



CONSEJO DE ESTADO

SECCIÓN TERCERA

Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., primero (01) de octubre del dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00183-01 (46064)

Actor: ALEXIS GARCÍA CORTÉS Y OTROS

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: Privación injusta de la libertad

Subtema 1: Exclusión de la prueba ilícita

Subtema 2: Medida de aseguramiento en la Ley 906 de 2004

Sentencia modifica

La Sala conoce los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el siete (7) de junio de dos mil doce (2012) que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Fiscalía 8ª Local de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Armenia imputó a Alexis García Cortés el delito de acceso carnal violento en concurso heterogéneo con lesiones personales dolosas. El Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Armenia le impuso medida de aseguramiento, en la modalidad de detención

preventiva, sin beneficio de excarcelación. Posteriormente, la Fiscalía lo acusó por el punible de acceso carnal violento agravado y el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento lo absolvió en sentencia de primera instancia, en aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

Los señores Alexis García Cortés; Luis Hermides García Gaviria; Eludivia Cortés Martínez; María Olga Gaviria Ruiz; Yeny Constanza García Cortés y Cindy Vanessa García Cortés, esta última a nombre propio y en representación de sus menores hijos Solmaian García Cortés y Nicolás García Cortés, presentaron demanda de reparación directa contra la Nación - Fiscalía General de la Nación - Rama Judicial el 9 de septiembre de 2009¹.

Los actores solicitaron que se declarara responsables a las demandadas por la privación injusta de la libertad que padeció Alexis García Cortés. De igual forma, reclamaron el pago de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) e inmateriales (perjuicios morales y “daño a la vida de relación”).

Los demandantes sostuvieron como fundamentos de hecho de sus pretensiones, que el señor García Cortés fue sindicado de los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales dolosas, y privado de la libertad en un proceso penal que culminó con sentencia absolutoria. Aseveraron que la situación descrita les causó un daño que no estaba obligados a soportar.

Según el escrito de la demanda, la Policía Nacional capturó a Alexis García Cortés el 4 de julio de 2007 por la presunta comisión del delito de acceso carnal violento, cuya víctima era la menor P.A.C.G., acaecido supuestamente el 1 de julio anterior.

El Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia con función de control de garantías efectuó audiencia preliminar concentrada el 5 de julio de 2007. La juez legalizó la captura, el fiscal imputó el delito mencionado y solicitó a la juez la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, quien despachó favorablemente la petición. La defensa apeló la decisión, pero el juez de segunda instancia la confirmó.

La Fiscalía acusó al señor García Cortés como autor del delito de acceso carnal violento agravado en audiencia de acusación. El procesado siempre pregonó su inocencia.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento absolvió al actor del delito enrostrado el 12 de mayo de 2008, al considerar que no cometió la conducta punible. La decisión en este sentido fue solicitada por la defensa, el Ministerio

¹ Folios 1-24. C.1.

Público e incluso la Fiscalía.

2.2. Trámite procesal relevante

El Tribunal Administrativo del Quindío rechazó la demanda en relación con Solmaian García Cortés mediante auto del 22 de octubre de 2009², puesto que la parte act5ora no aportó su registro civil de nacimiento y no subsanó dicho yerro en la oportunidad concedida para tal fin.

La Nación - Rama Judicial **contestó la demanda**³ y se opuso a las pretensiones de los accionantes, al manifestar que actuó en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, no vulneró normas de derecho sustancial o procesal, no ordenó una “restricción cualquiera de la libertad física del sindicato por fuera de los casos expresamente previstos en la ley y sin la debida motivación” y tampoco incumplió arbitrariamente los términos de ley en la realización de sus funciones.

Explicó que la captura del actor fue la consecuencia de la petición efectuada por la Fiscalía, la decisión del juez y la denuncia interpuesta por la supuesta víctima y que tal determinación no devino injusta porque en el transcurso del proceso el testimonio de aquella no fue coherente ni conducente.

Además, “influyeron de manera notable las indebidas actuaciones para la obtención de las pruebas por parte de la Fiscalía, al obtener estas con violencia y sin apego a la norma adjetiva penal, lo que impidió que la Fiscalía probara su teoría del caso como lo había prometido desde el inicio del proceso penal”.

Resaltó que la rama judicial no está llamada a responder por las actuaciones de la Fiscalía y que, si bien al juez de garantías le compete imponer la medida de aseguramiento, es el ente acusador quien la solicita, aporta elementos materiales probatorios y en ese momento “se entiende que su teoría del caso se encuentra sólida con los elementos necesarios y veraces para seguir adelante con su acusación”.

También aseveró que en vista de que hubo una denuncia contra el actor que ameritaba establecer la comisión de un delito y proteger a la víctima, el actor tenía la obligación de soportar la investigación penal y las decisiones que allí se tomaron y, en todo caso, no fue absuelto porque se demostrara su inocencia, sino por la carencia de pruebas que acreditaran con certeza su responsabilidad.

Por último, **formuló la excepción de indebida representación**, con base en que la Fiscalía General de la Nación tiene autonomía administrativa y financiera, puede representarse a sí misma y en este asunto no existía responsabilidad administrativa

² Folios 47-48. C.1.

³ Folios 76-97. C.1.

atribuible a un despacho judicial.

De igual forma, la Nación - Fiscalía General de la Nación⁴ se resistió a la prosperidad de las pretensiones esgrimidas por la parte actora y adujo que actuó conforme a la Constitución y las normas sustanciales y procesales.

El ente acusador afirmó que el proceso penal se originó en “pruebas” debidamente recopiladas y avaladas por el juez de control de garantías, quien es el facultado para imponer las medidas de aseguramiento, pues la Fiscalía únicamente la solicita y aporta “pruebas” que el juez debe evaluar para tomar la decisión, por ende, no había nexo causal entre la actuación de la Fiscalía y el daño alegado.

Indicó que en la etapa procesal preliminar no se exige certeza respecto a la responsabilidad penal del sindicado, por cuanto dicho grado de convicción es necesario para emitir sentencia.

Destacó que la absolución se produjo porque la versión de la víctima no convenció al juez, pero no porque se acreditó la inocencia del acusado.

Finalmente, **propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva**, al señalar que no incumbe a la Fiscalía imponer la medida de aseguramiento; **el hecho de un tercero**, con fundamento en que la investigación aconteció a causa de los señalamientos efectuados por la denunciante y tal situación era ajena y exterior a la actividad de la entidad y **la ineptitud formal de la demanda por inexistencia del nexo causal**, ya que no incurrió en actuaciones indebidas en el proceso penal y la absolución no implicaba una indemnización automática.

2.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Quindío emitió fallo de primera instancia⁵ en el que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Para empezar, abordó las excepciones planteadas por las demandadas. Indicó que ambas estaban llamadas a representar a la Nación en este asunto, pero la declaración de responsabilidad correspondería a la entidad que produjo el daño y dicha situación la analizaría al resolver el fondo del asunto.

Enseguida, precisó que Alexis García Cortés fue privado de la libertad en un proceso penal por acceso carnal violento agravado que culminó con sentencia absolutoria. Por

⁴ Folios 89-97. C.1.

⁵ Folios 132-144. C. Ppal.

ende, consideró que la parte demandante acreditó el daño y este era imputable, por un lado, a la Fiscalía General de la Nación porque participó durante todo el proceso penal como ente investigador y acusador y, específicamente, aportó al juez los medios de prueba que lo convencieron de decretar la medida cautelar y, por otro, la Rama Judicial, pues el actor fue absuelto porque no existieron pruebas de su responsabilidad en la comisión del punible imputado.

El Tribunal adicionó que no se configuró el hecho de un tercero, ya que la Fiscalía General de la Nación, entidad que lo alegó, no lo acreditó y de las pruebas aportadas no se desprendía que la acción de un tercero determinó la asignación de la medida de aseguramiento.

En lo relativo a los perjuicios, condenó a ambas demandas al pago de treinta salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para la víctima directa, quince para sus padres y cinco para sus hermanas, abuela y sobrino. De igual forma, reconoció quince SMLMV para Alexis García Cortés como “daño a la vida de relación”.

Finalmente, negó lo solicitado por daño emergente y lucro cesante puesto que el demandante no los probó.

2.4. Los recursos de apelación contra la sentencia

La Nación - Rama Judicial⁶ solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Manifestó que, no obstante que el juez de control de garantías es el facultado para imponer la medida de aseguramiento, el fiscal la solicita en audiencia y “con eso se presume que al momento en que el ente acusador solicita la medida, se entiende que su teoría del caso se encuentra sólida con los elementos necesarios y veraces para seguir adelante con su acusación”.

Afirmó que la medida se cimentó en la petición del fiscal, las “pruebas” recolectadas y la apertura de la investigación ante la denuncia de la presunta víctima y que el ente acusador incurrió en yerros en la recolección de los elementos de prueba que determinaron la emisión de sentencia absolutoria.

Insistió en que la finalidad de la medida fue proteger a la víctima, quien era menor de edad, y se trataba de un delito grave, por lo que la decisión se ajustó a los parámetros legales. Igualmente, al momento de la audiencia preliminar existían elementos de prueba que mostraban al actor como posible autor de la conducta punible de acceso carnal violento agravado.

⁶ Folios 149-153. C.Ppal.

En contraste, la parte demandante⁷ requirió que se modifique el fallo de primera instancia y se conceda la totalidad de lo solicitado en la demanda por concepto de perjuicios morales y “daño a la vida de relación”, ya que los montos reconocidos por el *a quo* no guardaron proporción con la intensidad del daño padecido.

Señaló que la detención vulneró los derechos al honor, buen nombre y honra de los demandantes y que debían tenerse en cuenta las condiciones “execrables, indignantes, infaustas” en las que Alexis García Cortés permaneció en la cárcel, circunstancias que a su juicio, no requieren de prueba porque constituyen un hecho notorio. Adicionó que la jurisprudencia de casos similares reconoce rubros superiores por estos conceptos.

Por su parte, la Nación - Fiscalía General de la Nación⁸ también solicitó que se revoque el fallo de primera instancia. Acotó que el análisis de la actuación de la entidad fue superficial y el Tribunal no tuvo en cuenta que el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 no es una norma procedimental penal y la Fiscalía actuó con fundamento en la normatividad vigente en aquel proceso. Por lo tanto, requirió que se aplique la excepción de inconstitucionalidad del artículo referido, ya que el legislador extraordinario excedió la competencia conferida por el constituyente y reguló la responsabilidad del Estado, situación contraria a lo establecido en el artículo 5 transitorio constitucional. Además, el decreto en mención fue derogado y estableció unas presunciones, pero no un régimen de responsabilidad objetiva.

Subrayó que la medida de aseguramiento contó con los requisitos legales y atendió los principios que fundamentan su asignación, entonces, la absolución, que no acaeció porque el actor demostró su inocencia, no indicaba que en aquel momento procesal la medida cautelar no era procedente.

En definitiva, consideró que debía analizarse la actuación de la entidad y verificar si incurrió en decisiones arbitrarias o abusivas y reiteró que se presentó la “culpa de un tercero” porque la Fiscalía inició la investigación con fundamento en la denuncia presentada por una menor de edad que aseguró ser víctima de abuso sexual, esta fue la causa exclusiva del daño y era un hecho imprevisible e irresistible para el investigador, ya que “no es función de la Fiscalía estar al acecho de denuncias de hechos penales, e irresistible, por cuanto una vez conocida la noticia *criminis*, no le queda otra alternativa que dar inicio a la apertura de investigación del delito denunciado”.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

⁷ Folios 163-174. C. Ppal.

⁸ Folios 175-183. C. Ppal.

La Sala es **competente** para conocer este caso en razón a la naturaleza del asunto, pues la Ley 270 de 1996 determinó que la competencia para conocer las controversias suscitadas por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, corresponden en primera instancia a los Tribunales Administrativos y, en segunda, al Consejo de Estado, sin consideración a la cuantía⁹.

En relación con la **vigencia de la acción**, la Sala recuerda que el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone que el término para formular pretensiones en sede de reparación directa es de dos años que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa que originó el daño reclamado. Asimismo, la jurisprudencia¹⁰ estableció que en los casos de privación injusta de la libertad dicho lapso debe contarse desde el día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que precluyó la investigación o absolvió al procesado, ya que a partir de ese momento el afectado tiene conocimiento del carácter injusto de la detención.

Sobre esta base, al verificar que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia efectuó la audiencia de lectura del fallo absolutorio el 12 de mayo de 2008 y que este cobró ejecutoria ese mismo día¹¹, dado que se notificó en estrados y los sujetos procesales no interpusieron recursos, se confirma que la demanda interpuesta el 9 de septiembre de 2009 se encontraba en término.

De la **legitimación en la causa** por activa, se constata que las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso son Alexis García Cortés como sujeto pasivo de la privación de la libertad y, a su vez, Luis Hermides García Gaviria y Eludivia Cortés Martínez acreditaron ser sus padres¹², Yeny Constanza García Cortés y Cindy Vanessa García Cortés probaron ser sus hermanas¹³, Nicolás García Cortés su sobrino¹⁴ y María Olga Gaviria Ruiz su abuela¹⁵.

Acerca de las excepciones de **indebida representación** propuesta por la Rama Judicial y **falta de legitimación en la causa por pasiva** formulada por la Fiscalía General de la Nación, la Sala las analizará como una excepción por indebida representación, puesto que ambas entidades forman parte de la Nación, que es la legitimada por pasiva en la causa.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, rad. 2008-00009.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de marzo de 1993, rads. 7407-7399, auto del 2 de febrero de 1996, rad. 11.425, auto del 14 de agosto de 1997, rad. 13.258, auto del 24 de septiembre de 1998, rad. 13.626, sentencia del 18 de octubre de 2000, rad. 12.228, auto del 2 de noviembre de 2000, rad. 17.964 y sentencia del 13 de septiembre de 2001, rad. 13.392, entre otras.

¹¹ Folios 32-33. C.1.

¹² Folio 27. C.1.

¹³ Folios 29-30. C.1.

¹⁴ Folio 31. C.1.

¹⁵ Folio 28. C.1.

La Sala pone de presente que el hecho reputado como generador del daño por la parte actora fue la privación de la libertad a la que fue sometido Alexis García Cortés como consecuencia de la medida de aseguramiento que le impuso el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías de Armenia, ante la petición que en ese sentido realizó el ente acusador.

El proceso penal se tramitó en vigencia del actual sistema penal acusatorio, esto es, la Ley 906 de 2004 (CPP). Este nuevo modelo procesal penal trajo consigo que actualmente no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal mediante la adopción de las medidas cautelares necesarias. Ahora, únicamente puede solicitarlas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, pues solo excepcionalmente podrá realizar capturas, en los supuestos señalados por el legislador, con sometimiento al control judicial dentro de las 36 horas siguientes, como sucede, por ejemplo, cuando se aprehende a una persona en flagrancia.

De tal suerte que el juez de control de garantías es el encargado de examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales llevadas a cabo o pretendidas por la Fiscalía General de la Nación se adecuan a la ley y si son o no proporcionales.

