



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 760012331000200603425-01(42863)
Actor: RUBIEL DE JESÚS VALENCIA AGUDELO Y OTROS
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y
FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: Falla del Servicio
Subtema 1: Privación Injusta
Subtema 2: Protección superior al menor
Sentencia: Confirma.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹ contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 22 de julio de 2011, en la que fueron negadas las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Un Fiscal Seccional dictó medida de aseguramiento de detención preventiva a Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, que se prolongó por un lapso de once (11) meses y dos (2) días, por el presunto delito de acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años, con base en la denuncia de la madre del menor y también cónyuge del sindicado. Fue absuelto por un juez penal por consecuencia con el principio *in dubio pro reo*. Califica la privación de la libertad como injusta.

II. ANTECEDENTES

¹ En aplicación del acta No. 10 de 25 de abril de 2013 por medio de esta el Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera aprobó que los expedientes que están para fallo en relación con: (i) las personas privadas de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las Subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado.

2.1 La Demanda

Rubiel de Jesús Valencia Agudelo (afectado), en nombre propio y en representación de su menor hijo Juan José Valencia Castillo, así como José Alexander Valencia Agudelo, Diana Yanet Valencia Agudelo, Sandra Milena Valencia Agudelo, Fernando de Jesús Valencia Agudelo (hermanos), Omar de Jesús Valencia Uribe (Padre) y María Olga Agudelo Ossa (Madre), quienes actúan en nombre propio², formularon demanda de **reparación directa** contra **la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación**³, con la que pretenden que se declare patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales y morales, ocasionados con la privación injusta de la libertad que padeció Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, desde el 16 de junio de 2004 hasta el 4 de julio de 2006.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó, en síntesis, que la cónyuge de Rubiel de Jesús Valencia Agudelo instauró denuncia penal, en la que refirió que su hijo había sido sometido al padecimiento de actos inapropiados por parte de su padre, por lo que el Fiscal 117 Seccional de Cali ordenó su captura, y lo mantuvo privado de la libertad desde el 16 de diciembre de 2004 hasta el 18 de noviembre de 2005 fecha en la que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali, por sentencia ejecutoriada el 13 de enero de 2006 le absolvió de todos los cargos formulados en su contra por no hallarse reunidos los requisitos que demanda el artículo 232 de la Ley 600 de 2000⁴ para condenarlo y, concomitantemente, ordenó su libertad inmediata. Aducen los actores que con la privación de la libertad del señor Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, se les ocasionó un daño que debe ser reparado por las entidades demandadas.

2.2 Trámite procesal relevante

2.2.1.- La demanda fue presentada el 6 de octubre de 2006⁵, y asignada por reparto al Tribunal Contencioso Administrativo de Valle, órgano que por medio de auto del 25 de octubre de 2006 la remitió por competencia al Juez Administrativo de Cali-Reparto⁶.

2.2.2.- El Juzgado Primero Administrativo de Cali, mediante auto proferido el 6 de diciembre de 2006⁷, inadmitió la demanda por considerar necesario que los actores precisaran contra quien pretendían dirigir la demanda. Una vez subsanada la demanda, mediante auto del 19 de enero de 2007 fue admitida⁸.

2.2.3.- El auto admisorio se notificó en debida forma a las entidades demandadas⁹, y estas contestaron la demanda¹⁰.

² Folio 76, c.2.

³ Fls. 76 a 87, c.2.

⁴ *“Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.*

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado.”

⁵ Folio 87, c.2.

⁶ Folio 88 a 89, c.2.

⁷ Folio 83 a 94, c.2.

⁸ Folio 97 a 98, c.2.

⁹ Folio 99,102 a 103, c.2.

¹⁰ Folios 130 a 142 y 143 a 170, c.2.

2.2.4.- Con auto del 26 de noviembre de 2007¹¹, fueron decretadas las pruebas.

2.2.5.- La Fiscalía General de la Nación¹² presentó incidente de nulidad, por falta de competencia¹³, que fue resuelto por, el Juzgado Primero Administrativo de Cali, con auto 26 de mayo de 2009, con el que: (i) declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda; (ii) decidió conservar *la eficacia y validez jurídica* de las pruebas practicadas; y (iii) ordenó remitir el proceso al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca¹⁴.

2.2.6.- A auto del 16 de junio de 2009¹⁵ el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dejó sin efectos la anterior declaración de nulidad de todo lo actuado y avocó conocimiento del proceso en el estado en que se encontraba al momento de su remisión a dicha Corporación.

2.2.7.- Vencido el periodo de práctica de pruebas¹⁶, por providencia del 26 de octubre de 2009, el Tribunal Administrativo del Valle corrió traslado a las partes para que **alegaran de conclusión** y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo¹⁷.

En esta oportunidad procesal, el apoderado de la **Fiscalía General de la Nación** argumentó que la medida detentiva se basó en indicios suficientes y que estuvo determinada, además por el hecho de un tercero, como eximente de responsabilidad. La **Rama Judicial**, por su parte, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

2.2.8.- El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por **sentencia** dictada el 11 de julio de 2011¹⁸, negó las pretensiones de la demanda.

2.2.9.- La **parte actora** interpuso **recurso de apelación**¹⁹, con el propósito de que se revocara la decisión, accediendo a sus pretensiones.

2.2.10.- El recurso fue **concedido**, a través de auto del 30 de septiembre de 2011²⁰, y **admitido**, con auto del 1 de febrero de 2012²¹; decisión que se notificó en debida forma a las partes y al Ministerio Público.

2.2.11.- Posteriormente, se corrió traslado a las partes para que **formularan sus alegatos de segunda instancia** y al Ministerio Público para que rindiera concepto de

¹¹ Folios 188 a 189, c.2.

¹² Folio 202 a 207, c.2.

¹³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 140. causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez carece de competencia. (...)"

¹⁴ Folios 212 a 216, c.2.

¹⁵ Folios 220 a 223, c.2.

¹⁶ Folio 274, c.2.

¹⁷ Folio 275, c.2.

¹⁸ Folios 320 a 369, c.1.

¹⁹ Folio 371 a 373, c.1.

²⁰ Folio 284, c.1.

²¹ Folio 388, c.1.

fondo²²; oportunidad que fue aprovechada por la Fiscalía General de la Nación²³. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio²⁴.

2.2.12.- Mediante auto del 8 de marzo de 2018²⁵, la Sala, conforme al artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, resolvió oficiar al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cali, para que, en calidad de préstamo, remitiera el proceso penal cursado contra Rubiel de Jesús Valencia Agudelo²⁶.

2.2.13.- Una vez fue recibido el expediente penal en préstamo, con auto del 19 de febrero de 2019 se corrió traslado a la parte demandante conforme a lo dispuesto en los artículos 289 del Código de Procedimiento Civil y 168 del Código Contencioso Administrativo²⁷. Las partes guardaron silencio²⁸.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Consideraciones sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

3.1.1.- La Sala es **competente** para resolver 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 cuantía²⁹.

3.1.2.- La **acción de reparación se ejerció oportunamente**, pues la sentencia que absolvió al aquí accionante, fue proferida el 18 de noviembre de 2005³⁰ y quedó ejecutoriada el 13 de enero de 2006³¹, según certificación del juzgado. En consecuencia, al haber sido presentada la demanda el 6 de octubre de 2006³², la acción no había caducado, conforme al artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo.

