de recibir parte del dinero de la extorsión acompañado de su señora madre y su tío quien los movilizaba en un taxi que conducía. Que no dieron una explicación válida frente a la flagrancia en que fueron encontrados y capturados.

(...)

SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL así presentó sus descargos: que se encontraba dentro del taxi con su hermano esperando a su hijo que se encontraba “comprando unos zapatos”, cerca a CAFAM, cuando los capturaron los “señores del GAULA”, que los sacaron del vehículo, los esposaron, a ella se la llevaron al GAULA en el taxi y a

³³ Folios 204 al 223 del cuaderno principal y 23 al 42 del cuaderno 2.

su hermano en otro vehículo. Afirma que conoce a ADRIANA AMAYA ARANGO porque trabajaba en la Universidad donde ella presta sus servicios, que le pidió el favor para que le arreglara el apartamento a lo que accedió se fueron haciendo amigas al punto de invitarla a su casa donde departieron en algunas reuniones familiares. Que en una oportunidad llevó a su hijo menor de 16 años al apartamento de ADRIANA para que le ayudara en el aseo, allí se conocieron y empezaron una relación sentimental cuando él “tenía 15” situación por la que no volvió al apartamento de ADRIANA rompiendo la relación con ella. Que en el transcurso de la captura se dio cuenta que ella sostenía relaciones sexuales con su hijo de las cuales habían tomando una “fotos” (sic) con las que la estaban extorsionando, que ella “...se ofrecía a darle plata y que no dijera nada a cerca (sic) de las relaciones que sostenían ni para que mostrara las fotos que el mismo había tomado...”.

(...)

Tal como lo relata el informe de captura estos dos coprocesados [Sandra Inés y David Adrián Gómez Correal] fueron capturados en momentos en que uno de los extorsionistas, que a la postre resultó ser menor de edad y que dicho sea de paso su situación jurídica no es materia de investigación ni debate aquí, estaba próximo a abordar el vehículo de servicio público conducido por DAVID ADRIÁN y en el que se encontraba SANDRA INÉS GÓMEZ CORREAL, tío y madre del menor infractor, esta es una verdad inconcausa procesal que flagra a la vista en el proceso y que no admite prueba en contrario.

...fueron capturados cuando se encontraban cerca o muy próximos al lugar en donde había sido citado el extorsionista por la víctima para entregar supuestamente el resto del dinero producto de la extorsión, captura que se produjo en el preciso momento en que el extorsionista pretendía abordar el vehículo –taxi- conducido por DAVID ADRIÁN acompañado de SANDRA INÉS, quienes lo esperaron pacientemente mientras él procedía a recibir el dinero producto de la extorsión, al menos así se precisa en el informativo policial, momentos determinantes y cruciales en la comisión de la conducta criminal estando de por medio la denuncia formulada por la propia víctima en la que le hacía sindicación directa a SANDRA INÉS, entre otros, resultando ser todos los capturados miembros de una misma familia, como un clan familiar, indicios estos que ameritaron para ese estadio procesal decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva a esta pareja de hermanos.

(...)

La indagada SANDRA INÉS nunca negó haber entrado y estado en el apartamento de la víctima, pero jamás junto con su hermano JORGE RUFINO y menos en la disposición que afirma ADRIANA; pues SANDRA INÉS afirma que estuvo en cierta oportunidad con su menor hijo pero desarrollando labores propias de su rutina de trabajo por prestación del servicio únicamente.

(...)

Ahora también el menor respecto de su señora madre y su otro tío DAVID ADRIÁN, admite que efectivamente lo acompañaron al Veinte de Julio en donde precisamente quedó de encontrarse con ADRIANA... pero tanto su madre como su tío eran ajenos al encuentro suyo con ADRIANA y obviamente ignoraban a qué iba, como que fueron llevados de “gancho ciego” permítaseme esta vulgar expresión.

También declararon la menor LADY y el esposo de la SANDRA INÉS (sic) quienes cuenta la actitud (sic) o posición que asumió SANDRA INÉS respecto del “romance” o flirteos amorosos que se percibieron entre ADRIANA y su menor hijo, optando SANDRA INÉS por no volver más al apartamento de esta y dejando así de prestarle el servicio; igualmente SANDRA INÉS afirma que le llamó la atención a ADRIANA (...).