La solicitud de la Fiscalía en relación con la imposición de una medida de aseguramiento y la decisión del funcionario de control de garantías acerca de su procedencia se profiere en una audiencia preliminar en la que el fiscal, luego de reseñar a la persona y el(los) delito(s) a lo(s) que haga referencia, insta oralmente a la imposición de la medida al imputado y enuncia los elementos de convicción y la evidencia física legalmente obtenidos que sustentan dicho requerimiento, según lo dispuesto en los artículos 306 y 307 del CPP. Por último, el juez profiere un auto interlocutorio, susceptible de apelación, en el que asigna o no la medida, acorde con lo establecido en el artículo 308 del CPP.

Aunque la decisión es tomada por el juez, la Sala no puede desconocer que la Fiscalía le solicita la medida, le refiere el cumplimiento de los requisitos objetivos y le enuncia los medios de prueba, la información legalmente obtenida y/o la evidencia física que sustentan la petición, entonces, puede encaminar de forma desacertada o engañosa la decisión que adopte el juez sobre la privación de la libertad del sindicado e incluso inducirlo a error, hipótesis en las que cabría el análisis de corresponsabilidad.

De ahí que siempre será necesario verificar en cada caso, con cargo a qué presupuesto debe la Nación soportar las consecuencias del daño causado, pues como se indicó, la persona jurídica demandada en el proceso y señalada como causante del daño es la Nación, de la que hacen parte la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, y esta Corporación fijó como criterio interpretativo¹⁶, según la preceptiva del artículo 49 de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno–, auto de unificación del 25 de septiembre de 2013, rad. 20.420.

la Ley 446 de 1998¹⁷, que “el obligado a reparar los daños es la Nación porque es la persona jurídica que tiene capacidad para ser sujeto tanto de la relación jurídico-sustancial como de la jurídico-procesal, cuestión diferente es quién la representa”.

En conclusión, Sala considera que en estos casos la representación de la Nación concierne a la Fiscalía General de la Nación y a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, independientemente de si, finalmente, una o ambas deban soportar el pago de una eventual condena con cargo a su presupuesto.

Frente a las denominadas **excepciones** de hecho de un tercero e ineptitud formal de la demanda por inexistencia del nexo causal, se aclara que la primera se trata de un eximente de responsabilidad y la segunda un argumento defensivo, ambos dirigidos a contrarrestar las pretensiones esgrimidas por la parte demandante, por ende, serán resueltas en la parte considerativa del fallo, de ser procedente.

3.2. Sobre los hechos probados

El Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Armenia remitió los discos ópticos de las audiencias surtidas en el proceso penal adelantado con el radicado interno N° 630016000033200701613 por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Armenia contra Alexis García Cortés y otros por el delito de acceso carnal violento agravado, solicitados por la parte demandante¹⁸.

La Sala dispuso¹⁹ que en el proceso contencioso administrativo la prueba trasladada debe cumplir los presupuestos del artículo 185 del C.P.C.²⁰ para ser apreciada sin la exigencia de formalidades adicionales.

¹⁷ El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

Artículo 149. Representación de las personas de derecho público. Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos Contencioso Administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. Ellas podrán incoar todas las acciones previstas en este Código si las circunstancias lo ameritan.

En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho.

El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-Rama Judicial estará representada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial.

En los procesos sobre impuestos, tasas o contribuciones, la representación de las entidades públicas la tendrán el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales en lo de su competencia, o el funcionario que expidió el acto.

Parágrafo 1o. En materia contractual, intervendrá en representación de las dependencias a que se refiere el artículo 2o., numeral 1, literal b) de la Ley 80 de 1993, el servidor público de mayor jerarquía en éstas.

Parágrafo 2o. Cuando el contrato haya sido suscrito directamente por el Presidente de la República en nombre de la Nación, la representación de ésta se ejerce por él o por su delegado.

¹⁸ Folio 21. C.1.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 1992, rad. 6514, sentencia del 30 de mayo de 2002, rad. 13.476 y sentencia de 5 de junio de 2008, rad. 16.174

Por consiguiente, la Colegiatura valorará los medios de convicción que se trasladaron del proceso penal, al constatar que las demandadas no los tacharon como falsos ni les restaron mérito para probar.

3.2.1. De la prueba de los hechos relativos al daño y su imputación a la entidad demandada

Según la parte demandante, el daño, entendido como el atentado material contra una cosa o persona, consistió en la afrenta al derecho a la libertad de Alexis García Cortés en el trámite un proceso penal por el delito de acceso carnal violento agravado en el que fue absuelto.

Para acreditar el daño, su carácter antijurídico y la imputación a las entidades demandadas, se cuenta con los siguientes hechos probados a través de los testimonios y documentos aportados, referidos en las notas de pie de página que constan respecto a cada uno de ellos:

- El Juzgado Segundo Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías llevó a cabo la audiencia preliminar concentrada el 5 de julio de 2007²¹.

El fiscal 8º local de la URI de Armenia relató (00:03:39) que el día anterior el fiscal 8º seccional de la URI de la misma ciudad acudió en horas de la noche al Juzgado 6º municipal con función de control de garantías de Armenia para solicitar la emisión de orden de captura por el delito de acceso carnal violento en concurso con lesiones personales dolosas contra Leandro Viveros Mosquera, Jorge Alejandro Gutiérrez Trujillo y Alexis García Cortés. El juez la libró y la SIJIN los aprehendió ese día.

El instructor relató que los fundamentos de la petición fueron los hechos ocurridos contra P.A.C.G., de 17 años, en inmediaciones del barrio *Villa de la Vida y del Trabajo* el 1 de julio anterior.

También refirió que se cumplieron los lineamientos constitucionales porque medió mandamiento escrito de autoridad competente, informó a los capturados de sus derechos y los presentó ante el juez de garantías antes del vencimiento de las 36 horas que indica la ley.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de mayo de 2002, rad. 13.476.

²⁰“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella”.

²¹ Pista 0 audiencia preliminar. CD 1.

La juez impartió legalidad a la captura de los prenombrados (00:15:19).

Enseguida, la Fiscalía imputó a Leandro Viveros Mosquera, Jorge Alejandro Gutiérrez Trujillo y Alexis García Cortés los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales dolosas (00:15:34).

Como hechos relevantes, el fiscal narró que la madrugada del 1 de julio, en inmediaciones de la manzana 10 de barrio *Villa de la Vida y del Trabajo*, la menor P.A.C.G. salió de una residencia, fue interceptada por los indiciados, quienes la condujeron a un rastrojo, pastal o paraje, la golpearon (puños y patadas) y la accedieron carnalmente. Luego de consumir el acto la golpearon de nuevo, por lo que el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminó a la adolescente una incapacidad médico legal de diez días sin secuelas y concluyó la existencia de lesiones derivadas de abuso sexual.

Los imputados no aceptaron los cargos (00:01:10)²².

A continuación, el fiscal solicitó como medida de aseguramiento la detención preventiva en establecimiento carcelario (00:02:00). Expuso que el delito de acceso carnal violento tenía prevista en el Código Penal una pena superior a cuatro años en el Código Penal, la víctima no conocía a los individuos porque solo pernoctó esa noche en la vivienda y luego de los hechos se fue a la entrada del barrio para buscar un transporte, los vecinos se percataron de lo sucedido y llamaron a las autoridades, quienes la hallaron en lamentables condiciones y perturbada.

Mencionó que la adolescente narró al agente Willington Gutiérrez Rojas, respondiente de la llamada de los moradores, lo ocurrido. Seguidamente, un ex policía y unos vecinos indicaron al uniformado que uno de los atacantes merodeaba el sitio y lo señalaron al verlo, por lo que el policía detuvo a Jorge Alejandro Gutiérrez Trujillo.

El instructor prosiguió su relato e indicó que mientras el agente lo requisaba, la víctima lo culpó como uno de sus agresores, entonces, lo condujeron a la Estación de Policía. Allí, la policía tuvo conocimiento de que la noche anterior aquel departía con Leandro Viveros Mosquera y Alexis García Cortés en un establecimiento cerca del lugar de los hechos. Además, sus descripciones coincidían con las características morfológicas suministradas por P.A., por ende, los agentes de turno en la estación, quienes los conocían porque residían en el sector, los buscaron y les solicitaron que los acompañaran al comando, ellos accedieron y allí P.A. los identificó como sus atacantes.

²² Pista 1 audiencia preliminar. CD 1.

Adicionó que como que no hubo captura en flagrancia, la Policía liberó a los tres muchachos y solicitó a la Fiscalía que requiera la orden de captura al juez de control de garantías.

Con base en lo anterior, el fiscal manifestó que se podía inferir razonablemente que los imputados incurrieron en la conducta penal descrita, ya que uno fue capturado en el lugar de los hechos y reseñado por la víctima como su atacante y a los otros dos fueron reconocidos en la Estación de Policía por esta cuando la policía los condujo allí.

Respecto a la procedencia de la medida, el fiscal explicó que los imputados eran un peligro para la comunidad (artículo 310 del CPP) y se trató de un delito grave que mostró la peligrosidad de los sujetos activos, por cuanto tres hombres condujeron violentamente a la víctima desde una vivienda, aprovecharon su superioridad numérica y física para doblegarla, la llevaron a un lugar solitario, la accedieron carnalmente y la golpearon.

Como elementos materiales probatorios, presentó los relatos de los agentes Willington Gutiérrez Rojas y Jhon Darwin Tinoco, la víctima P.A.C.G. y el dictamen médico legal efectuado a esta.

La representante del Ministerio Público (00:29:01) consideró que los elementos materiales probatorios mencionados por la Fiscalía permitían inferir razonablemente los imputados ultrajaron y golpearon a la menor, pues P.A.C.G. claramente los señaló como sus agresores y el dictamen médico legal dictaminó un desgarró en el himen y las lesiones físicas que le causaron.

Destacó que la medida era necesaria, razonable y proporcional, la víctima tenía diecisiete años y los agresores aprovecharon su fuerza y superioridad numérica para someterla, por lo tanto, representaban un peligro para la comunidad y la víctima.

En contraste, el defensor aseveró que primero debía investigarse y luego capturar (00:31:24), puesto que el reconocimiento de la víctima y la decisión de las autoridades de liberar a los sindicados pese a que la captura en flagrancia de Jorge Gutiérrez “dejaba mucho que desear” y denotaba que la menor mintió. Además, los uniformados no trasladaron a la víctima a un hospital para tomarle muestras de semen y comprobar la responsabilidad de los imputados mediante análisis técnico.

Agregó que la SIJIN capturó a Jorge Gutiérrez y a Alexis Cortés en sus casas y Leandro fue a la estación a averiguar los cargos en su contra, es decir, no huyeron, y la Fiscalía no satisfizo los requisitos del artículo 308 del CPP.

Por último, solicitó que, de proferirse medida de aseguramiento, se asignara la detención domiciliaria.

A continuación, la juez acotó que la captura de Jorge se había realizado en estado de flagrancia pero que los agentes lo dejaron ir por desconocimiento de la norma (00:41:23).

Indicó que era viable la imposición de la detención preventiva, dado que la menor identificó e individualizó a los procesados como sus agresores y la entrevista de P.A. con la psicóloga, la entrevista de Willington Gutiérrez y el dictamen médico legal evidenciaron que los imputados eran los posibles autores de los delitos investigados y en ese momento no era necesaria la demostración de responsabilidad penal.

Destacó que la pena imponible tornaba necesaria la comparecencia de los imputados al proceso y el hecho era grave y trascendente porque incidió directamente la escala de valores de la víctima, atentó contra su libertad sexual y la dignidad y la afectaría física y psicológicamente en el entorno personal, familiar y social.

También consideró que se cumplían los lineamientos del artículo 308 del CPP y la Ley 1142 de 2007, dado que esta última estableció que para demostrar que el imputado era un peligro para la sociedad y no comparecería al proceso solo se tenían en cuenta la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, aspectos precisados por el ente acusador.

Finalmente, adujo que la detención domiciliaria no procedía, pues el artículo 216 de la Ley 1098 de 2006 prohibía este beneficio en casos de abuso sexual perpetrados contra menores de edad.

El defensor no apeló la imposición de la medida de aseguramiento (00:51:16).

- El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento efectuó la audiencia de acusación el 2 de octubre de 2007. El fiscal acusó a los procesados del delito de acceso carnal violento agravado²³.

De la audiencia se destaca que la fiscal relató (00:05:37) que en la mañana 1 de julio anterior el comandante de guardia del CAI Puerto Espejo requirió al patrullero de la Subestación que fuera a la calle 50, frente a la manzana 2, casa 1, porque una mujer estaba tendida en la vía pública. El uniformado acudió y encontró a P.A.C.G., quien le dijo la abusaron sexualmente y la noche anterior departía con Julián González Hortúa, este la llevó a casa de una pareja en el barrio Puerto Espejo, pernoctaron allí y al salir en la mañana siguiente para comprar leche, la abordaron un grupo de personas, corrió hacia un callejón porque no conocía el barrio, en la

²³ Pista 2 audiencia de acusación del 2 de octubre de 2007. CD 1.

carrera perdió el equilibrio y los tres hombres la llevaron a un matorral, le quitaron la ropa, la accedieron carnalmente, la golpearon y la dejaron en la vía principal con la ropa destrozada.

La fiscal contó que la policía identificó a los procesados en el lugar de los hechos y remitió a la víctima al médico legista. Por su parte, el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses estableció que P.A.C.G. presentaba equimosis y escoriaciones en su cuerpo y dictaminó una incapacidad de diez días sin secuelas.

El instructor manifestó que la víctima reconoció a los procesados en fila de personas como sus agresores (00:07:10) y, por último, expuso a la contraparte los medios de convicción en su poder.

- El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento realizó la audiencia preparatoria el 16 de noviembre de 2007²⁴.
- El juicio oral inició el 11 de diciembre de 2007 y culminó el 14 de marzo de 2008²⁵.

En principio, la Fiscalía presentó su teoría del caso, al igual que la defensa.

Seguidamente, la juez practicó las pruebas decretadas en la audiencia anterior, así:

Julián Andrés González Hortúa declaró (00:42:13)²⁶ que P.A., su amiga de cinco años atrás y ex novia de su hermano, salió con él [declarante] y otros amigos el 30 de junio de 2007, se reunieron en “la avenida”, tomaron cerveza y permanecieron allí hasta la 1:30 o 2:00 a.m. del día siguiente. Al salir de allí, el grupo fue a su casa, situada en la manzana 7 del barrio Las Acacias, para escuchar música y permanecieron allí hasta las 3:00 a.m.. Luego, P.A. y él salieron a comprar cigarrillos y alcohol, pero todo estaba cerrado y apagado. Indicó que afuera de una pizzería estaban unas personas, puntualmente una muchacha con un amigo (desconocía sus nombres), ambos se sentaron con ellos y, pasadas las 4:00 a.m., la mujer, que era una conocida del barrio, les pidió que la llevaran a su casa.