3.1.3.- **Rubiel de Jesús Valencia Agudelo** se encuentra **legitimado en la causa por activa**, por ser el sujeto pasivo de la privación de la libertad. Conforme a lo dispuesto en el Decreto 1260 de 1970, con los registros civiles aportados al expediente se acreditó que: (i) Juan José Valencia Castillo es hijo³³ de Rubiel de Jesús Valencia Agudelo; (ii) que José Alexander Valencia Agudelo³⁴, Diana Yanet Valencia Agudelo³⁵, Sandra

²² Folio 390, c.1.

²³ Folios 391 a 395, c.1.

²⁴ Folio 408, c.1.

²⁵ Folio 411, c.1.

²⁶ Proceso Penal con radicado No. 2005-00148-00 por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce (14) años.

²⁷ Folio 425, c.1.

²⁸ Folio 426, c.1.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 9 de septiembre de 2008, exp. 2008-00009.

³⁰ Folios 256 a 274, c.1. Proceso Penal.

³¹ Folio 282, c.1. Proceso Penal.

³² Folio 87, c.2.

³³ Folio 13, c.2.

³⁴ Folio 11, c.2.

Milena Valencia Agudelo³⁶, Fernando de Jesús Valencia Agudelo³⁷ son hermanos de la víctima de la privación; y que (iii) Omar de Jesús Valencia Uribe³⁸ y María Olga Agudelo Ossa³⁹ son sus padres. En consecuencia, la Sala los encuentra **legitimados en la causa por activa**.

Sobre la **legitimación en la causa por pasiva**, como la Sala observa que el hecho reputado como generador del daño por parte del actor consistió en la resolución de la Fiscalía General de la Nación que ordenó la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional. Al ser la Fiscalía General de la Nación la entidad competente para ordenar medida de aseguramiento contra el actual demandante (art. 114, núm. 2º, Ley 600 de 2000) y habiéndose ocasionado el daño por un hecho suyo, la Nación se encuentra legitimada en la causa por pasiva, y en su representación debe venir a este proceso el Fiscal General o su delegado.

Esta Colegiatura observa que la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial no intervino en la privación de la libertad que soportó el demandante⁴⁰. Por lo tanto, no está llamada a representar los intereses de la Nación en el asunto *sub lite*.

3.2. Problema jurídico:

3.2.1.- El **a quo**⁴¹ desestimó las pretensiones de la demanda, por considerar que la investigación penal tuvo su génesis en la denuncia instaurada por su cónyuge y madre del menor y que, si bien fue cierto que el cúmulo de diligencias y medios probatorios válidamente practicados no ofrecieron la certeza para establecer plenamente la ocurrencia de la conducta punible, sí fueron suficientes para proferir legalmente la medida de aseguramiento en contra del sindicado, así como para cobijarlo con la resolución acusatoria, en virtud de la acusación que lo comprometía como presunto autor del delito de *actos sexuales abusivos con menor de catorce años*, en concurso con el de *incesto*.

3.2.2.- Como **fundamento de la alzada**⁴², la parte **demandante** argumentó que, en casos de privación injusta de la libertad, no es procedente evaluar si el afectado estaba o no en la obligación de soportar el daño, ya que “[...] *no se puede tolerar como justo que una persona se le prive impunemente de su libertad y se le despida teniendo que soportar una carga tan cruel e imperdonable y que al menos debiera ser compensada, ya que con ningún dinero repararía dicho daño, siendo víctima de perjuicios morales y materiales de su propio Estado por una actuación tan injusta que un Juez de la República lo ratifica cuando absuelve*”⁴³.

³⁵ Folio 10, c.2.

³⁶ Folio 9, c.2.

³⁷ Folio 8, c.2.

³⁸ Folio 6, c.2.

³⁹ Folio 6, c.2.

⁴⁰ Apartado 4.3.3.

⁴¹ Aptado. 2.2.8.

⁴² Aptado. 2.2.9.

⁴³ Folio 372, c.1.

3.2.3.- En sus **alegaciones** de segunda instancia, **la Fiscalía General de la Nación**⁴⁴ adujo que, en el presente caso, el demandante se encontraba en el deber jurídico de soportar la privación de libertad impuesta por la Fiscalía General de la Nación, pues en la investigación penal existían serios elementos, con base en los cuales podía estructurarse responsabilidad penal, por lo que, el posible daño no podía considerarse antijurídico.

3.2.4.- Conforme a lo argumentado en sustento de la apelación, se plantea la Sala los siguientes **problemas jurídicos**:

¿La Fiscalía General de la Nación compromete su responsabilidad, con ocasión del decreto y ejecución de la medida de detención preventiva, cuando el proceso culmine con sentencia absolutoria, por ausencia de pruebas que condujeran a la certeza de la conducta punible?

¿Es constitutiva de daño antijurídico la privación de la libertad a la que fue sometido Rubiel de Jesús Valencia Agudelo y otros, con base en prueba directa, por los delitos acto sexual abusivo con menor de catorce años e incesto, agravados por haber sido cometidos sobre un menor de doce años sobre el que el imputado ejercía autoridad?

3.3. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad:

3.3.1.- El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Así pues, quien pretenda la indemnización de los perjuicios causados por la responsabilidad patrimonial del Estado, deberá demostrar la ocurrencia de los siguientes presupuestos: (i) la existencia de un daño antijurídico, y (ii) la imputación del daño al Estado por la acción u omisión de tales autoridades.

4.3.2.- Esta Subsección observa que, para acreditar el daño, que el demandante hizo consistir en la privación de la libertad de la que fue objeto Rubiel de Jesús Valencia Agudelo desde el 16 de diciembre de 2004 hasta el 18 de noviembre de 2005, obran en el expediente los siguientes medios de convicción:

- Copia⁴⁵ del proveído del dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁴⁶, con el que la Fiscalía 117 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali (en adelante, "Fiscalía 117 de Cali") ordenó la captura de Rubiel Valencia Agudelo.
- Copia auténtica de la orden de captura No. 0035, proferida por la Fiscalía Seccional 117 de Cali el dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁴⁷.
- Copia de informe policial, suscrito por el Comandante de la Estación de Policía Los Mangos (Cali) el dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004), en el

⁴⁴ Aptado. 2.2.11.

⁴⁵ Conforme a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013 (exp. 25022), en aras a garantizar el principio constitucional de buena fe, el deber de lealtad procesal y la prevalencia del derecho sustancial, la Sala valorará las copias simples que hacen parte del acervo probatorio, en cuanto estas hayan obrado a lo largo de todo el proceso, sin que fueran tachadas, ni su validez fuera controvertida.

⁴⁶ Folio 20, c.2.

⁴⁷ Folio 21, c.2.

que consta que dejó a disposición de la Fiscalía 117 de Cali a Rubiel Valencia Agudelo⁴⁸.