El dicho de la víctima respecto de la imputación que le hizo inicialmente a SANDRA INÉS no recibió ningún soporte legal, se quedó hasta ahí, huérfano de respaldo probatorio manteniéndose en este momento el dicho de la presunta sindicada incólume siendo además respaldado por el dicho de sus dos hijos, esposo y el de su propio hermano, cuando advierten que ella desde que se enteró de los amoríos o flirteos amorosos de ADRIANA con su menor hijo decidió no prestarle más el servicio de aseo y retirar la amistad, dichos que a pesar de provenir de su parentela al igual que de su propio esposo no se pueden tomar con beneficio de inventario, pues han logrado cubrir el proceso con una gran sombra de duda, insalvable duda, y siendo así se le ha de acoger con el beneficio de la duda a SANDRA INÉS frente a esta investigación.

4.2 Dentro de este asunto rindió testimonio el señor Pompilio Gratiniano Melo Silva, quien dijo no conocer a la accionante, pero sí a su hermano, quien conducía el taxi de su propiedad.

También testificó el señor Ángel Ricardo Sánchez Cuellar, cónyuge de la señora Sandra Inés, motivo por el que su dicho es sospechoso y el análisis del mismo será más riguroso, de conformidad con lo plasmado en el artículo 218 del C. de P.C. Indicó el señor Ángel Ricardo que sus hijos se vieron psicológicamente afectadas con la privación de la libertad de su madre y, además, pasaron varias penurias de orden económico y que la exhibición del caso en medios televisivos afectó gravemente la imagen de la entonces investigada³⁴.

4.3 De acuerdo con la certificación expedida por el INPEC, la demandante permaneció privada de la libertad en el centro de reclusión para mujeres El Buen

³⁴ Folios 193 al 195 del cuaderno principal.

Pastor del 5 de mayo al 27 de septiembre de 2004³⁵.

Análisis de responsabilidad

Vistos los anteriores hechos que se encuentran debidamente acreditados, se tiene que la demandante permaneció privada de la libertad desde el 5 de mayo al 27 de septiembre de 2004, con ocasión de la instrucción iniciada por la Fiscalía General Nación, entre otros, en su contra, en el entendido de que participó en la comisión del delito de estafa.

Esto, en consideración a que fue capturada, mientras su hijo reclamaba el dinero producto de la extorsión a la que fue sometida la señora Adriana María Amaya Arango, quien en orden a colaborar en la investigación emprendida por el GAULA de la Policía Nacional acudió al lugar señalado por el infractor con el propósito de simular la entrega del dinero exigido.

De acuerdo con la resolución de preclusión (ver párr. 4.1.6), el ente investigador no logró recaudar las probanzas por las que se acreditara la responsabilidad penal de la acá demandante, más allá de toda duda razonable, ámbito en el que el juez de la responsabilidad civil no se inmiscuye, por no ser de su competencia. No obstante, sí es procedente hacer el análisis del comportamiento de la demandante, en el marco de sus deberes de corrección y convivencia social, entre los que se destaca el deber de actuar de buena fe con total respeto del derecho ajeno.

Pues bien, en primer lugar, es menester indicar que existen dos versiones sobre los hechos que rodearon la extorsión. La primera, en la que coinciden la denunciante y los medios de comunicación escritos, atinente a que el menor Richard Andrés extorsionaba a las mujeres con las que sostenía encuentros sexuales con la anuencia de su tío y de la demandante. La segunda, en la que se fincó la defensa de la señora Sandra Inés en el proceso penal, en la que se señala que ella conocía sobre el *romance* que sostenían la denunciante y su hijo y que acompañó a este último a recoger el dinero producto de la extorsión, sin conocerlo, en tanto acompañó a su hijo a adquirir unos zapatos y permaneció con

³⁵ Folio 184 del cuaderno principal. Tenida como prueba de oficio de acuerdo con auto del 13 de octubre de 2010, folios 190 al 191 del cuaderno principal.

ese propósito en un taxi, en las inmediaciones del almacén CAFAM del barrio 20 de Julio en las horas de la noche.

Procederá la Sala a analizar las pruebas en las que se funda cada una de estas versiones, a efectos de decantarse por aquella que cuente con mayor sustento probatorio e ilustre mejor el comportamiento de la demandante, con el propósito de establecer si dentro del marco constitucional que establece derechos y también deberes y a la luz del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil, la actora puede acceder a la reparación que deprecia.

i. El menor Richard Andrés realizaba las extorsiones con el apoyo de su tío y su madre, la demandante.

Se apoya esta versión en la denuncia formulada por la extorsionada, por la que se dio inicio a la investigación, el artículo publicado en la revista Semana³⁶ y los hechos que rodearon la captura en flagrancia, cuando se reclamaba el dinero de la extorsión, cita a la que asistió la demandante.