Continuó su relato al señalar que los tres se fueron en un taxi a la casa de la señora, decidieron dormir ahí porque era difícil conseguir transporte para regresar y hablaron en la sala mientras amanecía. Cuando se levantó a las 10:30 a.m., la señora le dijo que P.A. salió temprano a comprar algo porque tenía sed, por lo que llamó a la casa de esta para preguntar por ella y le contestaron que allí estaba la SIJIN porque abusaron de ella.

Preguntado por la defensa, contestó que rindió entrevista ante la SIJIN, la señora que le pidió que la llevara a la casa estaba con el novio, pero no quiso irse con él [novio] porque

²⁴ Pistas 0 audiencia preparatoria. CD 1.

²⁵ Pistas 0, 1 y 2 audiencia de juicio oral. CD 1. y 3, 4, 5, 6, 7 y 8 audiencia de juicio oral. CD 2.

²⁶ Pista 0 audiencia de juicio oral. CD 1.

estaba en una moto, en la casa las mujeres durmieron cada una en una habitación y él [declarante] en la sala y al día siguiente intentó encontrar la casa con un agente de la SIJIN pero no pudo.

La adolescente **P.A.C.G** declaró (00:07:15)²⁷ que el 1 de julio de 2007 departió con unos amigos, fueron a la casa de Julián, después ellos dos salieron a comprar unos cigarrillos, se encontraron con unos conocidos (tampoco sabía sus nombres) en la pizzería, tomaron algo y acompañaron a una muchacha a su casa.

En dicho sitio, Julián y ella no encontraron transporte para regresar a sus casas porque el barrio era alejado, entonces, decidieron quedarse ahí hasta que amaneciera. A las 7:30 a.m., ella salió a comprar una bolsa de leche, “ellos” (no dijo sus nombres) estaban sentados en un muro, le preguntaron donde vivía, ella corrió, pero como usaba sandalias y medias se cayó, los sujetos la inmovilizaron, eran muy grandes y no se pudo defender, le agarraron las manos “y ya” (la menor no quiso dar detalles de lo sucedido).

Especificó que eran tres personas, dijo que uno tenía las orejas, ojos y dientes grandes y feos y era de baja estatura; otro era de raza negra, alto, “acuerpado” y la nariz ancha y el último era más delgado, la nariz más pequeña y alto. Refirió que tenían entre 22 y 27 años y usaban ropa ancha.

Indicó que los hechos ocurrieron “en ese barrio”, que “era un lugar muy feo y era un pastal”, con casas pequeñas, una cancha de fútbol y un callejón.

Explicó que estaba en ese barrio porque el día anterior celebró el cumpleaños de una amiga, fue a la casa de Julián con unos amigos, salió con aquel a comprar unos cigarrillos, se encontraron con unos conocidos, al ver que una muchacha estaba ebria Julián y ella la llevaron a su casa y se quedaron a pernoctar allí porque no pudieron devolverse.

Precisó que fue atacada como a las 7:30 de la mañana, los tres sujetos le dijeron que la matarían, la agredieron verbalmente, la golpearon en la cara y el cuerpo y mientras sucedieron los hechos Julián estaba en la casa donde durmieron.

Se negó a contar con pormenores lo acontecido (00:20:31), pero aseveró que los tres procesados la agredieron sexualmente.

Al responder las preguntas de la defensa, mencionó que el suceso salió en las noticias y mucha gente se enteró, aunque ella solo lo contó a su familia.

Reconoció la entrevista que rindió ante un investigador de la SIJIN y comentó que estuvo acompañada por un defensor de familia mientras la rindió.

²⁷ Pista 1 audiencia de juicio oral. CD 1.

Se refirió de nuevo a los hechos, comentó que llegaron a Las Acacias a las 2:30 a.m., la casa donde pernoctó tenía rejas y todas eran iguales y, por tal motivo, no se acordaba bien de su ubicación.

La menor sostuvo que antes de ir a ese barrio estuvo en una fiesta de quince años, tomó dos tragos de aguardiente y luego ingirió cerveza.

Puntualizó que Julián, la señora, el esposo de esta y ella fueron al barrio Puerto Espejo y Julián y ella acompañaron a la pareja porque discutían. Agregó que ella durmió en un sofá e insistió en que salió de la casa alrededor de las 7:30 a.m.

En respuesta a los interrogantes del Ministerio Público, señaló que los sucesos ocurrieron en un sitio poblado, pues habían casas y personas alrededor.

Preguntada por la juez, aseguró que los tres sujetos la abusaron sexualmente y la penetración fue vaginal (00:40:40). Sin embargo, rompió en llanto y se angustió, por lo que el defensor de familia solicitó a la juez terminar el interrogatorio.

El agente **Willington Gutiérrez Rojas** mencionó (00:48:14)²⁸ que laboraba en el CAI de Puerto Espejo, el día de marras estaba en patrulla de vigilancia y le informaron por radio que alguien llamó a la estación y avisó que una mujer lloraba sentada en el pasto en un punto del barrio Puerto Espejo. Al llegar al sitio, vio una niña descalza y sucia en el borde de la carretera, quien estaba muy alterada, le dijo que le pegaron y “la habían abusado a la fuerza”. La menor no dio detalles, pero tenía la ropa “arrastrada”.

Expuso que, mientras su compañero hablaba con ella, un ciudadano que tenía un local de computadores diagonal al sitio donde estaban arribó y le dijo que unos muchachos, dos morenos y uno blanco, la dejaron ahí y se retiraron. El [declarante] se dispuso a cruzar la calle, vio un muchacho blanco, delgado y “con cara de vicioso” que el señor del ocal de computadores le señaló, lo detuvo y le indicó que un ciudadano aseveró que dejó a la niña ahí. El agente indicó que el individuo se quedó callado, pero la niña lo vio y empezó a gritar, momento en el que el muchacho le respondió “no, yo me la comí (sic) pero porque ella quiso”.

El testigo acotó que después de esto, acudió a la Estación con la niña y el muchacho. Allí, el comandante de guardia (Carlos Alberto Ríos) se sorprendió al ver al detenido porque lo conocía. El [declarante] comentó a aquel que el señor de los computadores, que se apellidaba Matacea y lo conocía porque se había pensionado recientemente de la Policía, le dijo que en la mañana vio al muchacho con dos hombres morenos.

Enseguida, Ríos le detalló que a las 7:00 a.m., mientras se dirigía a la estación a iniciar el turno, observó al capturado con “Leo”, Alexis y la muchacha mientras ingerían alcohol en Puerto Espejo, puntualmente en el camino que va desde La Virginia a la Estación de Policía, y que conocía a los jóvenes porque los veía a menudo en el barrio.

²⁸ Pista 1 audiencia de juicio oral. CD 1.

El agente prosiguió con la narración y afirmó que el compañero de patrulla (Mauricio Blandón) le comunicó que sabía dónde vivían “Leo” y Alexis, por lo que acudieron a la casa de alguno de los dos, no recordaba cuál, allí les abrió una señora, a quien le anunciaron que una muchacha señalaba al “rolo” (Jorge Alejandro) de haber abusado de ella. La señora llamó a los muchachos y cuando él les informó lo que sucedía, le contestaron que si se refería a una niña delgada, ella departió con Jorge Alejandro, al parecer le pidió “vicio” y se quedaron solos mientras ellos [Alexis y Leandro] se fueron a dormir. Adicionó que los muchachos querían aclarar las cosas, entonces, se vistieron y lo acompañaron voluntariamente a la estación.

Indagado por la defensa, reiteró que el primer capturado (Jorge Alejandro) manifestó que tuvo relaciones consentidas con la adolescente y reiteró que su compañero [Ríos] le contó que pasó por el lugar donde estaban los tres sujetos y la muchacha sentados mientras ingerían licor, y que, incluso, lo saludaron, dos o tres minutos antes de las 7:00 a.m.

Insistió que Alexis y “Leo” querían esclarecer el asunto y por eso fueron a la estación. Ahí, la niña los vio, vilipendió a todos, incluidos los policías, y le gritó que no servía para nada porque no llevó a los sujetos en calidad de capturados, aunque no los señaló como sus agresores.

Acentuó que P.A.C.G. estaba muy alterada y vociferaba que le pegaron y abusaron de ella, pero no le vio golpes, sino que tenía la ropa desordenada, estaba sin zapatos y su cuerpo rojo, como “arrastrada”.

En el redirecto del fiscal, el uniformado precisó que avisó a la central y efectuó la anotación en el libro de población, pero no elaboró un informe de lo acontecido.

Inquirido por la representante del Ministerio Público, señaló que cuando Jorge Alejandro apareció en la vía mientras él [declarante] estaba con la niña, ella pregonaba “el fue, el fue, el fue” y repitió que Jorge le aseguró que tuvo relaciones sexuales con la adolescente, pero que ella aceptó.

Recalcó que, al llegar a la estación con los otros dos sujetos, P.A. los vio y gritó “ese era el que me pegaba [...], cójalo, cójalo por qué no le hace nada, usted no sirve para nada”, sin hacer un señalamiento directo. Describió que los muchachos estaban sorprendidos y, aun así, no le contestaron.

También explicó que efectuó el procedimiento en compañía del patrullero Mauricio Blandón Amaya, quien adelantó el caso fue el agente Tinoco de la SIJIN y Blandón, Ríos y él tenían el mismo turno de la mañana.

Finalmente, aclaró que los policías de la estación no entrevistaron a la menor, pero el agente Tinoco llegó alrededor de las 9:30 a.m., permaneció con ella mientras fueron a la casa de Alexis o “Leo” y no supo si la entrevistó.

Fabián Alberto Tapasco Ardila reseñó (01:26:37)²⁹ que tenía un montallantas en el barrio Puerto Espejo y el 1 de julio de 2007 observó a una muchacha mal vestida y sin zapatos con tres hombres, dos arreglados y otro “así como después de una fiesta, trasnochado o enguayabado”, aproximadamente a cuarenta o cincuenta metros de su negocio. Describió que no la vio golpeada y creía que sus acompañantes eran los procesados, pero no los recordaba bien.

Afirmó que la muchacha dialogaba con los individuos, aunque no escuchó la conversación.

Indagado por la defensa, expuso que dudó al señalar a los acusados porque no los conocía y podían parecerse a otros sujetos con el tono de piel moreno porque en el barrio residían muchas personas con esa tez y características similares.

Evocó que los dos hombres bien vestidos no estaban sucios y la niña no gritaba ni corría, sino que hablaba con ellos y divisó cuando dos de ellos tomaron un bus en la carretera y se fueron, mientras el otro se quedó con aquella.

Al contestar el redirecto y contradirecto, manifestó que el suceso ocurrió a las 7:00 o 7:30 a.m. y que las personas que divisó sí eran los procesados, aunque también dijo no estar seguro (dudó al responder).

El testigo particularizó al Ministerio Público que la niña era de baja estatura y delgada, mientras hablaba con los individuos no gritaba sino que movía las manos, en la zona existía un gradual al que se accedía por una carretera y un camino por el que transitaba mucha gente y, efectivamente, se ubicaba cerca de donde vio al grupo.

Afirmó que con anterioridad al suceso avistó a los sujetos en el barrio, empero, desconocía sus nombres y no tenía amistad con ellos.

Ante las preguntas complementarias de la juez, refirió que dos de ellos se fueron en el bus y ella se quedó con el tercero, permanecieron allí alrededor de media o una hora, el sujeto fue a comprar algo para tomar, ella se sentó en un pastel y enseguida llegó la policía. En ese momento muchas personas arribaron al sitio y el muchacho regresó, aunque no se percató qué hizo y tampoco contó a la Policía que aquel era el acompañante de la menor, dado que al instante recibió un cliente, pero sí lo comentó con su amigo Matacea.

Por último, no pudo reconocer cual de los tres procesados fue el que vio despeinado y como salido de una fiesta y comentó que, por el camino que tomaron, suponía que los cuatro jóvenes provenían del gradual.

Jaime Antonio Matacea narró (02:03:50)³⁰ que tenía un negocio de computadores en el barrio Puerto Espejo y el día de los hechos, al abrirlo a las 7:00 a.m., más o menos a 150

²⁹ Pista 1 audiencia de juicio oral. CD 1.

³⁰ Pista 1 audiencia de juicio oral. CD 1.

metros notó a una muchacha de baja estatura, delgada, blanca, pálida, mal vestida y con comportamiento extraño que venía del gradual con dos muchachos, reconoció a uno en la audiencia e indicó que mientras los jóvenes hablaban los vio “manoteando”. Afirmó que uno se fue primero y luego de un tiempo el que se quedó con ella la dejó en el sitio sola. Posteriormente, un muchacho moreno llegó y partió con uno de ellos en un bus (el relato respecto al momento en que los tres sujetos se retiraron del sitio fue confuso).

Especificó que las autoridades llegaron entre las 8:00 y 8:30 a.m., el joven que se retiró del sitio (no especificó el momento) regresó con algo en la mano y él [declarante] comentó a los agentes que ese muchacho estaba allí con la menor antes de los agentes arribaran.

Contestó al Ministerio Público que cerca de su sitio de trabajo había un gradual; a la defensa, que la muchacha venía del gradual con dos personas, y a la juez, que uno de los sujetos que departió con la muchacha estaba presente en la sala en esa audiencia, la niña se sentó en el suelo son él, mientras el otro sujeto se fue. Después, una tercera persona se aproximó a la niña, hablaron un rato y se fueron (no explicó bien este suceso).

Jairo Ruiz Vásquez manifestó (02:30:51)³¹ que su casa se situaba cerca de un sendero del que habitualmente salía gente joven y el día de marras dos hombres y una muchacha emergieron de allí mientras le hacía mantenimiento a su vehículo en el garaje de su vivienda.

Describió a la mujer como joven, delgada, blanca, baja estatura y cabello largo. Indicó que hablaba incoherencias y silbaba y, a su juicio, estaba drogada, lo que concluyó por su comportamiento y porque en el sector expendían estupefacientes. Denotó también que los hombres la arreglaban, en el sentido de organizarle el cabello y la ropa, y no vio que sangrara en ninguna parte de su cuerpo.

Señaló que uno de los muchachos tomaba de la mano a la niña (a quien reconoció en la audiencia), ambos actuaban como una pareja normal y todos se fueron del sitio en un bus hacia “la central”.

Inquirido por la defensa, acotó que en ningún momento la muchacha gritó o alzó la voz y tampoco discutió con sus acompañantes.

Mencionó que el camino hacia “la central” era un camino sin pavimento y el montallantas y el negocio de internet se situaban a la salida y diagonal al sendero, respectivamente.

La psicóloga clínica **Viviana Marcela Silva Galeano** declaró (00:07:50)³² que entrevistó a P.A.C.G., quien estaba perturbada pero su estado mental era normal y podía contar la experiencia que vivió. Concluyó en su informe que aquella tuvo vivencias de carácter sexual, sin dar detalles.

³¹ Pista 1 audiencia de juicio oral. CD 1.

³² Pista 2 audiencia de juicio oral. CD 1.