- Copia de Resolución Interlocutoria No. 260 del 23 de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁴⁹, en la que se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, sin beneficio de libertad provisional y detención domiciliaria.
- Copia de Resolución No. 4-060 del diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005)⁵⁰, dictada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, con la que confirmó la medida de aseguramiento impuesta a Rubiel de Jesús Valencia Agudelo⁵¹.
- Copia auténtica de la providencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil cinco (2005)⁵², con la que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, absolvió a Rubiel de Jesús Valencia Agudelo⁵³ de los cargos formulados en su contra por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años.
- Copia de la orden de excarcelación expedida por el Juez Cuarto Penal del Circuito del dieciocho (18) de noviembre de dos mil cinco (2005), en la que se ordena la libertad inmediata del señor Rubiel de Jesús Valencia Agudelo como consecuencia de la sentencia No. 029 proferida el dieciocho (18) de noviembre de dos mil cinco (2005)⁵⁴.

Con base en los anteriores documentos, que no fueron reargüidos en el proceso y contienen afirmaciones coherentes entre sí, y que, por provenir de autoridades públicas, están cobijados por el principio de legalidad, esta colegiatura encuentra acreditado que el señor Rubiel de Jesús Valencia Agudelo permaneció privado de la libertad entre el dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004) y el dieciocho (18) de noviembre de dos mil cinco (2005), en razón a la orden proferida por la Fiscalía.

La Sala encuentra que, con la detención que tuvo que soportar Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, se produjo un menoscabo al derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 28 constitucional⁵⁵, que, a su vez, trae consigo padecimientos morales a los familiares de quien resultó privado⁵⁶. De esta forma, se acreditó el daño invocado.

4.3.3.- Conforme a la jurisprudencia unificada de la Sección Tercera⁵⁷, corresponde al juzgador de la responsabilidad patrimonial del Estado analizar si el daño cuya

⁴⁸ Folio 22, c.2.

⁴⁹ Folios 29 a 35, c.2.

⁵⁰ Folios 36 a 41, c.2.

⁵¹ Folios 36 a 41, c.2.

⁵² Folio 72, c.2.

⁵³ Folios 56 a 74, c.2.

⁵⁴ Folio 75, c.2.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia del 14 de abril de 2010, exp. 18960, fundamentos jurídicos 2.1, 2.2 y 2.3; y sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, fundamento jurídico 5.1.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 36149, fundamento jurídico 7.1.

⁵⁷ En la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, el 15 de agosto de 2018, en el expediente núm. 46947 se decidió: "**MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y UNIFÍCANSE criterios en el sentido de**

reparación se deprecia tiene carácter antijurídico. La carga de probar este presupuesto de la responsabilidad del Estado recae sobre la parte demandante, conforme a los artículos 1757 del Código Civil⁵⁸ y 177 del Código de Procedimiento Civil⁵⁹. Por lo tanto, la sola afirmación de la ocurrencia de un daño antijurídico no es suficiente para tenerlo como acreditado⁶⁰.

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, establece que:

“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”. (Subrayado fuera de texto)

En los términos de la anterior disposición, el sintagma “*privación injusta de la libertad*” puede denotar tanto un hecho dañoso como la consecuencia de este sobre la persona. Fácilmente puede apreciarse que el legislador lo empleó en su segunda acepción, para aludir a la privación de la libertad, como un daño. En esa perspectiva, la calificación de la antijuridicidad del daño remite, no sólo al análisis de la conducta de la víctima, para efectos de verificar que el daño haya sido causado o determinado por un error de conducta de la propia víctima⁶¹, sino también a la constatación de la existencia o no de un justo título jurídico que lo habilite.

que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar: || 1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política; [...] (subrayado añadido).

⁵⁸ “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”.

⁵⁹ “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁶⁰ Al respecto: «Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan. || Por esa razón el artículo 1757 del Código Civil prevé de manera especial que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, precepto que se complementa por el artículo 177 del C. de P. C. cuando establece en forma perentoria que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Esta, desde luego, no representa una obligación de la parte, ni un mero derecho, sino una verdadera carga procesal, o sea, “el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él... la carga es una conminación o compulsión a ejercer el derecho. Desde este punto de vista, la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés...” (Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1958, págs. 211 a 213). || Ahora bien, las más de las veces, la carga demostrativa que se hace descansar a hombros de los contendientes, sirve para abastecer al proceso de la mayor cantidad posible de trazas históricas, útiles al propósito de reconstruir los hechos debatidos, es decir, para hallar la verdad como correspondencia entre los enunciados que se hacen acerca de la realidad y la realidad misma. Como la actividad de las partes en el proceso es de suyo competitiva, el juez usualmente tendrá entonces dos visiones inconciliables que se neutralizan, pero que a la vez contribuyen al esclarecimiento de los hechos. || Dicho de otro modo, el afán por defender una determinada posición exige y fomenta la participación de los litigantes en la etapa probatoria y cada una de esas intervenciones contribuye, en buena medida, a la actividad del juez, que entre la cooperación de los concernidos y los límites de la competencia, debe asumir una participación decisiva en el hallazgo de la verdad, desideratum del proceso tan esquivo, como necesario. || Entonces, el juez aborda una realidad extinta para superar el desconocimiento de los hechos con el que despunta todo litigio, y sobre el saber que le brindan las pruebas -analizadas todas bajo el tamiz de la sana crítica-, verifica los enunciados normativos que ilustran el caso y en la sentencia, que es la pieza principal de la actuación, adopta las decisiones que el ordenamiento jurídico consagra, todo con miras a lograr la efectividad del derecho sustancial, cual ordenan perentoriamente diversos cánones constitucionales, y con el propósito último de disipar la incertidumbre que se cierne sobre los derechos en litigio». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 2001, exp. núm. 23001-31-10-002-1998-00467-01.

⁶¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1º de octubre de 2018, exp. 46328.

Con relación al presupuesto de antijuridicidad del daño, consistente en la inexistencia de un título jurídico que lo justifique es preciso advertir, como punto de partida, que el mismo ordenamiento constitucional confiere, de manera excepcional y por vía cautelar o preventiva, una permisión de la privación de la libertad en sede de instrucción criminal, sin que aún se haya demostrado la culpabilidad del inculcado, en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes. Los casos en los que la medida resultaba procedente, para la época de los hechos que fundamentan la demanda, estaban definidos en función de la regla general del artículo 357 de la Ley 600 de 2000, el artículo 209 y 211 de la Ley 599 de 2000.

4.3.5.- La Sala encuentra que en el expediente se allegaron los siguientes medios de convicción, que dan cuenta sobre el carácter antijurídico del menoscabo a la libertad personal que soportó el señor Valencia Agudelo:

4.3.5.1.- Denuncia penal instaurada por la señora Martha Isabel Castillo Vallecilla ante el Fiscal 117 Seccional de la Casa de Justicia del Distrito de Aguablanca, el catorce (14) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁶², en la que denunció al señor Rubiel Valencia Agudelo, en la cual indicó:

“(...) -Si, es mi esposo desde hace 5 años y seis meses.(...) En el mes de enero de 2001 cuando el niño tenía once meses de nacido, mi hijo y yo íbamos entrando a la casa y por la ventana vimos que RUBIEL estaba completamente desnudo, masturbándose frente a una muchacha que se llama MONICA CABEZAS de 14 años aproximadamente la cual lo miraba y se reía, cuando el me vio se colocó la toalla y yo le pregunte por qué había hecho eso, el me decía que lo que yo había visto era mentira, que yo estaba loca, que estaba inventando todo, luego yo me fui y hable con MONICA, para preguntarle qué era lo que estaba haciendo RUBIEL y ella me contesto que le estaba mostrando el pene y que no era la primer vez y la señora MIRYAM mamá de MONICA dijo que ella también sabía de eso y que la molestaba diciéndole suegra, no me habían dicho nada por pena de mi mamá ya que ellas son amigas, (...) el siguió en las mismas, en abril de 2002 una muchacha de enseguida de la casa me dijo que el la invitaba a que estuvieran juntos y le daba chocolates, que por el patio se hacia la paja, el trabajaba en la 14 como Jefe de Compras el no me dijo porque lo echaron, pero averigüe y me dijeron que era porque el estaba invitando a las clientas a salir y ellas se quejaron, (...) hace 1 año alquilamos dos cuartos de la casa donde vivimos a los señores RUBIELA PEREZ Y CRISTIAN MANRIQUE padres de nuestra ahijada DIANA MARCELA RESTREPO de 13 años, un día yo Salí y RUBIEL llege borracho el la llamo al cuarto y la cogió para besarla a la fuerza entonces ella cogió y le dijo que le pasa y le conto a la mamá, la menor siempre a tenido cierto rechazo por RUBIEL, al día siguiente, la niña llorando me contó lo que el le había hecho yo cogí un machete y le dije que si era verdad que estaba besando a la niña a la fuerza, el dijo que todo eso era mentira (...) el niño hace lo mismo, el papá lo sienta en las piernas estando los dos desnudos, lo roza por la cola, el niño últimamente le toca la cola a las niñas y les levanta la falta, cuando le coloco la pijama el se la quita o sino amanece desnudo, todo debido a la actitud del papá yo le he advertido a RUBIEL que no haga ese tipo de cosas delante de niño,

⁶²Folio 1 a 4, c.1. y folios 1 a 4, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

*pero él no ha dejado de hacerlo, el niño hace aproximadamente tres meses tiene el ano de un tamaño anormal y me ha dicho que al sentarse le duele y ahora ultimo por encima de la ropa se introduce el dedo en la cola y cuando le pregunto que por qué hace eso dice que es porque le gusta, yo le dije a RUBIEL y él se quedó callado, la señora SOLELBA VALENCIA tía de RUBIEL me dijo que cuando RUBIEL estaba joven había abusado de un niño de 4 años. (...)*⁶³.

4.3.5.2.- Acta de la diligencia de declaración recibida al menor Juan José Valencia Castillo de cuatro (4) años de edad, hijo del encartado, ante el Despacho del Fiscal Ciento Diecisiete Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, con sede en Casa de Justicia, Distrito de Aguablanca el catorce (14) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁶⁴, en la que dijo:

*“(...) Hay algo que quieras contarnos. CONTESTO.- Me da pena.- PREGUNTADO.- De que te da pena.- CONTESTO.- No me vaya a regañar por que usted no es mi papá.- PREGUNTADO.- Yo no te voy a regañar, solo quiero que me cuentes de que te da pena.- PREGUNTADO.- Se me olvidó.- PREGUNTADO.- Seguro se te olvido o te da pena contar.-CONTESTO.- Me da pena contar.- PREGUNTADO.- Esta muy bien que tengas pena, pero puedes contarme lo que te paso.-CONTESTO.- Mi papá me mete el pipi por la cola. El me quita los pantalones y los calzoncillos y me mete el pipi por la cola. El mantiene desnudo en la cama. El duerme conmigo.- PREGUNTADO.- Cuando te hace tu papá esas cosas.-CONTESTO.- Yo no se, es el miércoles.- PREGUNTADO.- Dónde te hace esas cosas.- CONTESTO.- En la casa. Cuando estamos solos mi papá y yo. Mi mamá en ese momento esta en la tienda. Cuando el me hace esto me duele. Yo no le digo nada.- PREGUNTADO.- Que te dice tu papá cuando te hace esto.- CONTESTO.- Nada.- PREGUNTADO.- Tu le has contado esto a alguien.-CONTESTO.- Si, a mi mamá y mi mamá le dijo a mi papá que porque le mete el pipí en la cola al niño y el no dijo nada, se quedó callado.- PREGUNTADO.- Cuando tu papá te hace esto te unta algo.- CONTESTO.- El me unta crema de mi mamá en la cola con el pipí.- PREGUNTADO.- (en este momento se solicita a la madre de menor que se retira por unos instantes del despacho con el fin de interrogarlo de la siguiente manera:) PREGUNTADO: Alguien te ha dicho que inventaras estas cosas.- CONTESTO.- No.- PREGUNTADO.- Lo que has dicho es verdad o mentira.- CONTESTO.- Es verdad.- PREGUNTADO.- Que piensas de las personas que dicen mentiras.- CONTESTO.- Se las lleva el diablo, porque la mentira es del diablo. Eso me dijo mi mamá.-PREGUNTADO.- Tú quieres a tu papá.- CONTESTO.- Si lo quiero, lo quiero mucho. También quiero a mi mamá y a mi abuelita. (...)*⁶⁵.

4.3.5.3.- Dictamen Médico Legal Sexológico, practicado el dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁶⁶, al menor, en calidad de víctima del delito investigado, por Perito Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Dirección

⁶³ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁶⁴ Folios 6 y 7, c.1. y Folios 6 y 7 c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁶⁵ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁶⁶ Folios 9 a 10, c.1. y Folios 9 a 10, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148. Copia a folios 235 a 236, c.2.

Regional Suroccidente-Seccional Valle del Cauca-Sede Cali. En el cual se indica lo siguiente:

“LESIONES: No existen huellas externas de lesión reciente que permitan fundamentar una incapacidad médico legal

EXAMEN GENITAL: Presenta genitales externos sanos masculinos. Tono anal normal, forma anal normal. Hoy no hay señales externas de maniobras sexuales recientes. No hay signos clínicos de contaminación venérea a momento del examen.

CONCLUSIÓN:

- 1. Los hallazgos al examen físico no permiten confirmar ni descartar maniobras sexuales en el examinado es importante tener en cuenta el relato del examinado...*
- 2. Se sugiere valoración por psiquiatría forense en forma urgente de la madre, el menor y el padre. Se sugiere valoración por psiquiatría forense.*
- 3. Se sugiere protección inmediata del menor –manejo y vigilancia es un menor en alto riesgo”⁶⁷.*

4.3.5.3.- Entrevista inicial socio-forense por delito sexual, realizada por un perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses- Dirección Regional Suroccidente-Seccional Valle del Cauca-Sede Cali-Sección Clínica-Trabajo Social Forense, del dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004), en la que el perito conceptuó:

“INFORME DE ENTREVISTA INICIAL:

(...)

El menor al comienzo de la entrevista con presencia de la madre en el consultorio –sin al alcance de la vista del menor- se torna negador frente a sus sentimientos e interacciones con el padre, asiente respecto al conflicto entre padres el cual lo asocia al desamor, se muestra de acuerdo con el que la madre lo espere en la sala, y se percibe un cambio respecto al relato del mismo, se torna descriptivo de la situación objeto de análisis.