De acuerdo con estas probanzas, la comisión del delito de extorsión era conocida por la señora Sandra Inés quien, además, propició el escenario para que el menor conociera a la señora Adriana María, al punto de obtener las fotografías y video contentivos de los encuentros sexuales entre su hijo y la denunciante.

Llama la atención de la Sala que, en el momento en el que se hacía la entrega del paquete que supuestamente contenía los \$15'000.000 reclamados por los extorsionistas, la demandante se encontraba con su hermano en un taxi, a unos 6 o 7 metros del punto de encuentro con la víctima, de manera que fácilmente podía reconocer que su hijo compartía con la señora Adriana María, persona para la que la demandante trabajó como empleada doméstica, esto es, conoció que no acompañaba al menor a adquirir un par de zapatos. Aunado a esto, de acuerdo con el dicho del uniformado Apóstol Reyes Velosa (ver párr. 4.1.3 –pie de página-), el taxi no detuvo su marcha, en tanto el encuentro, de suerte que la actora no esperaba a su hijo o por lo menos no explicó lo referido al vehículo en marcha.

³⁶ En la medida en que no obran pruebas que sustenten lo relacionado con la multiplicidad de víctimas ni el suministro de sustancias a la denunciante, ello no se tendrá por probado en este asunto.

Por otro lado, no se entiende por qué la señora Adriana María denunció también a la señora Sandra Inés, cuando se supone que esta desconocía los hechos.

A este respecto, téngase en cuenta que, en la medida en que la denunciante esperaba recuperar las fotografías y el video que reflejaban su intimidad y desnudez, lo último que pretendía era que se conociera la existencia de este material por más personas, al punto que su denuncia se postergó hasta que fue llevada al límite de sus posibilidades económicas.

ii. La señora Sandra Inés desconocía que su hijo extorsionaba a la señora Adriana María.

Esta hipótesis se finca, básicamente, en el dicho de la demandante y sus familiares, cuyos testimonios son sospechosos, dada la relación filial con la señora Sandra Inés y su interés en las resultas del proceso (art. 218 del C. de P.C.).

Se indicó por el esposo y los hijos de la demandante que la señora Adriana María y el menor Richard Andrés sostenían una relación sentimental; que una vez sorprendidos por la hija menor de la señora Sandra Inés (Lady Viviana) la primeramente nombrada le ofreció a la testigo \$50.000 a cambio de su silencio, que la menor rompió en una discusión. Siendo así y enterada la madre, decidió no volver al apartamento de la señora Adriana María³⁷.

Se afirma que la señora Sandra Inés no tenía relación alguna con la extorsión ejecutada por su hijo y que el día de la captura se encontraba acompañándolo a recoger unos zapatos.

Frente a este punto no son contestes los indagados penalmente, estos son, la demandante, su hijo y su hermano, en la medida en que, de un lado, el señor David Adrián (quien conducía el taxi) indicó que su sobrino le pidió que lo acompañara a comprar unos zapatos, versión con la que coincide la acá demandante³⁸, mientras que el hijo de esta indicó que le pidió a su tío David Adrián y a su mamá que lo acompañaran a cobrar un dinero que le adeudaban

³⁷ Folio 210 del cuaderno principal.

³⁸ Folio 207 del cuaderno principal.

con el que pretendía comprarse unos zapatos y que además le pagaría la tarifa de la carrera de taxi³⁹.

De ser así, cabe preguntarse si el menor trabajaba y como esto no se probó, no está claro que lo hacía dada su condición e igualmente reprochar a la madre por su indiferencia respecto del origen del dinero que su hijo emplearía en la adquisición de los zapatos.

Acompañamiento que, de haber ocurrido, no tendría que consistir en que la madre esperara al hijo en un vehículo en marcha; sino que efectivamente lo asesoraría, así fuera solo con su presencia, en la elección y que en todo caso conocería el origen del dinero.

Como bien es sabido, la señora Sandra Inés, en su calidad de madre del menor infractor no se encontraba obligada a denunciarlo o poner en conocimiento de las autoridades el delito (art. 33 C.P.). Sobre el particular ha señalado la Sala:

Asimismo, tampoco se avizora una culpa grave o dolo derivada de la aplicación del artículo 14.6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, referida a la no revelación al poder judicial del hecho desconocido y que condujo en todo o en parte a la detención⁴⁰, puesto que, si bien pudo existir una coartada defensiva cuando permitió su captura sin objeción alguna al tiempo que en sede de indagatoria negó todo conocimiento sobre la forma en que perdió la vida el señor Fernández Astudillo, aún a sabiendas de la posible participación de su hermano en los hechos, como lo señaló con posterioridad a la captura la madre de los implicados, Amparo Fernández Cano, se recuerda que el derecho a la no autoincriminación tiene el carácter de fundamental y es parte esencial del debido proceso. Garantía que cobija al interesado y su núcleo familiar, tal como lo señala el artículo 33 de la Constitución Política⁴¹, por lo que el señor Alexander Fernández Cano no estaba en la obligación legal de declarar en contra de su hermano Jairo y por ende de revelar el hecho desconocido para las autoridades, en tanto su actuación estuvo enmarcada en el ejercicio del derecho precitado.