Recordó que la menor se sentía agredida física y emocionalmente, era notorio el maltrato físico que padeció, lloraba mucho y le contó que se encontró en la calle con tres sujetos que la golpearon, insultaron y abusaron sexualmente. También dijo que la menor le aseguró que intentó suicidarse al lanzarse a un vehículo y que hubo violencia en la experiencia sexual que vivió.

Inquirida por el Ministerio Público, aclaró que solo podía responder que la menor vivió experiencias sexuales, puesto que no preguntó a P.A. si fueron consentidas o no.

Ante cuestionamientos de la juez, contestó que no averiguó quien era el adulto que la acompañó a P.A. durante la diligencia y creía que era una amiga.

Respecto a la valoración, recalcó que dedujo que la niña vivió una experiencia sexual traumática pocos días antes de examinarla porque notó que estaba en shock.

La doctora **Ana María Londoño** testificó (00:53:48)³³ que laboraba en la Seccional Quindío del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses e introdujo el informe médico legal sexológico que practicó a P.A.C.G.

Rememoró que la menor sostuvo que la noche anterior estaba en el barrio *La Fachada*, buscaba una tienda para comprar leche, se cruzó con varios hombres que estaban en un andén, quienes la llevaron a la fuerza a un pastizal, le pegaron y abusaron de ella mediante penetración vaginal. Puntualizó que P.A. creía que los tres la atacaron y uno de ellos le pegó porque no permitió ser accedida analmente.

Explicó que en el examen físico encontró dieciocho escoriaciones y equimosis en la cara, extremidades, zona lumbar y dorsal de la paciente que fueron ocasionadas por mecanismos contundentes y abrasivos y, que si bien pudieron producirse durante un acceso carnal, también podían causarse por caídas en estado de embriaguez.

Refirió que la menor entregó un *boxer* para análisis de frotis, pero no recordaba si P.A. lo llevaba puesto o en la mano ni su procedencia. Acotó que efectuó examen de embriaguez a P.A. porque no lo consideró necesario, ya que los rastros de alcohol ya no eran detectables dado que habían pasado más de veinticuatro horas desde los hechos.

Ante preguntas de la juez, señaló que P.A. presentaba desgarró antiguo en el himen, es decir, que había tenido relaciones sexuales con más de diez días de antelación al examen. También esclareció que era factible que una penetración vaginal violenta no dejara huellas en los genitales y que ella no halló lesiones a P.A.

Añadió que la menor le dijo que el *boxer* era suyo, lo portaba el día de los hechos encima de su ropa interior y lo dejó en el sitio del ataque.

³³ Pista 3 audiencia de juicio oral. CD 2.

Finalmente, afirmó que el análisis fue positivo para espermatozoides (sin embargo, el resultado del examen no fue presentado como prueba, pues la Fiscalía indicó que el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses no lo allegó a tiempo para su descubrimiento a la defensa).

El investigador de la Policía Nacional **Jhon Darwin Tinoco Reyes** atestó (01:18:24)³⁴ que el 1 de julio de 2007 recibió un comunicado de la Estación Puerto Espejo en la mañana, no recordaba bien la hora, relativo a que allí estaba una joven que aseguraba haber sido abusada sexualmente. Por ende, acudió a la estación la encontró sin zapatos, cabello y ropa desorganizada, piel roja y boca maltratada.

Reseñó que los policías le explicaron la situación, le contaron que identificaron a tres jóvenes como los posibles agresores y que estos se presentaron en la estación para aclarar el asunto. Enseguida, realizó diligencias de averiguación y entrevistó a varias personas, quienes le dijeron que vieron a una niña salir con unos muchachos y que estos la trataron de arreglar porque su aspecto era desordenado.

Contestó a la defensa que recepcionó una entrevista a la víctima, pero no citó al defensor de familia ni a un representante legal de la menor y tampoco la plasmó por escrito.

Recontó que P.A.C.G. reconoció a los procesados como sus atacante durante un reconocimiento en fila de personas efectuado en la cárcel, pero tampoco existía constancia de ello, no citó al defensor de familia y aunque una hermana de aquella la acompañó, no le permitieron el ingreso.

En el recontradirecto mencionó que fue con la víctima a averiguar el sitio exacto de ocurrencia de los hechos, pero no lo localizaron porque P.A. no lo ubicó porque no era del sector.

Al responder las preguntas complementarias de la juez, señaló que no recordaba la fecha exacta en que intentaron encontrar ese sitio, aunque fue el mismo día en el que realizaron una inspección.

La bacterióloga **Margarita María Arregocés Torregrosa** introdujo (01:10:22)³⁵ el informe técnico medico legal sexológico practicado a P.A.C.G., solicitado por la Dra. Ana María Londoño. Reveló que recibió una muestra de aquella para efectuar un frotis vaginal y examinó una pantaloneta para búsqueda de espermatozoides, cuyo registro indicaba que le pertenecía a P.A. y era color “mora en leche”. Clarificó que no encontró espermatozoides en la muestra de la niña, pero si en la pantaloneta, sin establecer si correspondía a alguno, varios o todos los procesados.

³⁴ Pista 3 audiencia de juicio oral. CD 2.

³⁵ Pista 4 audiencia de juicio oral. CD 2.

Yeny Constanza García Cortés, hermana de Alexis García Cortés, relató (00:02:05)³⁶ que el sábado 30 de junio de 2007 salió a las 11:30 p.m. con Alexis, Leandro y otros amigos a las fiestas de Calarcá, luego todos acudieron a una discoteca en Armenia y alrededor de las 3:00 a.m. del día siguiente fueron a Puerto Espejo a la casa de una amiga, donde permanecieron hasta las 6:00 a.m., ella se regresó a su casa y Alexis, Leandro, “Tuluá” y otro que desconocía el nombre se quedaron en “la esquina de la casa del policía”.

Rememoró que ella se durmió y su hermano llegó cinco minutos antes de las 7:00 a.m., aproximadamente, acompañado de Leandro, y cerca de las 9:30 a.m. apareció la policía, ambos se fueron con los agentes y su mamá le pidió que avisara al papá de Leandro lo acontecido.

Posteriormente, Alexis, Leandro y un tercero que no conocía regresaron a la casa y explicaron a su madre y a ella que fueron a la estación para aclarar un asunto sobre una niña que estaba en la carretera, pero el miércoles siguiente los capturaron.

Ludibia García Cortés, madre de Alexis García Cortés, declaró (00:26:25)³⁷ que el 1 de julio de 2007 retornaron primero sus hijas Yeny y Cindy, le anunciaron que Alexis estaba en la esquina con “Leo” y otros amigos, cuando faltaban cinco minutos para las 7:00 a.m. regresaron Alexis y Leandro, se durmieron y entre las 10:00 y 10:30 a.m. arribó la Policía, los agentes preguntaron por “Leo”, ella lo llamó y luego de hablar un momento él [Leandro] se puso la camiseta y se fue con ellos, pero todos se devolvieron y un uniformado solicitó a Alexis que lo ayudara a aclarar el asunto, por lo tanto, todos salieron.

Al rato regresaron los muchachos y Alexis le contó que les tomaron unas fotos con un celular y “los hicieron firmar”. Varios días después lo capturaron.

Pedro Fernando Betancur Carvajal testificó (00:45:51)³⁸ que a las 5:30 a.m. del 1 de julio de 2007 empezó a gestionar su negocio de asadero y observó frente al sitio, en el andén, a una mujer que durmió durante más o menos cuarenta minutos, después se levantó y se fue con unos muchachos que estaban ahí antes que ella llegara (“Alejandro” y otro que no conocía) con los que charlaba y reía.

Diego Alejandro Perea Montaña, alias “Tuluá”, atestiguó (01:05:04)³⁹ que estuvo en las fiestas de Calarcá con Alexis, las hermanas de este, Leandro y otros amigos, se regresaron alrededor de las 3:00 o 3:30 a.m. a Armenia y se fueron a la casa de una amiga en Puerto Espejo hasta las 5:00 o 5:30 a.m. Indicó que al final de esa fiesta departió con los tres acusados en una esquina e ingirieron el aguardiente que les sobró. Mientras estaban en ese sitio llegó una muchacha drogada, alcoholizada y mareada, se sentó con ellos y les pidió cigarrillos y drogas, pero no le dieron porque no consumían sustancias.

Relató que la niña se quedó ahí y les dijo que era de Estados Unidos, diseñadora, hablaba varios idiomas y venía de una fiesta en la que la “dejaron tirada”. Después, Alexis y

³⁶ Pista 4 audiencia de juicio oral. CD 2.

³⁷ Pista 4 audiencia de juicio oral. CD 2.

³⁸ Pista 4 audiencia de juicio oral. CD 2.

³⁹ Pista 4 audiencia de juicio oral. CD 2.

Leandro se fueron a sus casas y él [declarante] se fue del lugar con “el rolo” [Jorge Alejandro Gutiérrez] y la niña, pues ella no se quería separar de ellos y les pedía dinero. Narró que en el trayecto la muchacha se cayó, pasaron el guadual, él [declarante] se fue en un bus y “el rolo” y la joven se quedaron cerca del montallantas.

Aseguró que no supo si sucedió algo entre Jorge Alejandro y la muchacha, puesto que mientras estuvo con ellos no vio nada extraño y solo hablaron.

Ulteriormente, señaló que no entendía por qué Alexis y Leandro estaban en el juicio, dado que se fueron antes que ellos y la muchacha ya tenía varios morados en el cuerpo cuando la conocieron, pues ella les contó que se cayó antes y estaba ahí luego de que sus amigos la dejaron sola.

Dagoberto Cardona Robledo adveró (00:38:12)⁴⁰ que el 1 de julio de 2007 estaba en el parqueadero de su casa, ubicada frente a la Estación de Policía y vio a una muchacha que caminaba con unos policías, ella los insultaba y ellos se reían. También divisó a “Alejandro”, escuchó que la niña gritaba que no quería entrar a la estación porque los policías querían tocarla y uno de los uniformados le preguntó si la habían “violado” y ella contestó que no.

Como último testigo, **Esteban Viveros**, padre de Leandro Viveros, narró (00:12:37)⁴¹ que el 1 de julio de 2007, alrededor de las 9:30 a.m., una muchacha llegó a su casa a contarle que Leandro y Alexis estaban en la Estación de Policía por un problema con una mujer. Indicó que fue a dicho sitio, habló con su hijo, salió a comprar una gaseosa y vio a la niña, quien como “trabada” le hablaba en inglés y le decía que era de Estados Unidos.

Mencionó que la policía tomó fotos y huellas digitales a su hijo, quien no estaba detenido en ese momento, pero días después sí lo aprehendieron.

Cabe resaltar que la juez excluyó las entrevistas que la menor rindió ante la psicóloga Viviana Marcela Silva Galeano y el investigador Jhon Darwin Tinoco, el “reconocimiento en fila de personas” efectuado por P.A.C.G., la inspección al lugar de los hechos, entre otros (al parecer un informe elaborado por el uniformado Tinoco, la cadena de custodia del *boxer* y unas fotos de los acusados, no se tiene claridad) porque la Fiscalía no los descubrió a la defensa.

A continuación, las partes efectuaron los alegatos finales⁴², los defensores solicitaron la absolución de los procesados y la Fiscalía requirió fallo condenatorio para Jorge Alejandro Gutiérrez Trujillo y absolutorio en relación con Leandro Viveros Mosquera y Alexis García Cortés.

⁴⁰ Pista 5 audiencia de juicio oral. CD 2.

⁴¹ Pista 5 audiencia de juicio oral. CD 2.

⁴² Pistas 5, 6, y 7 audiencia de juicio oral. CD 2.

Por su parte, la juez anunció el sentido del fallo como absolutorio para los tres acusados (00:01:34)⁴³, con fundamento en la falta de señalamiento directo de la menor P.A.C.G. y las falencias e irregularidades en el proceso investigativo por parte de la Fiscalía, entidad que demostró la existencia del hecho ni su autoría. Por tal motivo, ordenó la libertad de los procesados.

- El Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento ofició la audiencia de lectura de fallo el 12 de mayo de 2008⁴⁴.

La juez señaló que con los testimonios de los testigos de descargo y los agentes de la policía constató que Leandro Viveros y Alexis García dormían en la casa de este último mientras supuestamente ocurrieron los sucesos investigados, situación que, además, le restó credibilidad al dicho de la menor P.A.C.G. y el señalamiento que hizo ante las autoridades, relativo a que los acusados la agredieron sexualmente.

Respecto a Jorge Alejandro Gutiérrez Trujillo, destacó que solo se acreditó que estuvo con P.A.C.G. en la madrugada, pero no que la sometiera a sostener relaciones sexuales contra su voluntad.

Indicó que no existieron testigos de los hechos y el relato de la víctima no era contundente, el informe médico legal sexológico no mostró un acceso carnal violento, pues la médica explicó que las lesiones pudieron ser causadas por fricción con superficies como el suelo y la adolescente presentaba desfloración antigua.

También mencionó que la ofendida omitió declarar que departió con los acusados en una esquina del barrio Puerto Espejo y que les pidió licor, drogas y dinero, evento que observaron varios testigos. Además, P.A.C.G. no suministró las características de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, su narración no coincidía con lo aseverado por las personas que la vieron esa mañana y era viable pensar que si el acceso carnal aconteció fue con su consentimiento.

La juez subrayó que la Fiscalía efectuó labores investigativas que no descubrió a la defensa, como la investigación de campo efectuada por Jhon Darwin Tinoco, la inspección al lugar de los hechos acompañados de P.A.C.G., el reconocimiento en fila de personas que la víctima hizo en el centro carcelario sin representante legal ni defensor de familia, las fotos tomadas con celulares a los indiciados, la pantaloneta o *boxer* al parecer perteneciente a P.A.C.G. enviada al laboratorio y su cadena de custodia, la información que Tinoco obtuvo indebidamente al interrogar a la menor sin autorización y presencia de su representante legal y sin defensor de familia, así como enfrentarla a quienes ella señaló como agresores y todas las diligencias que dicho agente realizó sin la obligatoria presencia de los sujetos mencionados.

⁴³ Pista 8 audiencia de juicio oral. CD 2.

⁴⁴ Pista 1 audiencia de lectura de fallo. CD 1.

Resaltó que la labor investigativa tuvo muchas falencias, “dejando por tanto mucho que desear el manejo en conjunto de los elementos materiales probatorios en que cimentaron esta investigación criminal por vulneración al debido proceso que debía imperar en ella”.

Finalmente, concluyó que la menor no ejecutó un señalamiento directo, concreto y legal contra Jorge Alejandro Gutiérrez en el juicio oral y existía duda respecto a la autoría y responsabilidad del acusado en la comisión del delito, pues el oficial Wellington Gutiérrez Rojas aseveró que Jorge Alejandro le dijo que sostuvo relaciones sexuales consentidas con P.A. y el solo dicho de la aparente víctima relativo a que la abusaron sexualmente en la forma y circunstancias narradas no permitía establecer tal suceso con grado de certeza y mucho menos demostraba la participación de más de una persona.

- El director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario San Bernardo de Armenia certificó el 16 de agosto de 2011 que Alexis García Cortés estuvo recluido allí desde el 8 de julio de 2007 hasta el 14 de marzo de 2008, por cuenta del proceso penal 2007-01613⁴⁵.