En el relato del menor se observa:

En el relato de a entrevistada se encuentran las siguientes Características:

Orientada sobre sus condiciones sociodemográficas generales, orientada sobre las condiciones de tiempo –en la tarde– y lugar –barrio, unidad habitacional (casa) habitación, cama de la madre– identifica el vínculo sociofamiliar con el sindicato, el relato presenta cambios en presencia de la madre –se toma negador de los sentimientos y característica relacionales– al estar sólo presenta coherencia y fluidez, se percibe no estructurado, ofrece detalles sobre los hechos investigados ‘crema en el área anal-, se incardina en el contexto de la vida individual y familiar del menor’.. “madre en la tienda-el menor viendo televisión”, describe interacciones con el sindicato, se describen complicaciones inesperadas en el desarrollo de los hechos narrados –llega la

⁶⁷ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

madre de la tienda-, se hace alusión al estado mental –emocional de la menor, el menor realiza en el relato correcciones espontáneas sobre el relato, el relato dado ofrece detalles característicos en situación de agresión. La entrevista fue desarrollada con preguntas abiertas generando un relato libre, y focalizando aspectos objeto de investigación. El afecto referido por el menor respecto a los hechos investigados guarda relación con lo narrado. Haciendo referencia al núcleo social del menor, este se conoce como única persona a la cual le sucede lo narrado. La madre del menor refiere cambios en forma del ano así como dolencia en el área anal del menor. Se referencia observación de la comunidad de interacciones de tipo sexual entre el menor y el padre. Se observa tensión entre los relatos de menor y la madre respecto al conocimiento o no de los hechos por parte de la madre. LAS CARACTERISTICAS DEL RELATO SUGIEREN VIVENCIA DE LO NARRADO

EN EL RELATO SE ENCUENTRAN ELEMENTOS ASOCIADOS A INTERACCIONES DEL TIPO SEXUAL EN RELACION MEDIADA POR VINCULO DE AUTORIDAD Y CONFIANZA DADO EL ROL SOCIOFAMILIAR DETENTADO POR EL SINDICADO PARA CON EL MENOR Y LA FAMILIA

Recomendaciones:

Ofrecer protección al menor- remitir a orientación psicosociofamiliar al menor- indagar sobre el conocimiento de los hechos objeto de investigación por otros familiares del menor⁶⁸⁻⁶⁹.

4.3.5.4.- Copia de resolución núm. 260 del 23 de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁷⁰, con la que el Fiscal 117 impuso medida de detención preventiva a Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, sin beneficio de libertad provisional y detención domiciliaria, con base en las siguientes consideraciones:

“Si bien es cierto en la hora actual no podemos hacer juicios en grado de certeza sobre la existencia y responsabilidad del imputado, en virtud de las normas procesales que regulan las exigencias probatorias en esta fase de la investigación penal, es suficiente que concurra al menos un testimonio que ofrezca ciertos motivos de credibilidad para imponer condigna medida de aseguramiento. En el caso que nos ocupa si bien estamos frente a un testigo único que además cuenta con escasos 4 años de edad, sus manifestaciones acerca del trato sexual que le imprime su padre son corroboradas en gran medida por su progenitora, quien además de referir la inusuales conducta eróticas de su marido puso de manifiesto haber sido testigo presencial de acciones realizadas por este que a no dudar se sitúan al menos en el umbral de los actos sexuales abusivos. El despacho no puede soslayar entonces el respaldo que tiene la versión del niño, como tampoco desconocer que hasta el momento no se conocen motivaciones torcidas por parte de la denunciante en contra de su marido ni protervos intereses por parte de esta que justifiquen o expliquen una denuncia mendaz.

En este orden de ideas, al otorgarle la Fiscalía, credibilidad la versión del menor respaldada por su progenitora la ineluctable decisión que debe

⁶⁸ Folio 12 a 14, c.1. y Folios 11 a 13, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148. Copia a folios 237 a 239, c.2.

⁶⁹ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁷⁰ Folios 29 a 35, c.2.

adoptarse será de proferir medida de aseguramiento en contra del señor RUBIEL VALENCIA AGUDELO, como presunto autor material del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS CON EL CONCURSO DE INCESTO, pues se encuentra establecida su relación filial entre este y la víctima”⁷¹.

4.3.5.5.- Resolución Interlocutoria No. 262 del treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004)⁷², proferida por el Fiscal 117 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cali-Casa de Justicia de Aguablanca, por medio de la cual se resolvió petición de nulidad y libertad provisional formulada por el defensor de Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, solicitud que fue negada al considerar que:

“(…) En efecto, la sindicación no estriba en una fruslería ni se trata de un delito bagatela. Desde el punto de vista objetivo y subjetivo el pronóstico resulta incontrovertible: el delito es grave, por lo tanto en caso de que se produzca sentencia condenatoria se haría necesario imponer tratamiento penitenciario al sindicado. El incumplimiento de uno de los requisitos consagrados en la norma en cita impide que se otorgue libertad provisional, conforme a lo señalado en el art. 365.1 del C. de P.P. (…)”.

4.3.5.6.- Documento dirigido al Fiscal 117 Seccional Cali, con fecha del (7) de enero de dos mil cuatro (2004) [sic]⁷³, firmada por la señora Martha Isabel Castillo Vallecilla en el cual manifestó:

“(…) La idea de denunciar surge de las peleas y contracciones por razones de celo y por encontrarme con mucha rabia.

Yo lo amenace de que iba a inventar cosas, para que lo metieran a la cárcel y el se rió, entonces le dije invento lo que sea y hablo con el niño.

El se fue de la casa como el 13 o 14 de diciembre antes de poner la denuncia como a la una de la mañana y ese día yo cogí un cuchillo de la rabia y el fue a tomarme de las manos para calmarme y yo le gritaba y lo ralle en la palma de la mano.

Como se había ido y con una monita y otra morenita y les dije que como hacía para el divorciarme y me dijeron que no atendían, como no me atendieron yo les dije que como hacia para porque el niño tenía la colita grande y quería solicitar un examen del niño; entonces me sentaron y escribieron todo lo que yo inventaba.

Rubiel tiene toda la razón cuando dijo que todo era por celos y cuando se negó de todo en el interrogatorio, yo he hablado con el por notas.

El niño a estado llorando y muy triste por que le hace falta su papá a el cual lo menciona todo el día, realmente como dicen los vecinos de Rubiel el es buna gente y no es capaz de hacer las cosas que yo dije con rabia y celos.

⁷¹ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁷² Folios 41 a 44, c.1. y Folios 64 a 67, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁷³ En el documento se indica que fue recibo el 7 de enero de 2004. Sin embargo, por tratarse de una manifestación posterior a la denuncia presentada también la señora Martha Isabel Castillo el 14 de diciembre de dos 2004 –como se estableció en el apartado 4.3.3–, la Sala infiere que fue recibido el 7 de enero de 2005.

*Que sea un motivo para no perjudicarlo más y lo pongan libre y continué con su trabajo y con su familia que lo espera. (...)*⁷⁴⁻⁷⁵.