³⁹ Folio 210 del cuaderno principal.

⁴⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Ley 74 de 1968 y en vigor en Colombia desde el 3 de enero de 1976. Artículo 14. (...) “6. 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.”

⁴¹ Constitución Política. Artículo 33. “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

En ejercicio de esta garantía fundamental, la demandante no se encontraba obligada a denunciar a su hijo, no obstante, ello no excluía el control y vigilancia del menor, en particular, si como la misma lo reconoció, conocía de sus relaciones con mujeres mayores.

Sobre este particular, se tiene que, si bien el joven Richard Andrés al momento de la ocurrencia de los hechos tenía 16 años y, en principio, contaba con autodeterminación en el campo sexual, lo cierto es que con ayuda, cuando menos, de su tío Jorge Rufino y ante la posición aparentemente silente de su madre, ejecutó actos sexuales dirigidos a obtener gruesas sumas de dinero; así, aun si la señora Sandra Inés no hubiere participado en la comisión del ilícito, no puede negarse que permitió que su hijo fuera utilizado para los fines del mismo, lo que se opone a sus deberes de conducta socialmente esperados.

Téngase en cuenta que, de conformidad con lo previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que fue incorporada al ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 12 de 1991, el joven Richard Andrés requería de control, vigilancia y acompañamiento, en orden a su desarrollo integral. El artículo 1º de esta normativa refiere:

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Esta disposición coincide con el artículo 28 del Código del Menor –Decreto 2737 de 1989-, vigente para la época de los hechos, según el cual “Se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años”.

Así, pues, es procedente traer a colación el contenido del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, del 22 de noviembre de 1969, que fue ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, según el cual:

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

En el mismo sentido, el artículo 34 de la misma ley, indica que los menores son sujetos de especial protección, de manera que los Estados Partes tienen las siguientes obligaciones:

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;*
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Bajo este entendido, se tiene que los deberes de protección a los menores atañen a toda la sociedad, pero en particular a los padres, -dada su calidad de sujetos de especial protección.

Así, desde la Constitución Política (art. 44) se demanda de la familia, la sociedad y todas las autoridades el cumplimiento, con carácter prevalente, de “...*la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos*”, en especial frente a las situaciones de violencia física, moral y abuso sexual, al punto que autoriza a cualquier persona para exigir “...*su cumplimiento y la sanción de los infractores*”.

Estas obligaciones se hacen mayormente exigibles a los padres, en cuanto encargados de la crianza, corrección y educación de los niños, teniendo el deber de evitar a toda costa que sus derechos sean vulnerados. Esta obligación se encontraba prevista en el mencionado Código del Menor, vigente al momento de los hechos, que en su artículo 3º dispone:

Artículo 3º: Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción.

Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiariedad.

De ahí que se considere que, en el caso presente, la demandante incurrió en culpa grave, pues cuando menos demostró descuido e indiferencia, respecto de los graves hechos delincuenciales que comprometían al menor.

Siendo las cosas de este modo, se impone negar las pretensiones de la demanda, dado que la accionante incurrió en culpa grave o dolo, en la medida en que no ejecutó los actos que como miembro de la sociedad y madre se esperaban. En consecuencia, la sentencia será confirmada.

Finalmente, debido a las particularidades de este caso y en vista de que hay un menor relacionado con los hechos de la litis, con la finalidad de salvaguardar su intimidad y la de los demás mencionados en este asunto, se dispondrá el cambio de los nombres de los involucrados, además de los lugares y tribunal *a quo*, para efecto de su publicidad por fuera del proceso, únicamente.

6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, toda vez que de las actuaciones del proceso no se colige la existencia de temeridad o mala fe en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

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,

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 1 de junio de 2011, con base en las consideraciones antes esbozadas.

DISPONER que la difusión de esta providencia no permita la identificación de los involucrados. De suerte que las copias omitirán los nombres, apellidos y lugares, con la finalidad de salvaguardar el derecho a la intimidad de los involucrados en este asunto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala
(con impedimento)⁴²

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

⁴² Impedimento aceptado mediante auto del 25 de febrero de 2016 (f. 202-203 c. ppal 2).