3.3. Problemas jurídicos

La Sala debe determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial de una o ambas demandadas por la privación de la libertad padecida por Alexis García Cortés como consecuencia de su vinculación al proceso penal adelantado por el delito de acceso carnal violento agravado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Armenia con funciones de conocimiento lo absolvió de responsabilidad penal, pues no se demostró la ocurrencia del hecho ni su participación.

Para el efecto, la Sala tendrá que establecer si el daño padecido es de carácter antijurídico, para lo que determinará i) si se afectó un derecho subjetivo y fundamental a la libertad física, ii) si existió algún título legal que justifique la lesión al interés jurídicamente tutelado y, iii) si la causa del daño se originó en la conducta dolosa o gravemente culposa de la víctima.

Una vez establecida la antijuridicidad del daño la Sala procederá a realizar el respectivo estudio de imputación, en el que analizará si se presentó el hecho de un tercero.

Por último, si se encuentra que el daño es imputable a una o ambas demandadas, se analizará si la sentencia respetó los baremos preestablecidos por la jurisprudencia de unificación de esta Corporación en relación con los perjuicios inmateriales.

⁴⁵ Folio 31. Cuaderno de pruebas.

3.4. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad

3.4.1. La antijuridicidad del daño, elemento axial del juicio de responsabilidad patrimonial conforme al artículo 90 Constitucional.

El entendimiento que ha hecho nuestra jurisprudencia de la cláusula constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra más próximo a la dogmática elaborada por los españoles a partir de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que a la doctrina francesa estructurada con bases mediatas en el derecho romano e inmediatas en el código civil de Napoleón, cuyo centro de gravedad residía en la calificación jurídica negativa de la conducta del causante del daño y se afirmaba en la culpa o falla del servicio.

En efecto, el legislador español de 1954 *unificó sistemáticamente las instituciones aparentemente disímiles de la expropiación forzosa y de la responsabilidad civil de la administración* en cuanto concibió una especie de común denominador a las dos instituciones, consistente en la lesión patrimonial sufrida por el particular como consecuencia de la actuación administrativa. De esta manera, la ley 16 de 1954 vino a ser entendida *como una norma de garantía integral al patrimonio privado frente a la acción de la administración*⁴⁶.

Bajo estos mismos lineamientos, la Corte Constitucional colombiana ha dicho que:

La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, consagrado en la Constitución, ampliamente desarrollado por vía jurisprudencial⁴⁷

Para un mejor entendimiento del significado de la lesión, en cuanto sustituto de la culpa como centro de gravedad del juicio de responsabilidad patrimonial de la administración en el contexto dogmático español, viene bien el siguiente texto de uno de los más connotados exponentes de esa doctrina:

(...) si la Ley ha eliminado la consideración de los elementos de ilicitud y culpa para construir la institución de la responsabilidad administrativa, ¿sobre qué apoyar esta? La misma Ley nos da un criterio: lesión. El giro de la teoría de la responsabilidad desde la perspectiva de la acción dañosa a la del daño en sí mismo queda cumplido. **Pero esto fuerza a reconstruir cuidadosamente el concepto de lesión o de daño para hacerle capaz de soportar el ingente peso que sobre él se echa.**

⁴⁶ García de Enterría, Eduardo. *Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa*. Ed. Cívitas, 1984. Reproducción de la edición que en 1956 publicó el Instituto de Estudios Políticos, págs. 175- 176.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

Vamos a utilizar el término “lesión”, que es el que la Ley utiliza. El primer cuidado ha de ser separar del concepto, del puramente vulgar de “perjuicio”. Posiblemente esta distinción oculte buena parte del escondido principio de una teoría general de la responsabilidad. El concepto de perjuicio es puramente económico, material; el de lesión es ya un concepto jurídico. Lesión sería el perjuicio antijurídico. **Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo) sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo)**, perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud”. (Negritas y subraya fuera de texto)⁴⁸

Empero, necesario es admitirlo, no son pocas las dificultades que comporta esta perspectiva de la responsabilidad, no sólo por la fuerza inercial que tiene la visión tradicional subjetiva y romanista, sino porque por momentos parecería suficiente con la idea de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima, para que fluya de ella, casi que intuitivamente, el juicio de antijuridicidad del daño.

Allende la manida definición del daño antijurídico, solo se ha dicho, con la pretensión de clarificar el asunto:

Desde ese principio (el principio abstracto de la garantía del patrimonio), **la calificación de un perjuicio en justo o injusto depende de la existencia o no de causas de justificación civil en la acción personal del sujeto a quien se impute tal perjuicio**. La causa de justificación ha de ser expresa y concreta y consistirá siempre en un título que legitime el perjuicio contemplado...⁴⁹⁻⁵⁰ (negrilla fuera de texto)

Resulta fácil advertir, cómo el autorizado doctrinante español, muy a pesar del aviso que ha formulado líneas atrás, de la necesidad de verificar que el perjuicio se revele antijurídico en sí mismo y no causado antijurídicamente, párrafos después remite al análisis de la acción personal del sujeto, en perspectiva de justificación, para efectos de determinar la antijuridicidad del daño.

Esta digresión en su pensamiento, sin embargo, puede ser solamente aparente, si se trata de explicar con apoyo en la doctrina jurídica civilista, especialmente la italiana, la que con ocasión del entendimiento del *danno ingiusto* al que alude el artículo 2043 de su Código Civil, aclara:

La distinción de jurídico (strictu sensu) y antijurídico, lícito e ilícito, justo e injusto, depende, en definitiva, del criterio de valoración propio del derecho. Es manifiesto que la

⁴⁸ García, *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, pág. 178.

⁵⁰ La influencia de esta construcción doctrinal sobre nuestra jurisprudencia ha sido expresamente reconocida por esta. A guisa de ejemplo, la Corte Constitucional ha dicho: “La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 (...) **Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país**” (Corte Constitucional C 333/96) (negrilla fuera de texto).

misma común experiencia demuestra que el empleo de sus conceptos **entraña una apreciación de los actos humanos...**

(...)

Cuando el acto humano es no sólo jurídicamente relevante, sino mas específicamente antijurídico, esta nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido...

(...)

En todo caso, por supuesto, la antijuridicidad no es más que una cualidad o modo de ser del daño y del acto que lo ocasiona

(...)

Se ha afirmado que, **cuando el acto es antijurídico, la nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido.** Y se ha precisado que el acto antijurídico es, en cuanto tal, perjudicial, productor de daño (a su vez, volvemos a repetir, antijurídico)⁵¹ (Negrilla fuera de texto).

Pues bien, como nuestra jurisprudencia ha entendido que el artículo 90 de la Constitución ha incorporado una cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado en perspectiva de proteger la indemnidad del patrimonio de las víctimas, y por ende, ha reconocido al daño antijurídico como elemento axial de tal responsabilidad, en consecuencia con ello, ha observado una metodología en los juicios de responsabilidad que parte de la constatación de la existencia del daño a la víctima, subseguida de la verificación de su antijuridicidad; de modo que a la fase de imputación sólo se hace tránsito una vez probada la existencia, en el caso, del daño antijurídico. Hay razón en ello, pues ausente el daño antijurídico, carece de objeto el juicio de imputación.

En esa línea de acción, el derecho administrativo colombiano (que no está en ello lejano del español) ha obviado los riesgos de abordar en forma abstracta el entendimiento de la antijuridicidad del daño, y ha optado, en su lugar, por dejar al juez su concreción, para que decida en cada caso si este es antijurídico y si debe, en consecuencia, ser resarcido, solución que **obliga al Juez a exponer las razones que sustentan en cada caso, y según las pruebas obrantes en el expediente contencioso administrativo, el juicio de juridicidad o de antijuridicidad del daño.**

⁵¹ De Cupis, Adriano. El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, editoria Bosch, 2ª Edición, 1 octubre 1975, págs. 85-86.

Esta Subsección ha dicho en algunas ocasiones⁵², siguiendo en ello a la doctrina italiana que, el daño incorpora dos elementos: uno, físico, material, y otro jurídico, formal. Que el elemento físico o material, consiste en la destrucción o el deterioro que las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad, y ha señalado que en cuanto tal, este elemento deviene insuficiente hacia la activación del derecho para facilitar la reacción de quien lo padece en orden a la reparación o compensación del sacrificio que de él deriva. Que, para que el daño adquiera una dimensión jurídicamente relevante (para que pueda predicarse su antijuridicidad) es menester que recaiga sobre un derecho subjetivo o sobre un interés tutelado por el derecho; que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique, que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado; y que su menoscabo o deterioro no haya sido causado, ni haya sido determinado por el hecho de la propia víctima^{53_54}.

En relación con el segundo de tales supuestos, esto es, la ausencia de un título de justificación para la producción del daño, esta Sala encuentra por lo menos conveniente, para atender a los requerimientos de una debida motivación del juicio, que en cada caso se observen, entre otras, directrices como las siguientes:

1. Que la antijuridicidad (vale decir, la contradicción con el derecho, como un todo; la injusticia, la arbitrariedad o ilicitud) del daño puede ser una extensión de la antijuridicidad de la acción directa o indirecta del servicio. Parece elemental comprender que nadie está obligado a padecer un daño que procede de un accionar antijurídico.
2. Que, lo anterior no significa, en modo alguno, que la antijuridicidad del daño dependa exclusivamente de la antijuridicidad de la acción del servicio.
3. Que hay actuaciones autorizadas por el ordenamiento fundamental del Estado que, sin embargo, en la praxis, consideradas las circunstancias del caso particular, exceden el marco de los correlativos deberes que el artículo 95 de la Constitución le impone a toda persona.
4. Que, aunque en principio, el ejercicio de competencias de ley comporta para sus destinatarios un correlativo deber de soportar sus consecuencias sin consideración a que materialmente configuren un daño, la mera atribución previa de competencia no basta, para justificar la producción del daño, entre otras, por las siguientes razones:

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencias del 23 de abril de 2018, rad. 43.241; 23 de abril de 2018, rad. 43.085; 23 de abril de 2018, rad. 43.214 y 23 de abril de 2018, rad. 48.364.

⁵³ No se desconoce que la culpa de la víctima se ha estudiado tradicional y generalmente con ocasión del juicio de causalidad, pero consideramos que una teoría de la responsabilidad fundada en la protección del patrimonio de la víctima permite y hace aconsejable entender que el daño determinado por la conducta de la víctima no puede ser contrario a derecho. Al punto advierte la doctrina: "...si el perjuicio se imputase al propio titular, o a una causa externa e irresistible, no se daría la nota esencial de la antijuridicidad; si fuere el propio titular, porque no es concebible que nadie pueda hacerse agravio jurídico a sí mismo, y si se trata de fuerza mayor, porque faltando un sujeto no puede trabarse la relación de antijuridicidad" (García, Ibidem, Pg. 179). De Cupis, por su lado, dice: "el perjuicio que se sufre por causa de uno mismo, se considera daño, en la acepción usual de la palabra; pero fácilmente se descubre que tal perjuicio no tiene valor de daño (entiéndase, por supuesto, en sentido jurídico)" (Ob Cit. Pg. 84).

⁵⁴ A estos supuestos se debe agregar, **para que se configure el perjuicio**, que la lesión tenga consecuencias ciertas en el patrimonio económico o moral de la víctima.

- Porque, no siempre los móviles y finalidades de ley coinciden con los móviles y finalidades de su ejecutor, y puede ocurrir, además, que aún sin que la acción estatal merezca juicio de reproche subjetivo, sus causas resulten ser puramente aparentes y su desvanecimiento se verifique durante el tiempo en el que se extienda el daño;
 - Porque, la afectación que causa la ejecución de la ley, jurídica como pudo ser al momento de ser ordenada, puede perder este atributo si no se adoptan las medidas de restablecimiento del derecho o interés lesionado ante el advenimiento de nuevas circunstancias que hagan perder sustento a la decisión inicial;
 - Porque, la relación entre el interés general y los derechos subjetivos, en especial los de rango fundamental, no es ni puede ser entendida en términos excluyentes;
 - Porque, el daño, sin consideración a la mera legalidad formal de su causa, puede comportar una desigualdad injustificada en la asignación de cargas públicas⁵⁵;
 - Porque, la afectación del derecho subjetivo fundamental debe ser estrictamente necesaria, útil, adecuada y proporcional, respectivamente, a los fines de la norma que la autoriza y a los hechos que le sirvan de causa.
5. El Estado de necesidad y la legítima defensa que bien puede justificar una conducta en perspectiva sancionatoria, tienen efecto diferente en sede de resarcimiento de daños, conduciendo, bien a la asignación de las consecuencias dañinas al beneficiario del detrimento que supuso la satisfacción de la necesidad o la defensa del derecho, o bien a la distribución de las consecuencias entre los asociados, si de necesidades o derechos de interés general se trata.

En fin, la verificación de circunstancias particulares, conforme a la prueba obrante en el expediente y relacionadas con criterios como los que se han expuesto a manera de ejemplo, resultan necesarias para satisfacer el imperativo de motivación de la decisión judicial respecto a la antijuridicidad del daño.

3.4.2. El artículo 90 de la Constitución y la privación injusta de la libertad

⁵⁵ Este ha sido, de antaño, el sustento de los títulos objetivos de imputación, en particular, del daño especial. Empero, como lo sugiere su *nomen*, la especialidad del daño en estos casos se origina en la inequidad existente entre éste y el que obliga soportar a la generalidad de las personas, de modo que nada obsta para que se emplee el principio de igualdad en el juicio de antijuridicidad del daño. Su tradicional estudio en el contexto de la imputación se explica por el acento que daba la dogmática francesa de la responsabilidad a este elemento de la responsabilidad.

En cuanto atañe a la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, la Ley 270 de 1996 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (LEAJ) desarrolló el artículo 90 constitucional en su artículo 65 en los siguientes términos:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Y en relación con la privación injusta de la libertad, prescribió en su artículo 68:

Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

3.4.3. La privación injusta de la libertad como un daño antijurídico.

Para un adecuado entendimiento de este texto normativo del artículo 68 de la LEAJ, ha de advertirse que, aunque el sintagma “privación injusta de la libertad” puede denotar tanto un hecho dañoso como la consecuencia de este sobre la persona, tal cual está redactado el artículo 68, fácilmente puede apreciarse que el legislador lo empleó en su segunda acepción, para aludir a la privación de la libertad, como un daño. Y es que, sin lugar a dudas, ella constituye en sí misma el elemento fáctico de un daño, aún sin consideración a los efectos que llegue a tener sobre el patrimonio económico de la víctima, ya que la libertad es un bien que goza de especial protección por el ordenamiento constitucional, útil al hombre para satisfacer necesidades no económicas, tanto como para la procuración de bienes que puedan ser estimables económicamente, y por tanto, su aminoración configura el elemento material de un daño.