4.3.5.6.- Diligencia de ampliación de denuncia rendida por la señora Martha Isabel Castillo Vallecilla, el doce (12) de enero de dos mil cinco (2005)⁷⁶ ante el Fiscal investigador, de la cual se resalta:

*(...) PREGUNTADO. Sírvase manifestar al despacho si es cierto o no que la denuncia por usted presentada a este despacho fue por motivos de celos, rabia y discusiones internas con su esposo RUBIEL VALENCIA? CONTESTO. Si fue por rabia porque nosotros habíamos peleado en días anteriores. PREGUNTADO. Es cierto o no que en uno de los alegatos con su esposo el se rio y usted dijo que lo iba a meter a la cárcel y que iba a hablar con el niño? CONTESTO. Si yo le dije eso a él. Ese día el se rio y me dijo que de que yo lo podía acusar y él no había hecho nada y le dije que iba a inventar de todo para meterlo a él a la Cárcel. PREGUNTADO. Que hablo usted con el niño? CONTESTO. Ese día le dije al niño cosas para que mintiera le dije que dijera que el le metía el pipi por la colita, y le dije lo de la crema, y le dije también que cuando salía a la tienda el se quedaba con el niño, y aquí en la Fiscalía, también antes de entrar le dije que repitiera todo lo que yo le había dicho. (...) PREGUNTADO. Cuando usted presento el denuncia le quiso dar a entender a la Fiscalía, que se trataba de una violación y le dijo al Fiscal, que el niño es decir JUAN JOSE, tenía el ano de un tamaño anormal, por qué cree usted que medicina legal suscribió que el tono anal es normal y no hay señal de maniobra sexual? CONTESTO. Yo sé que eso era mentira, el niño estaba era enfermo de parásitos, y el se rascaba mucho la colita, pero como nosotros estábamos enojados yo le dije a él que espérate y veras, y era por los parásitos que le picaba y le picaba la colita al niño. (...) PREGUNTADO. Como quiera que lo que usted ha manifestado es prácticamente todo lo contrario de lo denunciado. Sírvase explicar si usted ha sido amenazada, se le ha ofrecido algún dinero o se siente presionada para dar las respuestas que ha dado en este momento? CONTESTO. No nadie me ha dicho nada, esa carta que hice y la traje a la Fiscalía, todo eso es cierto, y es mentira lo que dije, dije muchas cosas que no eran y le dije a él que iba a inventar de todo para meterlo a la Cárcel, eso se lo dije a él en momentos de rabia. (...) PREGUNTADO. Doña MARTHA ISABEL, sabe usted que el denunciar falsamente constituye una infracción a la ley penal colombiana, artículo 442 del Código Penal. Y que tiene pena de prisión? CONTESTO. Ahora me lo están diciendo pero yo asumo toda la responsabilidad porque es injusto de que él este allí. (...) PREGUNTADO. Esta ampliación de denuncia la rinde usted bajo algún tipo de presión u amenazas? CONTESTO. No, lo único es mi conciencia. Es injusto, lo único que me acusa es mi conciencia y vuelvo y digo, ya se me paso la rabia (...)*⁷⁷.

⁷⁴ Folio 76, c.1. (copia simple) y Folio 79, c.2. Folios 41 a 44, c.1. y Folios 64 a 67, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁷⁵ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁷⁶ Folios 82 a 86, c.1. y folios 86 a 90, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁷⁷ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

4.3.5.7.- Copia de Informe Psicológico-Informe No. 1 (Parcial), fechado el dos (2) de febrero de dos mil cinco (2005)⁷⁸, realizado por una profesional del ICBF y remitido mediante oficio al Fiscal 117 Seccional el nueve (9) de febrero de dos mil cinco (2005)⁷⁹, en el que se brinda orientación psicológica al niño y a la madre en atención a la investigación penal por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en el que, con respecto al menor, la psicóloga indicó⁸⁰:

“(...) es un niño con un desarrollo normal para su edad, no se evidencia ningún tipo de actitud o comportamiento que infiera algún tipo de trastorno de tipo cognoscitivo; sin embargo, emocionalmente se percibe muy afectado por la situación actual lo que imposibilita que la intervención se desarrolle de una manera más ágil y con mejores resultados. (...) Se percibe así mismo una marcada exacerbación de su sexualidad tanto en sus actitudes como en su vocabulario que serán punto de análisis para profundizar en las próximas intervenciones. (...) En general durante el proceso el niño presentó actitudes y expresiones que infieren que ha estado expuesto a la manipulación lo que ha generado en él sentimientos de culpabilidad (porque su padre está en la cárcel, sentimientos negativos de si mismo por percepciones externas) lo que ha influenciado su estado emocional afectando el avance de la intervención (...)”⁸¹.

Respecto a la madre manifestó que:

“(...) Es necesario realizar un proceso con la mamá del niño de tal manera que puede ser una figura que le brinde al niño seguridad y cuidado ya que considero que hasta ahora que ha estado con la familia del padre el niño ha estado tan influenciado no es recomendable desde el punto de vista emocional que continúe con ellos. (...)”⁸²

4.3.5.7.- Copia de Informe Psicológico - segundo Informe, del mes de febrero de dos mil cinco (2005), remitido mediante oficio al Fiscal 117 Seccional el primero (1) de marzo de dos mil cinco (2005)⁸³, realizado por una profesional del ICBF, en el que manifestó respecto al menor⁸⁴:

“(...) Recogiendo el análisis podemos inferir que Juan José es un niño que ha estado expuesto a diferentes situaciones de manipulación que lo han afectado emocionalmente lo que ha impedido poder tener una claridad de los hechos, y así mismo un confrontación con la realidad y una aceptación de la misma para su recuperación (...) Es importante también mencionar como parte del comportamiento la marcada exacerbación de la sexualidad como un componente que se ha visualizado desde el inicio y que no son acordes para su edad y desarrollo (...)”⁸⁵.

Respecto a la madre del menor, en el informe consta que:

⁷⁸ Folios 123 a 131, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁷⁹ Folio 123, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁸⁰ Folio 130, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

⁸¹ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁸² Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁸³ Folio 138 C.1. y Folio 126,c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148

⁸⁴ Folios 126 a 134 c.1. y Folios 138 a 147, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148. Folios 41 a 44, c.1. y Folios 64 a 67, c.2.

⁸⁵ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

“(...) Martha Isabel se percibe como una persona emocionalmente muy vulnerable y dependiente. (...) En la narración y expresión de sentimientos se puede apreciar una gran dependencia afectiva por parte de su pareja. No presenta claridad de proyecto de vida y tiende a depender de otras personas para la toma de decisiones.(...) Actualmente reanudó su relación con el padre del niño o que representa su dependencia emocional infiriendo así mismo que este aspecto afecte también la relación y manipulación de ella con el niño.(...)”⁸⁶.

4.3.5.8.- Copia de Resolución No. 4-060 del diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005)⁸⁷, dictada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior, para desatar el recurso de apelación interpuesto por el defensor Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, contra la Resolución 021 del veintiuno (21) de enero de dos mil cinco (2005), originaria de la Fiscalía 117 Seccional de Cali, que no accedió a revocar la medida de aseguramiento impuesta al encartado y confirma la medida:

“(...) El A-quo ha debido concretarle al censor el motivo por el cual no le revocaba la medida impuesta, esgrimirle los argumentos probatorios que hoy permanecen incólumes y que hacen inacogible los argumentos con los que pretende abatir la decisión de otrora, desde el inicio de esta decisión se ha mostrado cómo el fundamento que la apunala es el testimonio del menor, debe recordarse que a pesar de su corta edad y de lo fácil que resulta en los párvulos sugestionarlos, aleccionarlos, en el caso de autos un estudio ponderado a su declaración, nos aleja ante la forma como se cumplió la auscultación que su relato fuera producto de la invención, además no era solo que estuviera afianzado por el testimonio de la madre, y que hoy abatido, el también sufra el resquebrajamiento, otra sólida base lo consolidaba, el estudio científico de medicina legal en donde mediante entrevista socio forense por delito sexual al menor, en donde fue reiterativo, dio como resultados que se determine que: ‘Las características del relato sugieren vivencia de lo narrado’, es decir, que el testimonio a más de no ofrecer un sórdido interés, de ser reiterativo, prenda de garantía para reforzar su credibilidad le suministraban otros elementos de juicio, no solo el de la madre, sino que las circunstancias en que narraba los hechos vividos, estaban apuntalados por circunstancias naturales y materialmente posibles, de donde puede indicarse que pese a las pruebas aducidas y en especial la retractación, el testimonio del menor no ha perdido la virtualidad, permanece incólume apuntalando un serio compromiso de responsabilidad. (...)”⁸⁸.