Por otro lado, como puede apreciarse, el texto de la Ley Estatutaria introdujo en su prescripción un elemento jurídico que alude a la injusticia del daño, elemento este con el que se satisface la condición necesaria para poner en acción (o mejor, en reacción) al ordenamiento jurídico en orden a facilitar a quien lo ha padecido, la reparación o compensación de su sacrificio con cargo a un patrimonio diferente del suyo.

Sobre este daño, la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de la constitucionalidad de la Ley Estatutaria, dijo:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme

a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.

Bajo estas consideraciones, la Corte profirió una decisión de “constitucionalidad condicionada interpretativa” del artículo 68, con la que impuso, como condición para que pudiera permanecer el texto normativo en el ordenamiento jurídico, una interpretación suya que encontró “conforme a la constitución” y excluyó otras tantas que juzgó inconstitucionales.

En ese orden de ideas, la Corte desestimó como contraria a la Constitución toda interpretación que pueda conducir *en forma automática (a) la reparación de (...) perjuicios*, bajo la única consideración de la privación de la libertad, como si tal privación fuese de suyo injusta. En consecuencia, fijó dos condiciones para que la aplicación que haga el operador judicial del artículo 68 de la ley Estatutaria sea conforme a la constitución: a) que el juicio de antijuridicidad esté soportado en un *análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención*, condición que puede entenderse relacionada con la **calificación jurídica del acto dañoso**; y b) que tal análisis permita demostrar que la privación de la libertad, **ya entendida como daño**, fue *abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, (...) (que) no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria*.

Pues bien, esta Subsección entiende que estas dos condiciones se satisfacen a cabalidad con la operación de análisis que ha venido desarrollando en sus sentencias al momento de juzgar la antijuridicidad del daño, análisis que propone profundizar en la línea expuesta bajo el acápite inmediatamente precedente de esta providencia.

Ya en relación específica con la privación de la libertad, la ausencia de un título de justificación para la producción del daño puede sustentarse a través de una motivación que desarrolle premisas, como las siguientes, que encuentran respaldo en el derecho constitucional y convencional:

- El artículo 28 de la Constitución autoriza, tanto el arresto, como la detención preventiva, bajo determinadas y precisas condiciones: debe producirse “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”. Por tanto, en cuanto la detención es una medida autorizada por la ley, sus efectos no pueden ser apreciados, en sí mismos, como constitutivos de un daño injusto.

- Esta autorización constitucional ha de entenderse excepcional como una elemental consecuencia de la valía *ius* fundamental del derecho a la libertad física de las personas. Por tanto, la regla general debe ser el juzgamiento en libertad del individuo, hasta tanto se defina su responsabilidad penal⁵⁶, y la detención preventiva debe ser una excepción, marginal aún a otras medidas preventivas.
- La detención preventiva no puede ser entendida, ni tratada de facto como una sanción, pues es una medida de aseguramiento que forma parte de las llamadas medidas cautelares es decir, “de aquellas disposiciones (...) cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”⁵⁷. La medida de detención preventiva no puede entenderse como una pena anticipada ni como un instrumento para la materialización de fines de prevención general o especial del delito, porque estos últimos son fines propios de la pena, y la detención preventiva es una medida cautelar⁵⁸.
- En cuanto forma parte de las medidas cautelares, su adopción en cada caso particular debe responder a dos condiciones cuya existencia debe ser verificada por la autoridad jurisdiccional que impone la medida, y sustentada en la parte motiva de la providencia que la implante, en forma clara, explícita y debidamente razonada. Tales condiciones son: apariencia de buen derecho, y peligro por la mora procesal, y en función de ellos el legislador ha dispuesto los requisitos de la detención preventiva.
- La apariencia de buen derecho se concreta en el cumplimiento del estándar probatorio que impone el legislador, en relación con la apariencia de responsabilidad, para la adopción de la medida (artículos 356 de la ley 600 de 2000 y 308 de la ley 906 de 2004). Esto porque la decisión de imponer la medida de aseguramiento debe estar basada en la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, que permitan establecer fehacientemente la participación del investigado en los hechos que se le imputan. La medida no puede adoptarse con base en conjeturas y suposiciones. Dicho de otra manera: “El Estado no debe detener para luego investigar”⁵⁹. Esta valoración probatoria debe constar de manera explícita, adecuada y suficiente, pues de lo contrario la detención configurará una flagrante violación al derecho a la libertad personal⁶⁰.
- Ahora bien, si ese estándar probatorio se cumple, la medida preventiva así implantada no admite juicio de reproche por razón de los resultados del proceso penal, salvo que estas sean el producto del desvanecimiento (que no de la no reafirmación) de la apariencia de responsabilidad (porque el hecho materialmente no existió, porque el investigado no lo cometió ni participó en su

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *J versus Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 2013. Ver también *Herrera Espinoza y otros versus Ecuador*, sentencia del 1 de septiembre de 2016.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 774 de 2001.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez Rosero versus Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997. Ver también *J versus Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 2013.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Palamara Iribarne versus Chile*, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

realización, porque a pesar de haberlo hecho la conducta no era típica, o porque el hecho ya no podía ser investigado por las autoridades judiciales). Al margen de estas hipótesis, la medida habrá cumplido, formal y materialmente, a satisfacción, las exigencias del principio de legalidad⁶¹.

- En consecuencia con la consideración inmediatamente precedente, la absolución o cualquier otra decisión equivalente que adopte la autoridad judicial correspondiente como consecuencia de la aplicación del *principio in dubio pro reo*, solo conlleva daño antijurídico si se traen al proceso contencioso medios de convicción que denoten la injusticia de la detención en el caso particular, sin que pueda inferirse esta injusticia, de forma automática, como una consecuencia de la intangibilidad de la presunción de inocencia, pues apta, como es esta presunción, en materia sancionatoria, para mover a la absolución del reo por la fuerza del artículo 28 constitucional, resulta insuficiente *per se* como causa de la obligación resarcitoria. La detención preventiva, se itera, es una medida preventiva, no una sanción y tal presunción opera de diferente manera en uno y otro evento: frente a la sanción, inhibe la decisión de condena, pero en relación con la medida preventiva, determina el juicio sobre su proporcionalidad.
- Ahora, la detención preventiva puede derivar en daño antijurídico si a pesar del cumplimiento de ese estándar probatorio relativo a la responsabilidad, si la autoridad judicial no muestra razonada y razonablemente que en el caso existían elementos probatorios suficientes para inferir que de no ser impuesta la medida en la modalidad detentiva, el investigado podría entorpecer el desarrollo de la investigación o evadir la acción de la justicia⁶² (*periculum in mora*).
- Evidenciados suficiente y razonadamente, tanto la apariencia de responsabilidad, como el peligro para el desarrollo de la investigación, en relación con punibles frente a los que el legislador haya previsto la detención preventiva, la autoridad judicial a cargo de la investigación soporta el deber jurídico de imponer la medida *periculum in mora* y *fumus boni iuris*.
- Además, la detención preventiva que se impone con observancia de los requisitos legales referidos a los estándares probatorios de responsabilidad y de necesidad, puede llegar a constituir un daño antijurídico si en su ejecución vulnera el principio de proporcionalidad y con ello la presunción de inocencia⁶³. Al punto ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Usón Ramírez versus Venezuela*, sentencia del 20 de noviembre de 2009, en la que manifestó: "El numeral 2 del artículo 7 reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal. Al respecto, esta Corte ha establecido que la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y "de antemano", las "causas" y "condiciones" de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana".

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Servellón García y Otros versus Honduras*, sentencia del 21 de septiembre de 2006. Ver también *Norín Catrimán versus Chile*, sentencia del 29 de mayo de 2014 y *Herrera Espinoza y otros versus Ecuador*, sentencia del 1 de septiembre de 2016.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Tibi versus Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004.

La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en calidad. La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar.”⁶⁴Y agrega: “(...) la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación a contrario sensu en el sentido de que por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aún más exigente”⁶⁵.

- Aún satisfechos los presupuestos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, la medida deviene antijurídica si habiendo sobrevenido nuevas circunstancias probatorias, se extiende en el tiempo allende la irrupción de las nuevas circunstancias probatorias y su cesación se produce, pasado un plazo razonable, con base en pruebas recaudadas desde tiempo atrás.

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

3.4.4. Del daño y su antijuridicidad en el caso concreto

La Nación - Fiscalía General de la Nación solicitó la inaplicación del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 por excepción de inconstitucionalidad, al señalar que era una norma que concernía a la responsabilidad del Estado, pero fue incluida en el Código de Procedimiento Penal, por lo que el legislador desbordó su competencia al expedirla.

La Sala recuerda al apelante que la norma fue derogada con la entrada en vigor de la Ley 600 de 2000, y le indica que no hay lugar a su aplicación o inaplicación en el presente asunto.

Ahora bien, ha quedado dicho, como colofón del recuento de pruebas militantes en el plenario, que la Sala tiene por debidamente probado, con pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, que Alexis García Cortés fue privado de su libertad el 4 de julio de 2007 y que se libró en su contra medida de aseguramiento cuyos efectos se extendieron hasta el 14 de marzo de 2008, cuando se dictó sentencia de primera instancia en la que fue absuelto del delito imputado por la Fiscalía.

⁶⁴ CIDH Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, Jorge, Jose y Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 6de agosto de 2009, pág. 109.

⁶⁵ *Ibidem*, pág. 136.

No cabe duda de que esta privación comportó para Alexis García Cortés una **disminución radical en el bien jurídico fundamental de la libertad personal y física**, que goza de especial tutela por los artículos 24 y 28 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 7 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Procede, entonces, la Subsección a verificar si la detención impuesta a Alexis García Cortés se encuadró en circunstancias de justificación que lo obligaran a soportarla, o si por el contrario, se impone concluir que aquel padeció un daño antijurídico por causa de la privación de su libertad.

Pues bien, **no puede señalarse que la conducta del actor fue la causa determinante y exclusiva de su detención**, puesto que colaboró con la justicia al presentarse voluntariamente en la Estación de Policía para rendir su versión de los hechos y aclarar lo sucedido con P.A.C.G. y a través de su defensor agotó las instancias en el proceso penal.

Aunque el defensor de García Cortes no impugnó la imposición de la medida de aseguramiento en la audiencia preliminar, el artículo 67 de la Ley 270 de 1996 excluye el deber de interponer los recursos de ley para los afectados por privación de la libertad ordenada por una providencia judicial.

La Sala también observa que **no existió un título legal para ordenar la privación de la libertad**, dado que el daño devino como consecuencia de una actividad ilegítima de las demandadas.

Si bien el derecho a la libertad personal no tiene un carácter absoluto e ilimitado, sino que debe armonizarse con los demás bienes y valores protegidos por la Carta y es susceptible de restricciones en el proceso penal a través de la captura y la medida de aseguramiento, estas decisiones deben adecuarse al marco legal constitucional y legal para que sean procedentes.

En este asunto, la Sala constata que la orden de captura y la medida de aseguramiento se fundamentaron en la entrevista que la P.A.C.G. rindió ante la Policía, el reconocimiento en fila de personas que la menor hizo de los imputados y el resultado del dictamen médico sexológico que le practicaron. Sin embargo, los dos primeros elementos materiales probatorios fueron excluidos por obtenerse sin los presupuestos legales y el tercero no arrojó el resultado mencionado por la Fiscalía. Estos hechos significaron un desbordamiento de la potestad estatal para coartar el derecho a la libertad de Alexis García Cortés.

Lo anterior, por cuanto la madrugada del 1 de julio de 2007 uno o varios habitantes del barrio Puerto Espejo de Armenia informaron a la Policía que una mujer yacía inconsciente en el andén situado cerca de la manzana 10. Los señores Willington Gutiérrez Rojas y Mauricio Blandón acudieron al sitio y hallaron a P.A.C.G. Los policías

le preguntaron a la menor por lo ocurrido, un residente del sector indicó a Gutiérrez Rojas que una de las personas que estaba horas antes en ese lugar con aquella se acercaba a ellos en ese instante y, al verlo, la muchacha lo señaló como uno de sus atacantes. Por consiguiente, Gutiérrez Rojas solicitó al individuo que lo acompañara a la estación y este accedió. El capturado fue Jorge Alejandro Gutiérrez.

En la Estación de Policía de Puerto Espejo, la Policía se enteró por medio del comandante de guardia que Jorge Alejandro Gutiérrez departió la noche anterior con Leandro Viveros Mosquera y Alexis García Cortés, por lo tanto, unos agentes acudieron a la casa de este último, donde estaban ambos, y les pidieron que fueran a la estación, a lo que asintieron.

Nuevamente en el comando, P.A.C.G. identificó a los prenombrados como sus agresores. En el trascurso del juicio oral se puso de presente que todas las diligencias previas efectuadas en la estación de policía y que involucraron a la entonces menor de edad se llevaron a cabo sin la presencia de su representante legal ni el defensor de familia.

Comoquiera que no hubo captura en flagrancia, la policía permitió que los tres muchachos se fueran y, días después, solicitó a la Fiscalía que requiera la orden de captura al juez de control de garantías.

En la audiencia preliminar concentrada, la Fiscalía imputó los delitos de acceso carnal violento y lesiones personales dolosas a Jorge Alejandro Gutiérrez Trujillo, Leandro Viveros Mosquera y Alexis García Cortés y solicitó la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, con base en que el delito sexual contemplaba una pena superior a los cuatro años de prisión, los imputados eran un peligro para la comunidad porque se trataba de una conducta grave, dado que la víctima fue abordada por tres hombres que aprovecharon su superioridad numérica y física para doblegarla, la condujeron a un lugar solitario, la accedieron carnalmente entre los tres y, además, la golpearon.

Como elementos materiales probatorios que sustentaron su petición, el fiscal mencionó los relatos de los agentes Willington Gutiérrez Rojas y Jhon Darwin Tinoco, la narración y señalamiento de la víctima P.A.C.G. y el dictamen médico legal efectuado a esta. Respecto a este último, el instructor aseveró que el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses dictaminó a P.A.C.G. una incapacidad médico legal de diez días sin secuelas y comprobó la existencia de lesiones derivadas de un abuso sexual. Por ende, el ente acusador afirmó que se podía inferir razonablemente que los imputados incurrieron en las conductas penales descritas, por cuanto Jorge Alejandro fue capturado en el lugar de los hechos y señalado por la víctima como su agresor y a Alexis y Leandro los reconoció en la Estación de Policía cuando la policía los condujo allí.

En igual sentido, la juez consideró que la menor identificó e individualizó a los procesados y los señaló como sus atacantes y la captura fue en flagrancia, pese a que

los agentes no los judicializaron por desconocimiento del procedimiento. Adicionó que la entrevista que la menor y su hermana rindieron ante una psicóloga, la entrevista de Jhon Darwin Tinoco (no aclaró si el agente la rindió o la recepcionó a la menor) y el dictamen médico mostraron razonablemente que los imputados eran los posibles autores de los delitos investigados.