4.3.5.9.- Copia de Resolución Interlocutoria No. 083 del once (11) de abril de dos mil cinco (2005)⁸⁹, emanada de la Fiscalía 117 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, por medio de la cual se califica el mérito del sumario con resolución de acusación contra el señor Rubiel de Jesús Valencia Agudelo, en calidad de presunto autor material de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, en concurso con el delito de incesto. La misma no concedió al sindicado el beneficio de libertad provisional ni detención domiciliaria:

“(...) 7. CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL

⁸⁶ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁸⁷ Folios 36 a 41, c.2.

⁸⁸ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁸⁹ Folios 42 a 55, c.2.

JUAN MANUEL refirió así lo sucedido con su padre biológico RUBIEL VALENCIA AGUDELO:

“Mi papá me mete el pipi por la cola. El me quita los pantalones y los calzoncillos y me mete el pipi por la cola. El mantiene desnudo en la cama. El duerme conmigo.” (folio 6)

El escueto y dramático relato del niño muestra que fue objeto de actos sexuales distintos del acceso carnal, por parte de su padre biológico

Sobre la base de este testimonio se puede establecer que el sindicado ejecutó con su menor hijo JUAN JOSE VALENCIA CASTILLO de cuatro años de edad, actos sexuales distintos del acceso carnal. La legislación penal colombiana prescribe que el que realice Actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

“ARTICULO 209 C.P. ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años”.

Se debe tener en cuenta, la circunstancia de agravación punitiva de que trata los numerales 2 y 4 del artículo 211 del C.P.

“...2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”

“...4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años”

El que haya ejecutado el comportamiento sobre una descendiente determina que se haya infringido además el tipo penal que contiene el delito de INCESTO, por lo tanto queda planteado un concurso material sucesivo de hechos punibles.

“Art. 237.- INCESTO.- El que realice acceso carnal y otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años”.

(...)

10. LIBERTAD Y DETENCIÓN DOMICILIARIA

Atendiendo el monto de la pena mínima a imponer no es procedente conceder al sindicado el beneficio de libertad provisional Tampoco se le mutará la medida de aseguramiento por detención domiciliaria, habida cuenta que el sindicado pertenece al mismo grupo familiar de la víctima, lo cual constituye una prohibición expresa para el otorgar este beneficio conforme la normatividad que regula la materia. (...)^{90,91}.

⁹⁰ Folios 51 a 52, c.2.

4.3.5.10.- Copia auténtica de la providencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil cinco (2005), del Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, por la que se absolvió a Rubiel de Jesús Valencia Agudelo⁹² de los cargos formulados en su contra por el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años:

“(...) Con claridad mediana la normativa 232 del estatuto procedimental penal, nos enseña que para emitirse un fallo de naturaleza condenatoria, se requiere el cumplimiento simultáneo de la doble certeza; definiéndose esta como el conocimiento claro y seguro de alguna cosa y, únicamente podemos afirmar que estamos frente a lo cierto, cuando estamos persuadidos de la verdad; dicho de otra manera, un fallo que tenga como finalidad imponer una sanción debe sustentarse en una completa demostración tanto de la materialidad del ilícito, como de la responsabilidad del procesado; elementos que deben estructurarse de manera, un fallo que tenga como finalidad imponer una sanción debe sustentarse en una completa demostración tanto de la materialidad del ilícito, como de la responsabilidad del procesado; elementos que deben estructurarse de manera diamantina con base en la prueba legalmente allegada a la investigación, pues en caso contrario, si esas probanzas dejan entrever dudas o están sembradas sobre terrenos deleznable o están minadas por la fragilidad de su contextura, el fallo a emitir en estas últimas condiciones, debe ser absolutorio, en sana aplicación del apotegma universal del In dubio pro reo que en nuestro actual procedimiento ha sido establecido como una norma rectora.

(...)

Aquí lo que se acredita es la capacidad de faltar a la verdad que tiene la denunciante MARTHA ISABEL hasta tal punto que sin medir las consecuencias de sus actos hizo mover el aparato estatal solo problemas personales, pero al advertir lo nocivo de su conducta optó por varias sustancialmente su versión, postura que en sentir de ésta funcionaria es el resultado no de presiones, ni de amenazas, ni de afugias económicas, sino porque su conciencia no la dejaba tranquila ante daño que hacía causado, siendo dable creer en la nuevas manifestaciones de la denunciante porque son las que encuentran aval en la acervo documental y que a la postre contribuyen a edificar el presente fallo de absolución, atendiendo de forma positiva el pedimento que en tal sentido elevada al Delegado de la Procuraduría y el Señor Defensor.

Para darle crédito a ésta nueva versión de MARTHA ISABEL resulta importante destacar que en su últimas intervenciones, el Fiscal de manera expresa le advirtió las consecuencias jurídico penales de mutar su inicial manifestación y pese a ello la declarante ratificó que lo inicialmente afirmado no correspondía a la verdad, aspecto que, como ya se dijo, contribuye a darle credibilidad a sus finales manifestaciones y que obviamente justifican se compulsen copias de las piezas procesales pertinentes para que sea investigada por el delito vulnerador de la administración de justicia.

⁹¹ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁹² Folios 56 a 74, c.2.

Como consecuencia de la absolución a emitir, se impone la necesidad de otorgarle la libertad inmediata al señor RUBIEL (...)»⁹³.

4.4.1.- Ahora bien, según el artículo 357.1 de la Ley 600 de 2000, vigente para la fecha de los hechos, la medida de detención preventiva era procedente para los delitos relacionados que tuvieran prevista una “(...) *pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años*”.

En este asunto, el señor Valencia Agudelo fue sindicado como presunto responsable de los delitos de: (i) *acto sexual abusivo con menor de catorce años*, entonces castigado con una pena de prisión de entre tres (3) y cinco (5) años⁹⁴, y de *incesto*, que era sancionado con prisión de entre uno (1) y cuatro (4) años⁹⁵. Por tratarse de un delito imputado a un sujeto que, por ser padre de la víctima, tenía autoridad sobre ésta, que era un menor de doce (12) años, concurrieron las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 2º y 4º, del artículo 211 del Código Penal⁹⁶. En consecuencia, las penas se aumentaban en una tercera parte, con lo que se acredita el cumplimiento de este primer requisito de la medida de aseguramiento detentiva.

4.4.2.- Por otra parte, el artículo 356 de la Ley 600 de 2000 exigía “*dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso*”, para la procedencia de detención preventiva.