Del mismo modo, puntualizó que se cumplían los lineamientos del artículo 308 del CPP y la Ley 1142 de 2007, pues esta última indicaba que la acreditación de la gravedad y modalidad de la conducta punible perpetrada y la pena imponible eran suficientes para demostrar que el imputado era un peligro para la sociedad y no comparecería al proceso y, en todo caso, la medida no podía ser sustituida por la detención domiciliaria, dado que el artículo 216 de la Ley 1098 de 2006 prohibía este beneficio en casos de abuso sexual cometidos contra menores de edad.

Ahora bien, de las exposiciones de la Fiscalía para solicitar la medida y de la juez de garantías para otorgarla y, sobre todo, las conclusiones de la juez de conocimiento en cuanto a los medios de convicción que cimentaron la medida cautelar, la Sala deduce que tal decisión no contó con el lleno de los requisitos legales y vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y defensa de Alexis García Cortés.

El investigador Jhon Darwin Tinoco declaró que recepcionó una entrevista a P.A.C.G., pero no citó al defensor de familia ni a un representante legal de la menor y tampoco la plasmó por escrito. Añadió que se hizo un reconocimiento en fila de personas en las instalaciones de la cárcel en el que P.A.C.G. señaló a los tres procesados como sus atacantes, aunque tampoco existía constancia de ello, no convocó al defensor de familia y aunque una hermana de la menor la acompañó, no le permitieron el ingreso.

De lo atestado por el agente, se evidencia un proceder claramente irregular en cuanto no dejó constancia por escrito o medio magnético de las diligencias previas que involucraron a P.A.C.G. y, peor aún, no elaboró ningún informe de sus actuaciones, por lo que, si se tiene en cuenta que estas pruebas tampoco fueron descubiertas a la defensa, queda la duda de su existencia y de qué manera, fueron presentadas por la Fiscalía en la audiencia preliminar.

Asimismo, la Fiscalía comunicó a la juez un resultado del examen médico legal sexológico que no concordó con lo dictaminado por la Dra. Ana María Londoño, quien concluyó que la menor presentaba escoriaciones y equimosis en el cuerpo ocasionadas por mecanismos contundentes y abrasivos, que pudieron ser producto de un acceso carnal, pero también originadas por caídas en estado de embriaguez, tenía desgarró antiguo en el himen, es decir, que había tenido relaciones sexuales con más de diez días de antelación al examen y, como aspecto más relevante, la paciente no presentaba lesiones recientes en la vagina indicativas de un abuso o actividad sexual.

Estas anomalías fueron señaladas por la juez de conocimiento. En el juicio oral, excluyó las entrevistas rendidas por la menor a Jhon Darwin Tinoco en la Estación de Policía y a la psicóloga que la evaluó porque no contaron con la autorización y presencia del representante legal de P.A.C.G., las autoridades no citaron a la Defensoría de Familia y la Fiscalía no las descubrió a la defensa en la audiencia de acusación.

Igualmente, la juez de conocimiento descartó el reconocimiento en fila de personas que la menor efectuó en la Estación de Policía o en el centro carcelario donde recluyeron a los acusados (no existió claridad al respecto y aunque se habló de un reconocimiento en fila de personas se desconoce si se trató de este trámite o un señalamiento espontáneo cuando los vio en la estación), pues la diligencia se efectuó sin la presencia de los sujetos referidos y, además, sin que los sindicatos contaran con defensor.

Por todo esto, la falladora resaltó en la audiencia de lectura de fallo la irregularidad con la que actuó la Fiscalía al recolectar los elementos materiales probatorios que cimentaron la investigación y la conculcación del derecho al debido proceso de los procesados.

En lo concerniente al análisis de la imposición o no de la restricción de la libertad física, la Sala recuerda que el juez de garantías respectivo debe escuchar los argumentos de la Fiscalía, del Ministerio Público, de la víctima o su apoderado y de la defensa. Enseguida, acorde con lo establecido en el artículo 308 del CPP, “decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga”, siempre que se cumplan unos requisitos de carácter objetivo y subjetivo que a continuación se enlistan:

— Presupuestos subjetivos (artículos 308-312 CPP⁶⁶)

- a) Que la medida resulte necesaria para evitar que el imputado obstruya la acción de la justicia.
- b) Que el imputado constituya un peligro para la sociedad o la seguridad de la víctima.
- c) Que resulte probable que no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

— Presupuesto objetivos

- a) Se trate de un delito de competencia de los jueces penales del circuito especializado.
- b) Se trate de delitos investigables de oficio cuya pena mínima prevista sea o exceda los cuatro años (en su cuantificación se incluyen las circunstancias modificadoras de la punibilidad).

⁶⁶ En consideración también a lo normado en el artículo 24 de la Ley 1142 de 2007, que modificó el 310 de la Ley 906 de 2004.

- c) Se trate de delitos contra los derechos de autor en una cuantía superior a ciento cincuenta (150) SMLMV.
- d) Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente⁶⁷.

Agregado a lo anterior, la Corte Constitucional señaló que la concurrencia de los requisitos formales y sustanciales establecidos en la ley no son suficientes para decretar la medida restrictiva de la libertad, pues es menester comprobar la proporcionalidad en sentido amplio de la medida⁶⁸, esto es, constatar “si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental: (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad⁶⁹”.

A la par, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que la privación de la libertad debe ser legal y no arbitraria, así como razonable, previsible y proporcionada. Por lo tanto, las autoridades deben demostrar la existencia de razones jurídicas suficientes que justifiquen la privación de la libertad, puesto que se trata de una medida cautelar, no punitiva, y el Estado no puede ejercer dicha potestad sin límites o valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho⁷⁰.

En cuanto a los elementos materiales de prueba que sustentan el pedimento de la medida, el artículo 276 de la Ley 906 de 2004 dispone que la legalidad del elemento material de prueba, evidencia física o la información obtenida depende de que su recolección haya respetado lo prescrito en la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y las leyes.

En efecto, el artículo 287 de la misma codificación es explícito al exigir que aquellos se obtengan legalmente y la inobservancia de estas exigencias formales para imputar un delito y/o proferir medida de aseguramiento acarrea la nulidad de la prueba obtenida con violación al debido proceso, tal como lo prevé el artículo 29 de la Constitución.

De esta manera, la Sala recalca que, no obstante que la Fiscalía proclamó el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos establecidos en la norma, fundamentó la concurrencia de los presupuestos legales para imponer medida de aseguramiento con medios de convicción que no obtuvo legalmente, sino con violación

⁶⁷ Adicionado por el artículo 26 de la Ley 1142 de 2007.

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencias C-774 de 2001, C-318 de 2008 y C-1198 de 2008.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-591 de 2005.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Gangaram Panday versus Surinam*, 21 de enero de 1994; *Castillo Páez versus Perú*, 3 de noviembre de 1997; *Suárez Rosero versus Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, *Levoyer Jiménez versus Ecuador*, 14 de junio de 2001; *García Asto y Ramírez Rojas versus Perú*, 25 de noviembre de 2005 e *Yvon Neptune versus Haití*, 6 de mayo de 2008, entre otras.

de los derechos fundamentales de Alexis García Cortés, los demás procesados e incluso los de la menor víctima⁷¹.

Por consiguiente, la Sala concluye que el daño padecido por Alexis García Cortés fue antijurídico, al soportar una medida de aseguramiento que se basó en medios de convicción obtenidos con infracción de las normas y procedimientos fijados para la recolección de elementos de prueba en el sistema penal acusatorio y con la vulneración de sus derechos al debido proceso y defensa, que conllevó a su exclusión⁷².

3.5. De la imputación

Una vez verificada, de esa manera, la producción contra Derecho de la aminoración o alteración negativa del derecho o del interés objeto de tutela jurídica, el ordenamiento facilita la reacción de quien la padece en orden a la reparación o compensación de su sacrificio con cargo a un patrimonio diferente del suyo.

La determinación de la persona que ha de soportar los costes de la reparación comporta un juicio de “atribución” o “imputación” del daño.

Ahora bien, una regla general de experiencia enseña que el común de las personas atribuye los daños, para derivar responsabilidad, a quien los ha causado materialmente.

Este criterio de imputación, sin embargo, acusa señaladas dificultades en su aplicación en los casos (no poco comunes) en los que concurren varias causas a la producción del daño; no responde, en estricta lógica formal, en los casos en los que el daño ha sido determinado por omisiones; y deviene claramente ineficaz para la atribución del daño materialmente causado por terceros, pero jurídicamente atribuible a quien ha sido vinculado como demandado, al proceso.

Es por ello que con frecuencia el derecho debe servirse de otros criterios de imputación, bien para corregir o complementar los resultados del juicio de causalidad, o bien para sustituir a ese criterio.

En el derecho civil de raigambre romanista ese criterio adicional ha residido en la intención de causar daño, o en la negligencia, imprudencia o impericia determinantes

⁷¹ La entonces menor de edad P.A.C.G. participó en las diligencias previas de investigación sin representante legal ni defensor de familia y fue enfrentada a sus supuestos agresores en contravía del procedimiento legal.

⁷² El artículo 23 de la Ley 906 de 2004 dispone que “[t]oda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

del daño. Al punto dispone el artículo 2341 de nuestro código civil: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...”*

El derecho administrativo, por su parte, pero en la misma línea seguida por el derecho civil, hizo de la culpa, aunque redimensionada en función de la teoría del servicio público y bajo el apelativo de “falla o falta del servicio”, el criterio de imputación, por excelencia, del daño resarcible. Ello, sin perjuicio de las doctrinas que ya para entonces había expuesto para sustentar la reparación del daño por disposición legal; y de la apelación ulterior, a otros criterios objetivos de imputación que hubo de estructurar en consecuencia con el principio de igualdad que debe gobernar la distribución de las cargas y beneficios públicos, y de la consecuencia que en Derecho corresponde a la creación de riesgos sociales no permitidos.

La jurisdicción contencioso administrativa colombiana, después de algunas posiciones diversas acerca de la selección de los criterios de imputación en los juicios de responsabilidad a su consideración, ha decidido, a través de la Sección Tercera de la Sala contenciosa de la Corporación y con base en la cláusula del artículo 90 de la Constitución, 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 en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulta razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación (...) el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento (...) ⁷³

Esta subsección ha observado esa línea de interpretación del pluricitado artículo 90, acorde con la doctrina constitucional.

3.5.1. La imputación de la privación injusta de la libertad

Constatada la producción de una privación injusta de la libertad, el ordenamiento facilita la reacción de quien la ha padecido en orden a la reparación o compensación de su sacrificio con cargo a un patrimonio diferente del suyo.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia del 19 de abril 2012, rad. 21.515.

La determinación de ese patrimonio constituye, como ha quedado expuesto líneas atrás, el objeto del juicio de imputación. Este se desenvuelve a partir de criterios que vienen a prestar la razón por la cual el derecho justifica el traslado de la carga del daño, del patrimonio de la víctima a otro patrimonio.

Como hubo oportunidad de recordar en el trazado de los lineamientos generales de la imputación, ni la constitución, ni la ley imponen al operador un determinado criterio de imputación para la atribución del daño antijurídico, y tratándose de la privación injusta de la libertad, ninguna razón encuentra esta Judicatura para que se infiera cosa diferente., Tal interpretación, además, se encuentra acorde con la Jurisprudencia Unificada de la Sección Tercera, que si bien impone la aplicación de título objetivo de imputación en los casos en los que no pueda derivarse responsabilidad con fundamento en la falla del servicio, no proscribe su empleo.

Será el juez de la responsabilidad del Estado quien determine, de acuerdo con las circunstancias del caso, si ese daño antijurídico debe ser o no atribuido a la demandada o a un tercero que no haya venido al proceso, si esa atribución se impone de la aplicación de un criterio subjetivo (falla del servicio) o de un criterio objetivo (daño especial), o si dado el caso el criterio de atribución es legal; y quien determine, si hay o no lugar a declarar la responsabilidad.

3.5.2. La imputación del daño en este asunto

Para la Sala no cabe duda de que la privación de la libertad es atribuible a la Rama Judicial y también a la Fiscalía General de la Nación, entidades que bajo el manto del cumplimiento de sus deberes legales, incurrieron en anormalidades que causaron de forma directa el daño padecido por el actor.

Respecto a los deberes constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial en el proceso penal actual, la Sala pone de presente que a diferencia del proceso penal de tendencia inquisitiva creado con la Constitución de 1991 y desarrollado en el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000, en el que la Fiscalía ejercía al mismo tiempo función jurisdiccional y acusatoria, en el sistema procesal penal adversarial atípico⁷⁴ introducido con la Ley 906 de 2004, el rol del ente investigador se ejerce con énfasis acusatorio.

⁷⁴ En la sentencia C-591 de 2005, la Corte Constitucional explicó que el sistema introducido con la Ley 906 de 2004 no es puramente adversarial, así: “además, cabe recordar, que el nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia; ya que, por una parte, el juez no es un mero árbitro del proceso; y por otra, intervienen activamente en el curso del mismo el Ministerio Público y la víctima. Cabe recordar, que en desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”.

Ese nuevo papel del ente acusador fue determinado en el Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó, entre otros, el artículo 250 de la Constitución, atinente a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal.

Esta norma determinó que, desde entonces, la labor del Fiscal se centra, de forma general, en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sin dejar de lado la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de los hechos delictivos que son puestos en su conocimiento; la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado; la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas; la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba y la aplicación, dentro del marco estricto de la ley, a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como la negociación anticipada de la pena y la aplicación del principio de oportunidad⁷⁵.

El replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación implicó que ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, mediante la adopción de las medidas de aseguramiento necesarias.

Ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad y también para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas, pues solo excepcionalmente podrá realizar capturas en los términos señalados por el legislador con sometimiento al control judicial dentro de las 36 horas siguientes, como sucede, por ejemplo, cuando se aprehende a una persona en flagrancia.

De tal suerte que las medidas restrictivas de la libertad del procesado, por regla general, deberán ser decretadas por el juez de control de garantías, ante quien la Fiscalía deberá presentar la solicitud pertinente, es decir, sólo se podrá privar de la libertad a una persona por decisión judicial, salvo casos excepcionales (art. 250-1 de la CN⁷⁶).

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 873 de 2003.

⁷⁶ “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

En este asunto, se comprobó que la Rama Judicial, por conducto del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de control de garantías de Armenia y de conformidad con lo previsto en la Ley 906 de 2004, legalizó la captura y decretó la medida de aseguramiento de detención preventiva contra Alexis García Cortés.

La Sala subraya que la juez de control de garantías incurrió en las siguientes anomalías: i) no constató el resultado del dictamen médico legal, que no arrojó el resultado mencionado por la Fiscalía; ii) soslayó el hecho de que el instructor no obtuvo legalmente la entrevista ni el señalamiento en fila de personas de P.A.C.G. y que el agente Jhon Darwin Tinoco no dejó registro alguno de tales diligencias; iii) señaló que hubo captura en flagrancia, aunque los procesados no fueron aprehendidos el día de la supuesta ocurrencia de los hechos, sino que se presentaron voluntariamente en la Estación de Policía y iv) agregó, puesto que la Fiscalía no la mencionó como soporte de su petición, una entrevista que la menor rindió ante una psicóloga que la juez de conocimiento descartó por ilícita.

Cabe resaltar que el juez de control de garantías es una figura primordial en el sistema penal acusatorio, dado que ejerce una vigilancia de estirpe constitucional que se cumple de manera automática, orienta la imposición de medidas que afectan los derechos fundamentales e interviene en actos de impulsión procesal, por lo que debe verificar la legitimidad constitucional y legal de las actuaciones de la Fiscalía, es decir, que cumplan sus funciones de manera compatible con las garantías fundamentales.

Por consiguiente, el daño, consistente en la privación de la libertad causado al señor Alexis García Cortés, es atribuible a la Rama Judicial por falla del servicio, reflejada en la imposición de la medida de aseguramiento sin verificar el lleno de los requisitos legales.

Es por esto que la Sala no comparte los argumentos de la Rama Judicial, relativos a que el daño era imputable a la víctima, quien interpuso la denuncia y/o por la Fiscalía, entidad que solicitó la medida cautelar. Si bien la asignación de la detención preventiva requiere de una petición previa del ente acusador, tal presupuesto no puede considerarse como la causa exclusiva y determinante de la privación de la libertad, pues la facultad para afectar este derecho recae en el juez de control de garantías, autoridad a la que le corresponde valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el instructor y verificar si se cumplen o no los presupuestos de los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004, de modo que el juez de garantías no puede trasladar su responsabilidad al ente acusador y mucho menos a la víctima.

En lo concerniente a la Fiscalía General de la Nación, la Sala denota que el artículo 212 del CPP impone al fiscal el deber de analizar la actividad de la policía judicial y rechazar las actuaciones que esta ejecutó con desconocimiento de los principios rectores y

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes”.

garantías procesales. Puntualmente, ordena que “si resultare que han sido diligenciadas con desconocimiento de los principios rectores y garantías procesales, el fiscal ordenará el rechazo de esas actuaciones e informará de las irregularidades advertidas a los funcionarios competentes en los ámbitos disciplinario y penal”.

En pocas palabras, a la Fiscalía le compete la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito y, en desarrollo de esa función, dirige, coordina, controla la legalidad y verifica las actividades que realiza la policía judicial, especialmente los actos urgentes y sus resultados, frente a los que esta debe presentar un informe al instructor que asuma la investigación.

De lo anterior se desprende que la audiencia preliminar concentrada es el primer momento para excluir elementos materiales probatorios obtenidos con violación de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Esta es una atribución que ejerce el fiscal a cargo de la investigación, proviene del deber de ejercer control jurídico sobre la actividad de la policía judicial y su finalidad es evitar que los medios de convicción adquiridos ilícitamente, carentes de fuerza incriminatoria, integren la investigación o sean puestos a consideración de juez de control de garantías.

En este caso, el investigador Jhon Darwin Tinoco, quien dirigió los actos urgentes, no elaboró ningún informe ni dejó constancia de las actividades investigativas realizadas y, aun así, la Fiscalía enunció como sustento de la solicitud de medida de aseguramiento la entrevista que este recepcionó a la menor y el reconocimiento en fila de personas que coordinó, no obstante de trataba de medios de convicción ilícitos porque se practicaron sin la presencia del representante legal de P.A.C.G. ni el defensor de familia⁷⁷.

Además, el ente acusador manifestó a la juez de garantías que el dictamen médico legal sexológico efectuado a P.A.C.G. dictaminó unas lesiones compatibles con abuso sexual, que, como se demostró en el proceso, no correspondía a la verdad.

Por tal motivo, la Sala concluye que la Fiscalía incidió de forma definitiva en la adopción de la medida de aseguramiento e incurrió en una falla del servicio al no prescindir de los elementos materiales probatorios conseguidos con desconocimiento del procedimiento legal y vulneración de los derechos fundamentales de los procesados y la víctima y optar por presentarlos al juez de garantías como sustento de la petición de medida de aseguramiento. De igual forma, constituyó una falta darle un alcance distinto a la valoración médica efectuada a P.A.C.G. para evidenciar la ocurrencia de la conducta punible investigada y la posible responsabilidad de los autores en su comisión.

⁷⁷ En relación con el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales ver Corte Constitucional, sentencias C-228 de 2001 y C-177 de 2014.

Finalmente, la Fiscalía alegó el hecho de un tercero, al manifestar que la investigación inició por los señalamientos de P.A.C.G. y que esto constituyó una situación irresistible, imprevisible, ajena y exterior a la entidad.

La Sala recuerda a la demandada que el daño le fue atribuido por falla del servicio, reflejada en la incorrecta labor investigativa que desplegó y la petición deficiente de la medida de aseguramiento. Por ende, aunque el dicho de la menor no fue creíble para la juez de conocimiento, tal situación no releva a la entidad de la obligación legal de verificar la legitimidad de los actos urgentes efectuados por la policía judicial, excluir de su investigación los elementos obtenidos de forma ilícita y verificar los presupuestos legales de la petición de la medida cautelar.

3.6. Análisis de la Sala sobre los perjuicios

3.6.1. Perjuicios inmateriales

La parte demandante requirió que se modifique el fallo de primera instancia y se conceda lo solicitado en la demanda por concepto de perjuicios morales y “daño a la vida de relación”, ya que los montos reconocidos por el *a quo* no fueron proporcionales a la intensidad del daño y no se tuvo en cuenta que la detención vulneró los derechos al honor, buen nombre y honra de los demandantes y debían incluirse las condiciones deplorables en las que Alexis García Cortés permaneció en la cárcel.

3.6.1.1. Perjuicios morales

La sentencia de primera instancia ordenó el pago de treinta SMLMV para la víctima directa, quince para sus padres y cinco para sus hermanas, abuela y sobrino.

La Sección Tercera del Consejo de Estado estableció en sentencia de unificación⁷⁸ que la reparación del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad se determina en salarios mínimos mensuales vigentes, a partir de cinco niveles que se configuran teniendo en cuenta el parentesco o la cercanía afectiva existente entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados y el término de duración de la privación de la libertad, para lo que se requiere, según la calidad alegada, la prueba del estado civil, la convivencia de los compañeros o de la relación afectiva, así:

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, rad. 36.149.

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros, para los niveles 3 y 4 es indispensable, además, la prueba de la relación afectiva y para el nivel 5 solo se exige la prueba de la relación afectiva.

En este asunto, la parte actora probó que la víctima directa de la privación de la libertad fue Alexis García Cortés y que Luis Hermides García Gaviria y Eludivia Cortés Martínez son sus padres, Yeny Constanza García Cortés y Cindy Vanessa García Cortés sus hermanas, Nicolás García Cortés su sobrino y María Olga Gaviria Ruiz su abuela.

De la misma manera, demostró que García Cortés estuvo privado de la libertad desde el 4 de julio de 2007 hasta el 14 de marzo de 2008, es decir, un lapso de ocho meses y diez días, lo que equivale a una indemnización por perjuicio moral de setenta SMLMV para la víctima directa y sus padres y 35 SMLMV para sus hermanas y abuela.

En relación con su sobrino, en vista de que el parentesco es de tercer grado de consanguinidad, la jurisprudencia exige que además del vínculo sanguíneo se pruebe la relación afectiva. Por ende, la parte actora aportó las siguientes declaraciones de parte:

— Fredy Antonio Palacios⁷⁹, amigo de Alexis García, manifestó que durante su reclusión “la señora madre estaba muy destrozada, y las hermanas, Solmaian y Nicolás que son los sobrinos preguntaban mucho por el tío y les gritaban muchas cosas en la calle, cuando ellos salían a la tienda, uno escuchaba los comentarios de los vecino (...)”.

Indicó que Alexis vivía con su madre, hermanas y sobrinos al momento de la detención. Sobre la relación familiar, expuso:

⁷⁹ Folios 20-21. Cuaderno de pruebas.

[L]a relación entre ellos era muy buena, de mucha comunicación, de mucha solidaridad, era una familia muy unida, ya cuando el problema se vio mucha tristeza entre los familiares por los señalamientos que se le hacían a Alexis y a ellos por tener supuestamente un violador en la casa, eso los afectó bastante pero igual fueron muy unidos con la causa de Alexis.

(...)

En diciembre no había la alegría que había en los otros años, no se festejó, ni los amigos festejamos como solidaridad para los amigos que estaban reclusos, la mamá lloraba mucho, las hermanas también, los sobrinos preguntaban por él, la madre bajó de peso y el padre tuvo un problema en el corazón para ese entonces, no había alegría en esa época.

- Jaime Eduardo Uribe Trejos⁸⁰, amigo de la infancia de Alexis García, aseveró que la relación de este con sus padres, hermanas, abuela y sobrinos era “muy buena, excelente, pues porque se quieren mucho, si le está pasando algo a alguno de ellos, los afecta a todos”.
- Carlos Alberto Balcázar⁸¹, amigo de la familia García Cortés, afirmó que los padres, hermanas, abuela y sobrinos de Alexis sufrieron mucho durante su reclusión, ya que “todos esos sentimientos se ven reflejados en Ludivia (sic) pues rebajó mucho de peso, Vanessa trabajaba en ese entonces en una panadería, Jenny cuidaba de Sol y de Nico, pues muy tristes tampoco salían a la calle evitando el estigma del hecho de tener un familiar detenido por el hecho de una injusticia, tenía grabado el hecho de que lo habían tildado de depredador (...)”.

La Sala considera que las declaraciones aportadas por la parte demandante demostraron el vínculo afectivo existente entre Alexis y Nicolás García Cortés y el dolor que padeció este último ante la reclusión de su tío, por lo tanto, se reconocerán los 24,5 SMLMV indicados en la tabla.

3.6.1.2. Afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

Los demandantes requirieron cien SMLMV para cada uno como “daño a la vida de relación”. Por su parte, el *a quo* solo reconoció quince SMLMV para Alexis García Cortés.

⁸⁰ Folios 22-23. Cuaderno de pruebas.

⁸¹ Folios 25-26. Cuaderno de pruebas.

Ahora bien, la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados es una categoría autónoma de daño que la jurisprudencia unificada de esta Corporación⁸² definió así:

Cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación⁸³.

La citada jurisprudencia indicó que se reconocerá de oficio o solicitud de parte cuando el detrimento esté concretado en el proceso y se precise su reparación integral.

Además, se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias para la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, que operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. No obstante, en eventos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o no consoliden la reparación integral, se puede reconocer una indemnización pecuniaria hasta de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes única y exclusivamente a la víctima directa, en proporción a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (artículos 8.1 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y no es necesario que la indemnización por este tipo de daño haya sido solicitada expresamente, pues el juez puede y tiene el deber de ordenar su reparación cuando lo encuentre acreditado y la afectación no se subsuma en alguno de las restantes categorías de daños extrapatrimoniales.

En este caso, la parte demandante aportó las declaraciones de parte de Fredy Antonio Palacios, Jaime Eduardo Uribe Trejos, María Eugenia Moscoso Parra y Carlos Alberto Balcázar⁸⁴, quienes manifestaron que la familia de Alexis sufrió mucho durante la reclusión, no celebraron las fiestas navideñas del 2007, estuvo hacinado en el centro carcelario, tenía temor de la Policía, su temperamento cambió porque no quería socializar y la gente del barrio le hacía comentarios relativos al proceso penal.

⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 28 de agosto de 2014, rads. 32.988 y 26.251.

⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, rads. 19.031 y 38.222.

⁸⁴ Folios 19-27. Cuaderno de pruebas.

Sobre esta base, la Sala recuerda a los demandantes que la reparación económica de este tipo de daño se reconoce únicamente a la víctima directa y en casos excepcionales, así como el detrimento debe estar concretado en el proceso, observarse la necesidad de su reparación integral y que la afectación no se subsuma en otra categoría.

Pues bien, los accionantes sustentaron lo pedido en la demanda por perjuicio moral y “daño a la vida de relación” en el “sufrimiento, depresión y frustración por la injusticia cometida” y que ambos eran incalculables, “pues se violaron de manera flagrante los derechos a la honra, dignidad y al buen nombre de la familia GARCÍA CORTÉS, y en el caso de ALEXIS, además, su derecho fundamental a la libertad”. De seguida, agregaron que el daño a la vida de relación se concretó en la “modificación anormal del curso de la existencia de los demandantes, en sus ocupaciones, en sus hábitos y en sus proyectos”.

La Sala denota que el perjuicio moral abarcó las afectaciones emocionales generadas por la privación de la libertad, así como la vulneración de dicho derecho y el de la dignidad, ante las condiciones soportadas por el actor durante su reclusión.

Respecto a la conculcación de los derechos a la honra y al buen nombre, la Sala resalta que la parte accionante no aportó elementos de prueba que muestren el deber de reparación bajo esta categoría de daño, así como tampoco aportó medios de convicción relativos a la ocupación, hábitos y proyectos de Alexis García, la modificación de estos y su relación con la privación de la libertad.

Por ende, se revocará el reconocimiento de este rubro efectuado en la sentencia de primera instancia.

3.6.2. Perjuicios materiales

El Tribunal negó lo solicitado a título de daño emergente y lucro cesante, dado que la parte actora no acreditó el pago de honorarios de abogado ni que Alexis García era una persona económicamente activa.

No obstante los gastos de honorarios profesionales en que se haya incurrido para la defensa legal de quien estuvo privado de la libertad constituye un daño emergente que debe ser reparado, tal reparación procede si se comprueba, al menos, la gestión del abogado y el pago por los servicios prestados, para que se reconozca tal perjuicio a quien asumió el gasto⁸⁵, situación que no aconteció en este asunto.

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de mayo de 2011, rad. 20.569.

De igual forma, la Sala constata que Fredy Palacios declaró que Alexis trabajó en una subestación de servicio antes de su detención y que “su desempeño era la electricidad”; María Eugenia Moscoso manifestó que Alexis “iba a entrar a estudiar” y que al momento de su captura no laboraba, pero antes trabajó en construcción y Carlos Balcázar aseveró que le aconsejó a Alexis que estudiara pero no quería.

Por consiguiente, la Sala confirmará la negación de lo pedido a título de daño emergente y lucro cesante.

3.7. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre la de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

MODIFICAR LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO EL SIETE (7) DE JUNIO DE DOS MIL DOCE (2012) Y EN SU LUGAR:

PRIMERO: CONDENAR A LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL A PAGAR LAS SIGUIENTES SUMAS DE DINERO:

a) Como perjuicios morales, los valores que se determinan en la siguiente tabla:

Nivel	Demandante	Calidad	Indemnización
1º	Alexis García Cortés	Víctima	70 SMLMV
1º	Luis Hermides García Gaviria	Padre	70 SMLMV
1º	Eludivia Cortés Martínez	Madre	70 SMLMV
2º	Yeny Constanza García Cortés	Hermana	35 SMLMV
2º	Cindy Vanessa García Cortés	Hermana	35 SMLMV
2º	María Olga Gaviria Ruiz	Abuela	35 SMLMV

3º	Nicolás García Cortés	Sobrino	24,5 SMLMV
----	-----------------------	---------	------------

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Salvamento de voto Cfr.Rad.42768-18 #1 y #2