Al respecto, observa esta Subsección que, en la entrevista inicial *socio-forense* realizada por el Instituto de Medicina Legal al menor⁹⁷, lo narrado por el menor fue vivido, pues no sólo hizo referencia del hecho en sí, sino que además narró espontáneamente y de manera circunstanciada el ambiente en el que se desarrolló. Además, en el primer informe psicológico presentado por el ICBF⁹⁸ se mostró que la víctima tenía una marcada exacerbación sexual, impropia de su edad. Con ello, cabía concluir que lo narrado por el menor era verídico.

Aparte, no se advierten contradicciones, ni expresiones dubitativas en la denuncia de la madre y su contenido, también circunstanciado, mostraba coherencia con lo narrado por el menor. Por lo tanto, era viable que el ente investigador concluyera que tal denuncia no era contraria a la verdad, más aún si, conforme al artículo 28 de la Ley 600 de 2000, estaba exonerada del deber de denunciar⁹⁹.

⁹³ Esta es una transcripción literal. Los errores, erratas, mayúsculas y énfasis forman parte del texto original.

⁹⁴ Ley 600 de 2000. “*Artículo 209. actos sexuales con menor de catorce años. el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años*”.

⁹⁵ Ley 600 de 2000. “*Artículo 237. Incesto. El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años*”.

⁹⁶ *Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. (...) 4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años*”.

⁹⁷ Apartado 4.3.5.3.

⁹⁸ Apartado 4.3.5.7.

⁹⁹ “*Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar las conductas punibles que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente secreto profesional*”.

Por otra parte, esta Colegiatura considera que, en el proceso penal, cabía dudar seriamente sobre la veracidad de la retractación de la versión inicial expuesta por la madre de la víctima, ya que, en un segundo informe psicológico realizado por una profesional del ICBF, se advirtió una marcada dependencia emocional de aquella con el sindicado. Ello, permitía inferir que su declaración buscaba beneficiar al ahora demandante.

A partir de lo anterior, era razonable inferir que Rubiel de Jesús Valencia Agudelo podía ser responsable de los delitos de acto sexual abusivo con menor de catorce años e incesto, con las circunstancias de agravación previstas en los numerales 2º y 4º, del artículo 211 del Código Penal y, en consecuencia, la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida contra él se ajustó al derecho penal adjetivo y se revela razonable.

No obstante, la Sala estima pertinente aclarar que, conforme a lo anterior, la medida de aseguramiento no se fundamentó en dos indicios graves en contra del investigado, sino por la existencia de una prueba testimonial directa, que tiene mayor mérito probatorio que dichos indicios. Como lo ha precisado la doctrina, la prueba indiciaria está conformada por un raciocinio, en el que un hecho desconocido es inferido a partir de uno conocido, por lo que su fuerza probatoria reside en la solidez del vínculo que une los dos hechos¹⁰⁰. Así pues, se presenta un indicio grave cuando existe una clara relación de causalidad probable entre el hecho conocido y el desconocido, como lo ha explicado la jurisprudencia contencioso-administrativa¹⁰¹, haciendo suyas las palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁰². Sin embargo, aun cuando se trate de un indicio grave, los indicios han sido clasificados, doctrinal y jurisprudencialmente, dentro de las pruebas indirectas, que tienen un menor valor probatorio que las directas, ya que, al presentarse un raciocinio intermedio en la prueba indirecta, esta pierde objetividad¹⁰³⁻¹⁰⁴.

4.5.- La Sala considera, además, que la medida de aseguramiento de detención preventiva era claramente necesaria en el asunto bajo examen. En primer lugar, se

¹⁰⁰ FRAMARINO DEI MALATESTA, N, (1992), *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, volumen I, Temis, Bogotá, p. 255.

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 30 de noviembre de 2017. Radicación No. 63001-23-31-000-2003-00597-01 (41974).

¹⁰² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de mayo de 1971. G.J. nº 2340 A 2345.

¹⁰³ "Por medio de la simple percepción de la prueba directa se afirma su eficacia objetiva; pero no puede sostenerse la eficacia de la prueba indirecta sino pasando, mediante raciocinio, de su percepción a la del delito. || De todo lo que hemos venido diciendo sobre la diversa participación de la mente al apreciar las pruebas, resulta clara la superioridad de las pruebas directas, en general, sobre las indirectas, ya que las primeras, por poseer, de modo natural, eficacia objetiva, y por su mayor facilidad de apreciación, están menos sujetas a errores que las segundas". FRAMARINO DEI MALATESTA, N, (1992), *Lógica de las Pruebas...*, pp. 189 y 190.

¹⁰⁴ La profesora Marina Gascón Abellán, quien no comparte la postura de que las pruebas directas demuestran, de forma espontánea y sin necesidad de inferencias, un hecho, señala: "Otra cosa es si puede afirmarse –como sucede con frecuencia- que el valor probatorio de la prueba directa es muy grande y el de la indirecta siempre pequeño o en todo caso inferior a aquél, al punto de sostener que una prueba directa, por si sola, es apta para fundar la decisión del juez sobre el hecho principal que se pretende probar, mientras que una prueba indirecta, por si sola, no es apta para fundar esa decisión, sino que opera como un elemento más que permite al juez inferir una hipótesis sobre aquel hecho. Podría decirse a este respecto que, ciertamente, el valor probatorio de la prueba directa (una aserción verificada sobre el hecho principal que se pretende probar) es tendencialmente mayor que el de la indirecta (una aserción verificada sobre un hecho circunstancial), porque con la prueba directa no se requiere ninguna inferencia más para probar el hecho principal mientras que para probar este hecho con una prueba indirecta exige siempre inferencias suplementarias (...)". GASCÓN ABELLÁN, M, (2014), *Cuestiones Probatorias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 49 y 50.

observa que en el examen médico-sexológico practicado en el proceso penal, dos días después de su declaración, se sugirió la protección inmediata al menor, además de su vigilancia, por considerar que estaba expuesto a un alto riesgo¹⁰⁵. En segundo lugar, en la entrevista inicial *socio-forense* por delito sexual, realizada por un perito forense, se recomendó ofrecer protección al menor¹⁰⁶. Y, en tercer lugar, en el informe psicológico núm. 1 (parcial), del 2 de febrero de dos 2005¹⁰⁷, se advirtió que era necesario brindar apoyo a la madre de menor, para que le ofreciera protección y cuidado, pues se evidenció manipulación del menor bajo el cuidado de la familia del padre. Esto mostraba, con claridad meridiana, la necesidad de apartar al menor del, entonces, eventual responsable de la perturbación sexual de la que era objeto.

4.6.- Así las cosas, esta Sala concluye, por fuerza de los anteriores argumentos, que la medida de restricción de la libertad del señor Rubiel de Jesús Valencia Agudelo estuvo respaldada en un título legal acorde con el ordenamiento constitucional y las disposiciones convencionales y, por ende, no tiene un carácter antijurídico.

En consecuencia, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que el daño padecido por el accionante no fue antijurídico.

5. Costas

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, proferida el 22 de julio de 2011, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹⁰⁵ Folios 235 a 239, c.2.

¹⁰⁶ Folio 12 a 14, c.1. y Folios 11 a 13, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148. Copia a folios 237 a 239, c.2.

¹⁰⁷ Folios 123 a 131, c.2. Expediente en préstamo del Juzgado Cuarto Penal del Circuito Cali-Valle del Cauca No. 76-001-31-04-004-20015-00148.

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr. Rad. 36146-15#1

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado