



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, julio doce (12) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Reparación Directa

Demandante: XXX XXXX y otros

Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro

Expediente: 15238-33-33-001-2016-00136-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el 12 de diciembre de 2017 por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 6-31 c.1):

En ejercicio del medio de control de reparación directa XXX XXXX y otros, por medio de apoderado judicial, pidieron declarar que la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, son responsables por los perjuicios materiales y subjetivos que les ocasionaron por la privación injusta de la libertad del señor XXX XXXX.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó:

i. Que se conde a los demandados a pagar:

*** Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado a favor de XXX XXXX :**

- *Los salarios dejados de percibir durante el periodo de privación injusta de la libertad, esto es, entre el 16 de abril de 2012 y el 20 de agosto de 2014, que ascienden a 28 meses y 4 días de salario con la suma del 25% por concepto de prestaciones sociales y 8.75 meses de salario correspondiente al tiempo que tarda en promedio*

un colombiano en obtener trabajo. El monto indemnizatorio asciende a \$32.710.801.

- Los ingresos que dejó de percibir por concepto de la venta de los productos agrícolas (cebolla, hortalizas, hierbas aromáticas) que cosechaba en el predio donde vivía, durante el interregno comprendido entre el 16 de abril de 2012 y el 20 de agosto de 2014, concepto que asciende a \$4.230.000.

* **Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor de XXX XXXX :** El valor de los cánones de arrendamiento que ha tenido que sufragar por la vivienda en Tabio Cundinamarca, desde el 15 de febrero de 2015, tasados por lo menos, en \$2.500.000.

* **Por concepto de perjuicios morales:**

- A favor de XXX XXXX , 200 SMLMV.
- A favor de la compañera permanente e hijos, 100 SMLMV.
- A favor de los otros demandantes, 50 SMLMV.

* **Por concepto del menoscabo al derecho fundamental al buen nombre y la honra de XXX XXXX ,** 100 SMLMV.

- ii. Se condene a las entidades demandadas a pagar las costas y agencias en derecho, en concordancia con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.
- iii. Como consecuencia de la condena en abstracto, se disponga a dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 193 ídem.
- iv. Que la condena sea ajustada en los términos del inciso final del artículo 187 ídem.
- v. Ordenar que la condena sea satisfecha en los términos del artículo 192 y 195 ídem.

Como fundamentos fácticos relevantes, señaló:

- * XXX XXXX y su compañera conviven en unión marital de hecho, de aquella relación, nacieron sus 3 hijos. Tenían el domicilio en Socha (Boyacá).
- * XXX XXXX laboraba como trabajador de superficie oficios varios a favor de Minas El Desierto desde el 21 de septiembre de 2011 y devengaba 1 SMLMV.

- * El 16 de abril de 2012, cuando XXX XXXX se encontraba trabajando, funcionarios de la SIJIN procedieron a su captura.
- * Desde el 18 de abril de 2012 hasta el 20 de agosto de 2014, XXX XXXX estuvo recluso en el Establecimiento Penitenciario El Olivo de Santa Rosa de Viterbo.
- * La investigación penal que originó la privación de la libertad adelantada por la Fiscal 21 Delegada del Circuito de Socha, fue la presunta comisión de los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con incapaz de resistir.
- * La captura fue ordenada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Socha con Función de Garantías en auto proferido el 8 de febrero de 2012.
- * La captura fue legalizada el 17 de abril de 2012 y se impuso medida de aseguramiento consistente en detención intramural y se le formuló imputación por parte del órgano investigador. La decisión fue confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha mediante auto de 22 de mayo de 2012.
- * La imputación se formuló por la comisión del “delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, Art. 210,. con agravación punitiva del Art. 211 numeral , y el numeral 7 del mismo Artículo y en concurso heterogéneo con el Art. 237 del C.P. Título VI delitos contra la familia capítulo V del Incesto...” (f. 13). El demandante no aceptó los cargos.
- * El juez de control de garantías consideró que la medida era necesaria porque la pena superaba los 4 años; destacó la denuncia presentada por ABC y un registro civil de la menor nacida el 27 de marzo de 1994, donde se indicó que para la época de los hechos, tenía 15 años.
- * El 22 de mayo de 2012 el Fiscal 21 Delegado del Circuito de Socha presentó escrito formal de acusación con base en la imputación formulada. El Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz del Río, mediante auto de 14 de junio de 2012 avocó conocimiento del asunto. La audiencia se celebró el 5 de julio de 2012.
- * La audiencia preparatoria se desarrollo el 16 de agosto de 2012 y el juicio oral el 19 y 20 de septiembre de 2012.
- * En la sentencia de primera instancia proferida el 8 de octubre de 2012 se condenó a XXX XXXX 204 meses de prisión como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado.
- * El demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

- * La sentencia de segunda instancia proferida el 20 de agosto de 2014 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en la que se resolvió revocar la sentencia impugnada, absolver a XXX XXXX y ordenar su inmediata libertad, en aplicación del principio indubio pro reo.
- * Contra la sentencia de segunda instancia, la Fiscalía y la víctima presentaron recurso extraordinario de casación que fueron declarados desiertos en auto de 20 de octubre de 2014.
- * La medida de aseguramiento fue cancelada en cumplimiento de la sentencia de segunda instancia; el demandante recuperó la libertad el 20 de agosto de 2012.

1.2. Contestación de la demanda:

Dentro del término legal, los demandados contestaron la demandada en los siguientes términos.

1.2.1. Fiscalía General de la Nación (fl. 411-424).

Luego de citar las normas que regulan las funciones del ente acusados, manifestó que toda la actuación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimientos vigentes para la época de los hechos; agregó que, sin lugar a dudas, la investigación tuvo origen en la denuncia formulada y que bajo los elementos probatorios se solicitó la medida de aseguramiento, por cuanto se infirió razonablemente que el imputado era el autor del delito de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo con incapaz de resistir.

Dijo que, para el momento de la medida de aseguramiento estaban dados los requisitos para adoptarla, “de haber proferido una decisión contraria a ella, en su momento se habría tornado ilegal en lo que hace referencia a la ley de infancia y adolescencia” (f. 414); trajo en cita el artículo 199 del Código de Infancia y Adolescencia y concluyó que era deber del Estado proteger al menor.

Consideró que, conforme lo establece la Ley 906 de 2004, la solicitud de imposición de medida de aseguramiento se hace por parte de la Fiscalía, pero le corresponde al juez de control de garantías, decidir la imposición de la medida una vez escuchados los argumentos del Ministerio Público, la Defensa y el ente acusador.

Alegó como excepciones:

- Inexistencia del daño: no se tienen probados los daños y perjuicios morales y materiales causados a los demandantes.
- Cumplimiento de un deber legal: Obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el artículo 250 superior y las disposiciones sustanciales y procedimentales aplicables en la época de los hechos.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva: La responsabilidad de implementar la medida de privación de la libertad radica en cabeza del juez de control de garantías.

1.2.2. Dirección Ejecutiva de Administración Judicial:

Mediante auto proferido el 9 de marzo de 2017, la jueza a quo resolvió no tener por contestada la demanda, por haberse presentado extemporáneamente (f. 486 c.1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, puso término a la instancia con sentencia proferida el 12 de diciembre de 2017, en la cual resolvió Declarar probada la excepción de culpa exclusiva de la víctima como causal de eximente de responsabilidad; negar las pretensiones de la demanda y no condenó en costas.

Contrajo el problema jurídico a determinar si existe responsabilidad de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, como consecuencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, decretada en contra del señor XXX XXXX, durante el lapso comprendido entre el 18 de abril de 2012 y el 20 de agosto de 2014 o, por el contrario, la conducta del actor es constitutiva de la causal de eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

Luego de pronunciarse sobre el marco jurídico y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad y la culpa exclusiva de la víctima, descendió al caso concreto, para el efecto, indicó que el proceso penal adelantado en contra de XXX XXXX surgió por la denuncia interpuesta por su suegra, ABC, por el punible de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado en concurso heterogéneo con incesto.

Afirmó que, de acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso, se encuentra probado que XXX XXXX sufrió un daño por haber estado privado de la libertad por el interregno de 2 años, 4 meses y 2 días, producto de la detención preventiva en establecimiento de reclusión que se impuso en su contra desde el 18 de abril de 2012 hasta el 20 de agosto de 2014.

Adujo que, cuando se trata de un proceso penal en el cual se impuso una medida aseguramiento y se profiere sentencia absolutoria o su equivalente al demostrarse la ausencia de responsabilidad penal, el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo. A continuación, se pronunció sobre la culpa exclusiva de la víctima.

Relacionó las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario y los hechos relevantes del caso y concluyó que mas allá de si se demostró o no un acceso carnal abusivo, existe suficiente evidencia de que se desplegaron actos indebidos por parte del señor XXX XXXX en contra de la integridad física y moral de su menor hija, “tal y como ella misma lo señaló en diversas oportunidades dentro del proceso penal y como lo confirman los demás elementos probatorios aquí enunciados. Además, si bien la menor tiene unas limitaciones para expresarse dado el diagnostico que posee de retraso mental moderado, tal situación no la inhabilita para expresar las vivencias y experiencias de las cuales fue víctima” (f. 544 c2)

Consideró que el señor XXX XXXX incurrió en la práctica de conductas repudiables contra su hija menor de edad, infringiendo claros deberes éticos y jurídicos que le eran exigibles en su calidad de progenitor, en consecuencia, debía soportar el daño que padeció al ser privado de la libertad.

Dijo que la decisión de imponer medida de aseguramiento se ajustó al orden jurídico vigente, pues es procedente cuando se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor del delito y constituya un peligro para la víctima, como en efecto sucedía, dados los graves señalamientos en su contra por parte de su hija, los miembros de su familia y el personal del área de la salud que conoció su caso. A renglón seguido precisó:

“Ahora bien, una cosa distinta es el grado de certeza y conocimiento que el estatuto procesal penal exige para poder proferir sentencia condenatoria, pues en este caso es necesario que, tal como lo dispone el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, exista conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, circunstancia que no es aplicable al caso bajo estudio, pues la privación de su libertad provino de una medida de aseguramiento.” (f. 544)

Por lo anterior, concluyó que la evidencia recaudada por la Fiscalía era contundente para inferir razonablemente que el demandante era el auto del delito sexual imputado, en ese orden, dijo, la medida de aseguramiento se encontraba ajustada a derecho. A lo anterior, agregó que el hecho de haberse revocado la sentencia condenatoria no desaparece el sólido caudal probatorio que al momento de dictar la medida de aseguramiento obraba en contra del señor XXX XXXX.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante, por medio de apoderado judicial, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida el 12 de diciembre de 2017 por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja, con fundamento en lo siguiente:

Indicó que el juez a quo señaló la valoración de la menor en el Hospital Sagrado Corazón de Socha, pero no mencionó la fecha de la atención en la ESE, a su juicio, debe ser aclarada, comoquiera que se produjo por la denuncia, es decir, inmediatamente después de su promoción y de la producción de los hechos que la originaron.

Resaltó que la cita hecha por el juez de la historia clínica sobre los hallazgos en la humanidad de la menor, hacen ver que entre los hechos atribuidos al señor XXX XXXX y la valoración médica de la menor, transcurrió poco tiempo y que los hallazgos en su cuerpo resaltan que cualquier afectación a los genitales de la paciente se presentaron con “considerable antigüedad”. A renglón seguido, manifestó:

“De ahí que la ambigüedad de las fechas de la presunta agresión - contenidas en la acusación-, es decir, “entre junio y julio de 2009”, se sume que no coincidan con los hallazgos de la valoración médica practicada después a la menor, por lo que nunca existió certeza sobre los hechos presentados por la Fiscalía, acusación que fue integralmente asumida por el juzgado penal de conocimiento.” (f. 550)

Sobre la valoración del Instituto Nacional de Medicina Legal, sobre la jurisprudencia citada por el juez a quo para señalar que el retardo moderado de la víctima no afectaba el peso de su testimonio y que era relevante, manifestó que no era aplicable al caso concreto, comoquiera que no se trataba de testimonios de menores con las condiciones de salud detectadas en la presunta víctima; agregó que si se daba relevancia a tal documento, la limitación en la comprensión de las

relaciones sexuales supone que no podía discernir claramente cuando sucedían o no situaciones de alcance sexual y, en consecuencia, ni su testimonio ni la interpretación de terceros pueden “arrojar certeza sobre la forma en la que se produjeron contactos sexuales con la menor (...) no hay relación de tiempo y detalle de las circunstancias en las cuales se pudo presentar entre junio y julio de 2009 el presunto contacto sexual entre el señor XXX XXXX y la hipotética agredida” (f. 551)

Sobre las declaraciones de las profesionales que atendieron el caso de la menor, precisamente, el de la Psicóloga Vergara, manifestó que deja en entredicho su versión, en tanto refirió una supuesta trasgresión sexual, pero reiteró lo mencionado por medicina legal frente a la imposibilidad de discernir si el contacto resultaba ofensivo o no. Que la profesional dice que la presunta víctima había manifestado ser abusada, sin embargo, la prima, Araminta Sua, dijo que se comunicaba por señas.

Afirmó que la Psicóloga Díaz, advirtió que la comunicación debía hacerse bajo el lenguaje kinestésico, “lo que pone en evidencia lo dificultoso que pudo ser tener un testimonio preciso de la menor sobre los hechos” (f. 551); y agregó que la menor se refería a su padre como “el bobo XXX XXXX”, expresión que, a su juicio, hacía ver que no profesaba ningún respeto por su padre, con lo cual no se puede descartar que pudiese efectuar señalamientos tan graves contra él, tales como los que le produjeron la privación de la libertad.

Sobre la Psiquiatra Cristancho y la afirmación concerniente a que la menor es fácil de convencer, aseveró:

“Este concepto debe estudiarse tanto en el ámbito de la posibilidad de convencimientos impartidos por el padre de la joven, tesis asumida por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA, así como en escenario de convencimientos propiciados por su abuela materna, con quien se demostró que la menor vivía y de quien dependía económicamente y tal vez emocionalmente. Ampliar la adquisición de los hechos y de este modo es lo que más se compadece con la evidencia obrante en el proceso y con la determinación de la certeza de los hechos, por el contrario, restringirla del modo como lo hizo la primera instancia de la Jurisdicción Penal y, ahora, el Juzgado Quince Administrativo de Tunja, es asumir una valoración restringido -sic.- de los hechos, cuando los mismos reflejan un espectro mucho más amplio.” (f. 552)

Adujo que el examen de la realidad no arroja conclusión distinta a la arribada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, es decir, la Fiscalía General de la Nación plasmó en el expediente penal certeza alguna sobre los hechos endilgados al actor. Consideró que la afirmación del juez a quo frente a la “conducta inapropiada con respecto a su hija” y que la valoración de las pruebas del proceso penal carecía

de rigor cuando se percibe que nunca hubo certeza de las condiciones en que los hechos imputados pudieron producirse, por el contrario, dijo, sí se acreditó que la menor presentaba signos de actividad sexual antigua, lo que no corresponde a las fechas en que la Fiscalía estimó que se produjo el acceso sexual a la menor por parte de su padre.

A continuación, sobre las pruebas recaudadas en el proceso penal, sostuvo que el juez a quo desarrolló un discurso sobre unas pruebas carentes de validez formal y de certeza que brindan para demostrar la culpa de XXX XXXX, puesto que sólo constituyen una valoración precipitada que asumió la Fiscalía y los jueces. A renglón seguido coligió:

“Es llamativo como la base de esta tesis gira en torno a un prejuicio, que surge de las primeras versiones de las psicólogas que atendieron la presunta afectada -pruebas de referencia del proceso penal- en las que dan por hecho el abuso, pero nunca sustentan por qué tal conjetura, solamente suman al retardo mental de la menor, su convivencia ocasional con el padre y la versión de familiares de la joven que presentaban ostensible aversión por el denunciado, más en el plano de la verificación médica, la única certeza es que en las fechas endilgadas no hubo contacto sexual de la menor.” (f. 553)

Finalmente, concluyó que no se demostró con certeza que el actor hubiese abusado de su hija en sede penal o civil, luego la causal eximente no se configuró y, dado que el daño especial está demostrado, su imputabilidad bajo el régimen objetivo de responsabilidad corresponde a las entidades accionadas.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En firme el auto que admitió el recurso de apelación y sin que se hubiese presentado solicitud probatoria alguna, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.

4.1. Alegatos de conclusión:

4.1.1. Fiscalía General de la Nación (f. 568-572):

Sostuvo que el Consejo de Estado ha contemplado que el régimen de la privación de la libertad solo se estima completo cuando supera el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo; que se trata del análisis que debe acometer el juez con independencia pues, el análisis no se encamina a controvertir las decisiones penales, pero sí, a examinar desde la perspectiva civil, la sujeción de la víctima a los

deberes que el ordenamiento impone, teniendo por premisa que nadie puede sacar provecho de su propia culpa o negligencia.

Afirmó que, por tratarse de un caso de privación de la libertad -delitos sexuales-, el Consejo de Estado ha impuesto la obligación de valorar si para el momento en que se adoptó la decisión concretada en la medida de aseguramiento se reunían o no los presupuestos, señalando a demás que no toda absolución genera automáticamente la responsabilidad del Estado. A continuación, consideró que “el análisis realizado por el a quen -sic-, está fundamentado en las actuaciones de las entidades del Estado, en concordancia con la ley, como lo afirma la conclusión de la sentencia; y en las diferentes conductas del demandante XXX XXXX , comportamiento que originaron todo el accionar del aparato judicial” (f. 570)

Finalmente, insistió que la Fiscalía General de la Nación obró en cumplimiento de un deber legal, por tanto, no se configuró defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni error judicial.

4.1.2. Parte actora: Guardó silencio.

4.1.3. Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial:
Guardó silencio.

4.1.4. Ministerio Público: No emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 12 de diciembre de 2014, proferida por el Juzgado Quince Administrativo Oral de Tunja que negó las pretensiones de la demanda.

5.1. Tema de apelación y problema jurídico:

El apoderado de la parte actora manifestó que existió un indebido análisis de las pruebas obrantes en el proceso penal, comoquiera que no brindan la certeza para afirmar que, en efecto, el actor cometió la conducta punible que se le imputó. Por consecuencia, consideró que no se configura el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

El debate jurídico, se contrae fundamentalmente a determinar si la privación de la libertad que soportó el señor XXX XXXX en el marco de la investigación penal que siguió en su contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por el delito

de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir en concurso heterogéneo con el punible de incesto, que culminó con sentencia de segunda instancia absolutoria a su favor en aplicación de la figura del indubio pro reo, fue injusta y, en consecuencia, le es imputable a las entidades demandadas, o si, como lo resolvió el juez a quo, la víctima con su comportamiento doloso o culposo se expuso a la medida de aseguramiento, lo que dará lugar a exonerar de responsabilidad a las entidades accionadas.

5.2. Del régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad y sus características:

La jurisprudencia reciente de la Alta Corporación ha admitido que se aplica el régimen de **responsabilidad objetiva** en los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, respecto de las personas que hayan sido exoneradas por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el imputado no lo cometió o la conducta no constituía un delito.

Esta teoría, fue elaborada de acuerdo con el régimen de responsabilidad establecido en la Constitución Política (Art. 90), la interpretación de la Ley 270 de 1996 y del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991¹. Sobre el particular, dirá la Sala que acudir a las causales previstas en la última de las disposiciones citadas, no constituye una aplicación ultractiva de normas procesales, sino un criterio orientador, que le permite al juzgador realizar los principios del Estado Social de Derecho en el ámbito de la protección del derecho humano a la libertad².

La Sección Tercera, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, dentro del expediente N° 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), en sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), **unificó** criterios jurisprudenciales para indicar que el régimen de responsabilidad es objetivo en los casos de privación la libertad de una persona contra la cual se profirió la correspondiente medida de aseguramiento en el curso de un proceso penal pero, a la postre, se le exoneró en aplicación del principio *in dubio pro reo*:

¹ Artículo 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección "A", C.P., Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia de 10 de febrero de 2016 Radicación número: 81001-23-31-0002009-0006-01 (39159). Actor: RICARDO SANABRIA MELO Y OTROS. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

“...Ahora bien, comoquiera que en el presente asunto concreto la exoneración de responsabilidad penal del accionante se produjo mediante decisión en la cual se invocó, precisamente, el aludido beneficio de la duda en favor del sindicado, procede la Sala a exponer las razones por las cuales considera que, ante este tipo de eventos, la responsabilidad patrimonial del Estado debe analizarse bajo un título objetivo de imputación basado en el daño especial que se irroga a la víctima.

(...)

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

*Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.” (Subrayado fuera de texto original)*

En resumen, se tiene que, conforme a la sentencia de unificación, en casos de privación injusta de la libertad, incluso si la absolución se obtiene por aplicación del principio “in dubio pro reo”, el régimen de responsabilidad es objetivo y el título de imputación es el daño especial, sin que sea trascendente si la actuación del Estado fue o no ajustada a derecho.

En sub-lite, obran las siguientes pruebas relacionadas con la privación de la libertad³ que fueron allegadas por la parte demandante y no fueron tachadas ni desconocidas por las entidades demandadas:

- Certificación expedida por la Directora del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Santa Rosa de Viterbo sobre el tiempo que estuvo recluso el señor XXX XXXX (f. 51).
- Auto proferido el 20 de octubre de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, por el cual se declaró desierto el recurso extraordinario de casación presentado por la Fiscal 21 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Socha, en contra de la sentencia de segunda instancia (f. 52-53).
- Copia del proceso penal adelantado en contra del señor XXX XXXX (f. 59 a 368 y CDs f. 370-371)⁴
- Certificación expedida por Juan Eliecer Sierra Atara en el cual se informa el salario que devengaba XXX XXXX (f. 499 c.1)
- Copia auténtica de las audiencias de formulación de acusación y audiencia preparatoria (f. 506 a 514 c.1)

Del análisis en conjunto de estas pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, según lo previsto en el artículo 176 del CGP⁵, concluye la Sala que contra el señor XXX XXXX , se expidió Orden de Captura No. 0286833 el 8 de febrero de 2012 (f. 132 y 147); el 17 de abril de 2012 el Juzgado Promiscuo de Socha resolvió imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario por el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (f. 108), decisión que fue confirmada en auto de 22 de mayo de 2012 (f. 177-124).

Tramitado el proceso penal, en audiencia llevada a cabo el 8 de octubre de 2012, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Paz de Río resolvió condenar al demandante “a la pena principal de prisión de doscientos cuatro (204) meses, que equivalen a diecisiete (17) años, como autor responsable a título de dolo, del delito de Acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado, siendo víctima la adolescente (...)” (f. 193). Sin embargo, en audiencia de lectura de fallo celebrada el 20 de agosto de 2014, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo resolvió revocar la sentencia de

³ Aquí se excluyen las pruebas relacionadas con la familiaridad entre los demandantes, en tanto, el análisis del caso concreto se contrae a establecer si existió culpa exclusiva de la víctima.

⁴ Cada uno de los documentos se relacionará en el análisis probatorio.

⁵ Artículo 176. *Apreciación de las pruebas.* Las pruebas serán apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

primera instancia y, en su lugar, absolvió a XXX XXXX, “de condiciones civiles y personales conocidas, del delito de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir por el que se le había acusado” y ordenó su libertad inmediata.

De acuerdo con la sentencia de segunda instancia proferida por esa autoridad judicial el 20 de agosto de 2014 se dio aplicación al principio de indubio pro-reo contemplado en el artículo 7 de la Ley 906 de 2004 (f. 348)

Así entonces, se encuentran verificados los presupuestos de la responsabilidad objetiva del Estado por privación injusta de la libertad, en tanto el señor XXX XXXX, estuvo privado de la libertad entre el **18 de abril de 2012** hasta el **20 de agosto de 2014** y en virtud de un proceso penal seguido en su contra por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir, y fue absuelto mediante sentencia de segunda instancia, se reitera, en atención al principio de *in dubio pro reo*.

5.3. De las eximentes de responsabilidad:

Ahora, la sentencia de unificación antes citada, también señaló:

“...Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio in dubio pro reo—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶.”

En las anteriores condiciones examinará la Sala si en este caso procede algún eximente de responsabilidad, tal como lo precisó la sentencia de unificación que sirve de guía a esta sentencia.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2.007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adiel Molina Torres y otros; Demandado: Nación – Rama Judicial.

Se precisa que el juez de lo contencioso administrativo, de encontrarlo configurado, debe declarar de oficio en la sentencia definitiva, con fundamento en el artículo 187 del CPACA, las excepciones propuestas y cualquier otra que encuentre probadas⁷. Al respecto, en la sentencia de unificación proferida 17 de octubre de 2013, la Alta Corporación adujo:

“Adicionalmente, mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.

Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales -independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada-, obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones de la parte actora.

Lo anterior sin perjuicio de recalcar que la carga de la prueba respecto de los hechos determinantes de la configuración de la eximente de responsabilidad de la cual se trate corresponde a la parte demandada interesada en la declaración de su ocurrencia⁸. (...)”⁹ (Subrayado fuera de texto)

⁷ Sobre este tema ver:

-Sección Tercera. C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 17 de octubre de 2013 proferida en el proceso radicado bajo el N° 52001233100019967459 – 01 (23.354). Demandante: Luis Carlos Orozco Osorio. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.

- Subsección “B” Sección Tercera. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 1° de agosto de 2016 proferida en el proceso radicado bajo el N° 200012331000200800263-03(42.376). Actor: Nicolás Payares Manotas. Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación

⁸ Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de julio de 2009, Exp. 17.517 y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras.

⁹ Sección Tercera. C.P. doctor Mauricio Fajardo Gómez, expediente N° 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

Lo mismo se predica en la segunda instancia, cuando el *ad quem* verifica la existencia de una excepción que conlleva a una exclusión de responsabilidad del Estado. Ello, con fundamento en el artículo 328 del CGP que le otorga la competencia de adoptar de oficio las decisiones en los casos previstos en la ley, en concordancia con el segundo inciso del artículo 187 del CPACA según el cual “la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”.

5.4. Del juicio autónomo sobre el dolo civil o la culpa grave de la víctima de la privación de la libertad:

La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰, ha admitido que en juicios de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, es imprescindible establecer si el actuar víctima fue doloso o gravemente culposo en los términos del artículo 63 del Código Civil y bajo los parámetros de la buena fe¹¹, de manera que la causa eficiente del daño le sea imputable, y con ello, se rompa el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la acción o la omisión de la entidad pública.

La Subsección “B” de la Sección Tercera con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero, en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016 en el proceso radicado bajo el número 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615), expuso:

“4.1.1. El juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima. El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, “en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio”¹². Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta, que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “B”. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 1º de agosto de 2016. Radicación: 200012331000200800263-01 (42376). Actor Nicolás Payares Manotas. Demandado: Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial.

¹¹ [24] El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C.¹³, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente.

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que “los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos”¹⁴. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance:

Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales: i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprehensible, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad¹⁵.

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

Más adelante, en la sentencia traída en cita, la Alta Corporación precisó que el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima en el proceso contencioso administrativo no se opone al principio de presunción de inocencia que rige el proceso penal:

“La premisa de apertura a este análisis viene marcada por el reconocimiento a la intangibilidad de la presunción de inocencia que fue

¹³ ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

¹⁴ Exp. 42.376, op.cit.

¹⁵ Exp. 42.376, op.cit.

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

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

Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros.

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

5.5. El juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima de la privación de la libertad frente a delitos sexuales cometidos contra menores de edad:

La Subsección “B” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016 con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero, consideró que en los procesos promovidos para obtener indemnización del Estado por privación injusta de la libertad y que se originan en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, el juicio autónomo sobre dolo civil o culpa grave del demandado se acentúa, en atención a que se encuentra involucrado el interés superior de l@s niñ@s:

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

Como se sabe, en el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable como premisa empírica de balanceo, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal. Por su parte, la regla ponderativa en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, conlleva a la siguiente proposición: el peso del reproche al cumplimiento del deber de especial protección se agudiza cuando surge la condición de vulnerabilidad como premisa empírica del balanceo, en cuyo caso, la culpa de la víctima se sitúa en la escala más intensa de gradación y la decisión de exonerar el deber de indemnizar se torna perentoria. Huelga decir, por evidente, que el peso abstracto que tienen los derechos de los niños/as como sujetos de especial protección, en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional¹⁶.¹⁷
(Subrayado fuera de texto original)

En efecto, en esa oportunidad, el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo sostuvo que la ruptura del nexo causal por el dolo civil del demandante, se fundamenta en la fuerza probatoria de las declaraciones del menor involucrado en el proceso penal por abuso sexual, argumentos que se citan en extenso por constituir, además, tesis reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado y que, para el caso en concreto, como se verá resultan ser el estandarte del análisis que corresponde a este caso:

“...De ahí, que las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas:

(i) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado, entre otras, la obligación de “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”¹⁸.

¹⁶ Art. 44 Constitucional.

¹⁷ Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)

¹⁸ Art. 3, n° 2.

Esto, por cuanto a los menores su falta de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor.

Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002¹⁹, que dispuso: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. (se resalta). A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso:

El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”²⁰.

En el marco interno, el art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho. En definitiva, el ordenamiento en su conjunto prepondera el carácter trascendente de los derechos de la niñez, a la vez, que los deberes que surgen para el conglomerado social y estatal al momento de protegerlos. El postulado de protección se entiende a partir de una relación de inferencia básica: (a) los niños(as) atendiendo su condición sicofísica son considerados sujetos vulnerables; b) en tanto vulnerables, son sujetos de especial protección, y c) en tanto sujetos de especial protección, sus derechos gozan de primacía.

(ii) La protección de los menores en el marco de la violencia sexual. El abuso y la explotación sexual de niños y niñas, constituye conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos una violación de carácter grave y, se representa en la “realiza[ción de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades”²¹. Basta referir el estado de fragilidad de los menores y las circunstancias en que generalmente se comete este tipo de afrentas a su pudor y dignidad (familiaridad, confianza y cercanía del sujeto agresor), para afirmar de inmediato una culpa en extremo grave por parte de quien cause la más leve ofensa al fuero íntimo de un menor. Así se ha entendido unánimemente por distintos instrumentos de protección tanto del orden interno como externo.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, nota 58.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

²¹ Exp. 42.376, op.cit.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Subsección “en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género”²², merced de la cual ha de entenderse que:

*El uso de los menores como instrumento de placer y la sujeción de la mujer a los apetitos masculinos afecta, menoscaba su integridad, libertad y desarrollo, con el agravante de que generalmente sucede en entornos familiar y social cercanos en los que la víctima actúa sin prevención, aunado a que dificultan su defensa. Incrementado todo ello por la aceptación social y familiar de la dominación del varón*²³.

En señal de reforzamiento del deber de protección, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

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

(...)

*Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.*²⁴

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

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²³ *Ibid.*

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

generalmente se cometen este tipo de conductas, la víctima es por excelencia el testigo único.

(iii) el contexto de la violencia y el abuso de menores en Colombia. Las medidas para prevenir la violencia sexual contra niños/as, si bien, han ido copando las distintas actividades de la agenda pública y social, siguen sin estar al nivel de la exposición real y la amenaza. En Colombia, el panorama de violencia sexual contra menores no permite otra cosa para las autoridades que mantenerse en constante preocupación y vigilia. De hecho:

Según estadísticas oficiales en Colombia, en el año 2014 se registró un alarmante crecimiento de violencia sexual contra niños y niñas con una tasa de 44,30 casos por cada 100.000 habitantes y los autores de este execrable crimen son los propios parientes de las víctimas. Las cifras fueron dadas a conocer por el Instituto Nacional de Medicina Legal con ocasión de la publicación del informe “Forensis 2014: datos para la vida” que registra las ciudades con mayor índice de violencia de tipo sexual en Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Cartagena. El informe reporta así la situación de este flagelo: i) en 2014 se presentaron 21.115 exámenes medicolegales por presunto delito sexual en Colombia, con aumento de 376 casos en relación con el año 2013 (1,81%); ii) los agresores de violencia sexual siguen predominando en el entorno familiar, en el 40,5% de los casos (7.790) se registró como agresor un familiar con algún grado de consanguinidad; el 24,72% de los casos (4.755) indicaron haber sido víctimas por conocidos; seguido del 10,58% y el 9,34% por un amigo (a) y por la pareja o ex pareja, respectivamente; iii) la violencia sexual se originó mayoritariamente en niñas, pues el comportamiento según el sexo de la víctima evidenció que el 85,09% de los casos fueron mujeres: (17.966), lo que indica que por cada seis niñas se registró un niño como víctima; iv) en cuanto al grupo de edad las cifras más significativas se presentaron en el rango de los 10 a 14 para el caso de las mujeres, con un porcentaje de 41,34% del total y en hombres, de los 5 a 9 años con un 39,28% de los casos. Como se ha venido reflejando en los últimos tres años el 85,80% de los casos (18.116) se presentaron en los grupos etarios de los 0 a 17 años, población más vulnerable frente a este tipo de violencia²⁵.

Esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto de violencia sexual contra menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que por cifras es dicente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as. La violencia sexual aparece diversos comportamientos no siempre contrastables por otras fuentes que no sean la propia víctima y no por ello dejan de considerarse graves, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones.²⁶ (Subrayado fuera de texto original)

²⁵ Exp. 42.376, op.cit.

²⁶ Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)

5.5.1. Del caso en concreto en relación con el juicio sobre el dolo civil o culpa grave del demandante:

Siguiendo los derroteros delineados por la jurisprudencia de la Sección Tercera, que enmarca esta sentencia, se abordará el caso concreto a fin de establecer si se configura o no eximente de responsabilidad.

Tal como fuera vertido en la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia proferida el 1 de agosto de 2016 en el proceso con radicación 20001-23-31-000-2008-00263-01(42376) y ponencia del Consejero Doctor Ramiro Pazos Guerrero, los delitos sexuales, en particular contra NNA²⁷, suceden **en lugares donde el agresor se precave de la ausencia de testigos**, siendo las víctimas los únicos que sufren la afrenta, por ello para los efectos del proceso conocido por el juez contencioso administrativo, **no puede descartarse, ni el relato del o la menor afectad@, ni tampoco los otros medios probatorios que inducen a considerar la veracidad de su dicho**. No puede admitirse una dogmática probatoria, que impondría una desigualdad, sino que debe acudir a una ponderación exige flexibilizar los medios probatorios aportados, sin llegar a extremos en los que se pretenda el aporte de pruebas directas e incontrovertibles, de lo contrario el Estado se vería atado a la imposibilidad de iniciar las investigaciones que permitan sancionar conductas como las que este caso informa.

Adicionalmente, es imprescindible destacar que el examen que realiza el juez de lo contencioso administrativo, en un caso como el presente, en modo alguno soslaya la declaratoria de inocencia mediante sentencia penal, en tanto la acción de responsabilidad es autónoma y tiene como fin único determinar si la acción o la omisión que se imputa a una entidad pública causó un daño antijurídico. En efecto, la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 12 de marzo de 2015, en el proceso radicado bajo el número 520012331000199900838 01, promovido por Carlos Chamorro y otros contra la Policía Nacional y otros, reiteró:

“En cuanto a la diligencia previa adelantada por la Fiscalía, en la cual se decidió abstenerse de abrir instrucción penal, toda vez que no se logró la identificación plena de los autores de los hechos que ocasionaron la muerte del señor Chamorro Narváez, cabe mencionar que es un proceso independiente al que se resuelve en esta Jurisdicción y aquella decisión en ese sentido no es óbice para tomar una decisión diferente por esta Corporación, pues tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos, las decisiones de los procesos penales no

²⁷ Niños, niñas y adolescentes

obligan a una decisión en igual sentido en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo²⁸.” (Resaltado fuera de texto original)

Y, la Subsección “B” de la misma Corporación, con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero, en sentencia proferida el 1° de agosto de 2016, precisó:

“La Sala advierte que la decisión tomada por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Valledupar de absolver de responsabilidad penal al señor Payares Manotas no es objeto de controversia en este debate procesal y tampoco lo es la presunción de su inocencia; la decisión penal está en firme y no es susceptible de ser enjuiciable, tal como esta Sala lo ha venido sosteniendo en reiteradas decisiones²⁹. En ese orden, los efectos de la sentencia que se profirió dentro del proceso penal, en este caso absolutoria, no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos, porque esta última es autónoma y con identidad propia³⁰. Según se ha sostenido en diferentes providencias³¹, estas dos acciones son diferentes en cuanto a las partes, el objeto, el fundamento, la carga probatoria y la exoneración de responsabilidad, así: i) en cuanto a las partes y el objeto, a

²⁸ Ver por ejemplo la sentencia de junio 13 de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1995-00998-01(25180), M. P. Enrique Gil Botero, según la cual: “Previo al desglose de las providencias que hacen parte del acervo de los procesos penal y disciplinario, es preciso acotar que las decisiones adoptadas, así como el criterio que a partir de allí condujo al operador judicial a proferirse en determinado sentido, no tienen carácter vinculante para esta Sala, comoquiera que la responsabilidad que aquí se estudia no es de linaje personal sino del Estado —que por principio es anónima—y, por tanto, conjuga para su determinación presupuestos diferentes a los observados bajo la competencia penal, en virtud de lo cual prevalece la autonomía de la jurisdicción”.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 41208, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo: “Las decisiones de la entidad demandada, relativas a la definición de la situación jurídica y preclusión de la investigación que lo favorecieron penalmente y que el actor invoca como fundamento de la privación injusta, en conjunto con los demás elementos probatorios allegados al sub iudice, ofrecen certeza a la Sala en cuanto que este actuó contra la protección del interés superior de la menor Jazmín, sin consideración a las situaciones de vulnerabilidad e indefensión en las que se encontraba y, asimismo, prevalido en estereotipos sociales que anulan la identidad, cercenan la individualidad, subrogan en favor del hombre la libertad de la mujer y contrarían los valores y principios que impone el ordenamiento. Siendo así y sin perjuicio de la preclusión proferida por el juez natural y por ende indiscutible en esta sede, las pretensiones de reparación habrán de negarse, porque el actor incurrió en hechos reprochables a título de dolo con identidad suficiente para negar la reparación invocada. // Para la Sala, al margen de las decisiones de la Fiscalía en las que el actor Luis José fundamenta la reparación y sin discutir que las mismas favorecen al procesado, tratándose de la pretensión de reparación patrimonial debe considerarse la protección debida a la libertad sexual y demás derechos prevalentes de la menor ofendida, de donde lo acontecido amerita ser tenido como conculcante de dolo y poner de presente que el dolo de la víctima exonera al Estado de la indemnización”.

³⁰ “De donde, huelga concluir que, al margen de la privación injusta de la libertad y dada la autonomía del juicio de responsabilidad patrimonial, la reparación debe negarse a la luz de los artículos 44, 45, 83 y 95 constitucionales, al igual que de los artículos 70 de la Ley Estatutaria de Justicia y 63 del Código Civil, porque, acreditado está que el actor Luis José actuó con la intención positiva de injuriar en su integridad a Jazmín. Nada distinto puede concluirse del hecho de que el actor haya procedido en su contra, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar acreditadas, fundado en que la aceptación de los cuidados y el licor ofrecidos, revela el carácter insinuante, provocador de la mujer y, por ende, el deber de soportar la dominación de su apetito sexual”. Ibidem.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. 16533, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver igualmente, sentencia del 28 de enero de 2009, 30340, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 3 de mayo de 2013, rad. 27074, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

través del ejercicio de la acción penal, el Estado procede de oficio y pretende la protección de los bienes jurídicos de la sociedad con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad, mientras que a través del ejercicio de la acción de reparación directa, la cual procede solamente a instancias de la víctima, se pretende la reparación de los perjuicios imputables al Estado donde no haya operado la causal exonerativa de responsabilidad; ii) el fundamento de la responsabilidad penal es la conducta típica, antijurídica y culpable del encartado, mientras que en el juicio de responsabilidad estatal es el daño antijurídico; iii) en cuanto a las cargas probatorias se advierte que en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, en tanto que en la acción de reparación directa, la tiene el demandante; y iv) las causales de ausencia de responsabilidad penal (artículo 32 Ley 599 de 2000) pueden ser demostrados tanto por el sindicado como por el ente investigador (Ley 600 de 2000) quien tiene además una obligación de imparcialidad, por cuanto éste debe recaudar tanto los elementos de convicción que le son desfavorables al indiciado como los que pudieran descartar su responsabilidad penal, mientras que en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio si se encuentran debidamente demostradas.

15.12. Así las cosas, si bien una persona puede ser exonerada penalmente - porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o en aplicación del principio de in dubio pro reo- lo cual es indiscutible en esta sede judicial y siempre se preservará el carácter incólume de la garantía judicial de la presunción de inocencia, no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por la privación de la libertad y condenado a indemnizar el daño causado, ya que habiéndose configurado la causal exonerativa que contempla la Ley 270 de 1996, la entidad demandada será liberada de responsabilidad. Mal haría en considerarse que la libertad es un derecho absoluto que no admite restricciones donde poca importancia adquiere el hecho determinante de la víctima en la producción del daño.”³²

Bajo los anteriores criterios, en el material probatorio del proceso penal se encuentra lo siguiente:

El 16 de abril de 2010 la Policía Judicial a través de la psicóloga, hizo entrevista a la menor, en la cual se consignó:

“SIENDO LAS 13:30 HORAS DEL DÍA DE HOY 16-04-2010 AL ESTABLECER RELACIÓN CON LA VÍCTIMA MC SE LE COMUNICA EL MOTIVO DE LA PRESENTE DILIGENCIA EN PRESENCIA DE SU SEÑORA MADRE (...) Y LA DRA. (...) INTERPRETE DE FENASCOF. SE DEJA CONSTANCIA QUE A LA ENTREVISTADA TIENE PROBLEMAS DE COMUNICACIÓN, DONDE DE IGUAL FORMA NO ES NECESARIA LA INTERVENCION DE LA INTERPRETE YA QUE LA VICTIMA NO ES SORDA. SINO QUE LA VICTIMA AL EXPRESARSE NO SE LE ENTIENDE

³² Radicación: 200012331000200800263-01. Actor: Nicolás Payares Manotas. Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación

MUY BIEN LO QUE MANIFIESTA. SE PROCEDE A ENTABLAR CONVERSACIÓN POR PARTE DE LAS DOCTORAS ACA PRESENTES CON LA ADOLESCENTE MC DONDE SE LE PREGUNTA A LA MENOR SI SABE EL MOTIVO POR EL CUAL SE PRESENTE A LA DILIGENCIA DE LA ENTREVISTA, MANIFESTANDO QUE SI, LUEGO SE PROCEDE A PREGUNTAR A LA MENOR QUE HAGA UN RELATO DE LOS HECHOS, DONDE MANIFESTÓ QUE EL PAPA ME COGE LAS TETAS, ME BAJO EL PANTALON Y NO QUISE (LA MENOR SEÑALA QUE LE BAJO LOS PANTALONES HASTA LA RODILLA), EL TAMBIÉN SE BAJO EL PANTALON (LA MENOR SEÑALA CON SUS DEDOS QUE CON UN COSO EN LAS MANOS LE HACIA EN LA VAGINA MOVIMIENTOS DE ADELANTE HACIA ATRÁS), ELLA DICE QUE ESTO FUE HALLA -sic.- ARRIBA EN EL RANCHO, EN EL RANCHO DONDE VIVE EL BOBO DE XXX XXXX (EL PADRE) ESTABAN BERTHA CAMILO, CARLOS, MAGOLA EN Y MI PAPA EN LA CAMA, MI MAMA ESTABA EN SOCOTA; NINGUNO DE LOS QUE ESTABAN HAY (sic.) SE DIERON CUENTA, DESPUES QUE MI PAPA HIZO ESO ME FUI PARA LA CASA EN EL CURITAL DONDE MI ABUELITA; (NO SE ORIENTA EN EL TIEMPO PERO SABE UBICARSE), YO LE CONTE A MI PRIMA BERTHA QUE ME HABIA DADO PICOS Y COJIO (sic.) TETAS MI PAPA Y ELLA LE CONTO A MI ABUELITA. ELLA MANIFIESTA QUE SE SIENTE (LA PSICÓLOGA ENTIENDE QUE LA JOVEN NO LE GUSTO LO QUE PASO ESE DIA) LA MENOR DICE QUE VARIAS VECES PASO ESO Y QUE LE COJIO (sic.) LOS SENOS UNA VEZ (SEÑALANDO CON SU DEDO DERECHOS (sic.)). LA DRA. (...) PSICÓLOGA (...) OBSERVA CON ANSIEDAD E HIPERSENSIBILIDAD, TIMIDEZ Y RETIRAMIENTO SOCIAL, ALTERACION COGNITIVA SIN DETERMINAR QUE PERMITE DIFICULTAD EN LA COMUNICACIÓN, SIN EMBARGO SIGUE INDICACIONES, MANEJO DE HÁBITOS, NORMAS Y LIMITES QUE LE PERMITEN RECHAZAR ACCIONES NO ADECUADAS Y CON DIFICULTAD SE HACE ENTENDER, SE ORIENTA EN ESPACIO O LUGAR PERO NO EN TIEMPO (...) Y LA DRA. (...)INTERPRETE DE FENASCOP HACE ACLARACIÓN QUE A LA VICTIMA NO REQUIERE EL SERVICIO DE INTERPRETACIÓN YA QUE LA MENOR NO SUFRE DE DISCAPACIDAD AUDITIVA.” (f. 84-85) (Resaltado fuera del original)

En la audiencia de juicio oral se practicó declaración juramentada de la **psicóloga** (Min. 46:00 CD1) dijo que “ella refería unos actos sexuales o un abuso sexual que nosotros no podíamos determinar mediante como tal la entrevista, pues no podríamos determinar si sugería abuso o más actos sexuales por parte del señor progenitor en un lugar donde se habían hospedado, era un lugar al parecer de acuerdo a lo que ella decía que era una casa pequeña porque todos estaban allí y no contaban con la presencia de la mamá; aunque la niña tiene un déficit cognitivo conocía en su formación que era una acción que ella rechazaba y en su momento la dio a conocer a una persona cercana que a través de eso se le comunicó a otra persona y fue cuando denunciaron.”; y afirmó “ella mencionaba las acciones que habían ocurrido ese día en esa casa, igual señalaba en la actitud facial mucho malestar pues frente a los hechos acontecidos de los cuales fue víctima, señalaba con respecto a que el papá, ya el señalamiento que la niña hacía, ya en sus términos que le había cogido las tetas pero pues también manifestaba como si hubiese habido penetración sexual,

sin embargo, eso nosotros no lo podíamos determinar, era por el relato que la niña nos hacía en ese momento.” Además, señaló:

*“...padece de un difícil cognitivo y estimulación social y había mayor retraimiento por sus condiciones sociales, para ese entonces se requirió la presencia de una interprete creyendo que la niña tenía problemas de comunicación pero pues realmente, **aunque es difícil de entender, se hace entender se puede comunicar y ella nos pudo comunicar, además hay un lenguaje kinestésico cuando no tenemos un verbal claro (...)** a través de las actitudes y señalamientos corporales nos permiten tener comunicación con otra persona, bajo esta serie de actitudes o de hechos, es intimidante para las víctimas hablar de la situación, se hizo un proceso de empatía (...)nos mostraba como con fuerza baja el pantalón pero a través del lenguaje difícil que tiene verbal se ayuda con su lenguaje kinestésico a mostrarnos como sucedía y pues, si ella señala de manera verbal, **también lo hacía utilizando los movimientos corporales, que le tocaba las tetas como ella lo mencionaba pero señalaba la parte de su cuerpo porque para ella era importante hacerse entender.** (...) Nos señalaba el tocamiento, como le bajó el pantalón, pero igual señalaba a la rodilla, no totalmente y pues la acción como si hubiera habido una penetración (...), en su movimiento y sus acciones, las partes del cuerpo...” (...) **“Ella se refería de manera despectiva al bobo del XXX XXXX ”***

Agregó esta profesional que la menor había manifestado que el hecho sucedió una vez cuando estaba sin la presencia de la progenitora. A continuación, dijo que además del tocamiento de los senos “...ella indicaba hacia su vagina con un elemento como si hubiera habido una penetración...”

A su vez, en la audiencia de juicio oral, se interrogó a la **menor MC** (Min. 01:40:02 CD1), quien luego de señalar a su padre³³ (XXX XXXX), manifestó que le había bajado el pantalón y que había ido a la casa de él (su padre) “mi mami, yo y magarita”; la fiscal le preguntó si había dormido en la casa de su padre y la respuesta fue afirmativa y agregó “que e patalo y baja patalon y dijo bájese e pantalón”; dijo que había dormido en la cama del rancho con el papá, Margarita y Camilo; que cuando habían sucedido los hechos solamente estaba el padre. Manifestó que no había tenido amigo diferente a su progenitor; que ningún hombre diferente a su padre la había “cogido” y dijo que le había contado sólo a Araminta. La fiscal le preguntó qué había hecho su padre y respondió adelante y atrás “dijo que e baje el patalon y no quise (...) tocó tetas atas y alante. PREGUNTADO: Su papá también se bajó el pantalón. CONTESTÓ: Si ñoa. PREGUNTADO: Y cuando se bajó el pantalón que te hizo. CONTESTÓ: Me toto así, cogió tetas. PREGUNTO: Le dijo volteese acá. CONTESTÓ: Si cosito y (...) así. PREGUNTADO: Cuál cosito, como llama a ese cosito CONTESTÓ: cocho.

³³ La audiencia no contiene video, sin embargo, el juez de conocimiento dejó la constancia que la menor había señalado a su padre.

PREGUNTADO: O sea el pene de su papá es el cocho. CONTESTÓ: Si. PREGUNTADO: Y le hizo duro con eso? CONTESTÓ: Si senoa.”.

Las anteriores pruebas, también encuentran respaldo con los siguientes documentos:

- El Dictamen Médico-legal Sexológico realizado el **23 de julio de 2009** en la ESE Hospital Sagrado Corazón de Jesús de Socha por la médica Morales Rosas³⁴.
- La declaración rendida por Araminta (prima de la víctima y nieta de la denunciante) el **23 de julio de 2009**³⁵.

³⁴ “**ANAMNESIS:**

- Motivo de consulta: “Remitida de la comisaría de familia porque la menor afirma ser abusada sexualmente por su padre”
- Resumen de los hechos: Paciente refiere “Que un día mi papa me quito la ropa y me empezó a tocar las tetas y luego me toco; la paciente señala la vagina y la cola y me daba besos en la boca refiere que en una sola ocasión ha sucedido el hecho, y que el abuso ocurrió en la casa del papa, dice paciente que le contó lo sucedido a una prima. Se reinterroga paciente, niña manifiesta que el contacto con el miembro viril, afirma penetración vaginal del miembro masculino, niega penetración anal y oral, niega dolor durante el episodio, niega ser golpeada por su parte.
- Antecedentes patológicos: retraso mental cognitivo, Hospitalarios negativos (...). Gineco.obstetricos: menarquia: 12 años FUR: hace 2 G0P0. Psicologicos: tiene problemas en el estudio a -sic.- repetido varias veces primero de primaria.

(...)

LESIONES DEL ÁREA GENITAL Y ANAL: Se realiza bajo el consentimiento de la paciente y en Genitales externos femeninos de aspecto normal sin signos de trauma reciente. Himen anular dilatable con desgarró antiguo y laceración puntiforme en el plano de las 12 presenta flujo vaginal abundante blanquecino fétido. Ano de aspecto usual sin signos de trauma, normotónico.

CONDICIÓN PSÍQUICA:

Paciente alerta orientada en las tres esferas, poco contacto visual, lenguaje en voz baja, difícil interrogatorio.

CONCLUSIÓN:

Niña de 15 años, al examen físico sin signos de trauma externo en cuerpo; Himen dilatable con desgarró antiguo lo que indica que ya ha ocurrido la desfloración; además se observa laceración puntiforme en el plano de las 12, presenta flujo vaginal abundante blanquecido fétido. Se recomienda valoración psicológica de la paciente.” (f. 67-68) (Subrayas fuera de texto)

³⁵ “Mi mamá llevo a la casa y me contó que había estado en el Curital y que mi abuela le había contado que un día había mandado a (...) a ver las ovejas y se había demorado, y que no aparecía y se fue a buscarla, entonces llegó a la casa donde vive ESEQUIEL y le preguntó a MAGOLA la mujer de ESEQUIEL, le dijo a mi abuela que (...) se había ido con un hijo de ella para que la acompañara y que después se había ido con el papá, a mí me cogió curiosidad y me fui para el curital y estaba (...) y yo le dije que me acompañara a la casa, y yo empecé a preguntarle que había sucedido con el papá o que el papá como la trataba y ella me dijo que se había quedado una noche con el papa y que habían dormido juntos, yo por sacarle información le dije que yo tenía un novio y que nos dábamos besos, ella me dijo que también tenía un novio y que era el papá le daba besos y le cogía los senos, ella me contó que ESEQUIEL le dijo que se bajara los pantalones y (...) le decía que no, luego él se los bajó y me dijo que ESEQUIEL también se había bajado los pantalones, y que le decía que se subiera encima de él, lo que pasa es que ella no habla bien y yo tengo que utilizar señas para comunicarme con ella, luego me contó que él le había metido el “cocho” ella quería decir pene, y que se lo había metido en la cola pero yo le entiendo que fue en la vagina, y me dijo que le había salido sangre y me dijo que había sentido bueno y que ella se había limpiado con una toalla higiénica. Ella no me contó más pero

- El Informe Psicológico³⁶ realizado el **23 de agosto de 2010** por la Psicóloga de la ESE Hospital de Socha Sagrado Corazón de Jesús, Vergara E.³⁷
- Concepto presentado el **29 de septiembre de 2010** por la Comisaria de Familia, Villamizar M.³⁸, quien en audiencia de Juicio Oral, rindió declaración

yo le grabe a ella una partecita en el celular de lo que estaba contando. Yo le pregunté que si el papá le volvía a decir o hacer algo así ella lo volver hacer -sic.- y ella me respondió que sí. PREGUNTADO: Informe a este Despacho que día más o menos le contó y si sería la primera vez o si ya había sucedido algo parecido. CONTESTÓ: No me acuerdo exactamente sé que fue un domingo que estábamos en vacaciones en el mes de Julio, ella no me dijo pero entiendo que fue la primera vez porque ella nunca me había dicho nada, y además ella es enfermita tiene un retraso mental y pues ella todo lo que ve lo dice, entonces yo le creo lo que dice, ella no tiene la capacidad de inventar esas cosas." (f. 77-78).

En la audiencia de Juicio Oral también se practicó su testimonio bajo la gravedad del juramento. La testigo reiteró lo manifestado en la entrevista (Min. 50:45 CD2)

³⁶ "Paciente de sexo femenino de aproximadamente 16 años, en exploración con la menor mediante entrevista esta refiere haber sido abusada sexualmente por su padre en varias ocasiones. Debido a su discapacidad cognitiva la menor tiende a presentar dificultades para establecer que los comportamientos abusivos de su padre no son adecuados, lo que hace que la menor sea vulnerable frente a dichos actos. Además la situación de pobreza y la vulnerabilidad de su entorno familiar aumentan el riesgo de abuso.

Dentro del relato de la menor que se presume de hechos reales, se observa que el abusador ha manipulado la situación para que este no se presente como un hecho violento y desagradable, lo que agrava la situación de indefensión de la menor, debido a que **ella lo ve como algo natural**.

A raíz de los contactos abusivos la menor continuamente se rasca su vagina por la cual se remitió a valoración médica. A demás -sic.- actualmente por petición de su Tía ABC Torres, se encuentra planificando, debido a su discapacidad cognitiva y al riesgo que ella corre.

Dentro de la intervención que se ha realizado con la menor se han enseñado estrategias de autoprotección frente al abuso sexual y ella y a su abuela. Estableciendo recomendaciones para disminuir el riesgo de abuso.

IV. **HALLAZGOS RELEVANTES:** Se presume que la menor puede llegar a ser nuevamente víctima de abuso sexual, por parte de su padre. En control de promoción y prevención se le recomienda a la menor practicarse un citología -sic.- para ver su estado.

REPERCUSIONES: Debido a la discapacidad cognitiva que tiene la menor, y a las condiciones de riesgo familiares la menor está en alto riesgo de ser vulnerada." (f. 70-71)

³⁷ En la Audiencia de Juicio Oral (Min. 19:00 CD2), la profesional sostuvo: "recordemos que es una niña en condición de discapacidad, ella relata pues los hechos de un abuso sexual que es cometido por su padre, en esos momentos ella se encuentra muy afectada emocionalmente, después de escuchar el relato se asume que los hechos son reales, los que relata la menor, emocionalmente se muestra afectada, igual físicamente también porque durante la consulta la niña, en el comportamiento no verbal, se rasca constantemente sus partes sexuales, su vagina, e incluso se le sugiere a la acudiente, en ese caso la abuela, Doña Graciela, la niña tendría que recibir atención médica por lo que estaba presentando durante la entrevista (...). Ella indica que es por el papá y que es por penetración pues en la vagina." (...) "Lo que se presume de hechos reales es que el testimonio de la niña es verdadero, que lo que ella comenta, lo que ella manifiesta sucedió y que ella fue abusada sexualmente, a ella en ese momento, como se ve en la valoración se ve con un alto riesgo para ser abusada, pues precisamente de ahí la preocupación de la abuela y de la tía. (...) Si nosotros recordamos el abuso sexual, es una relación de poder entre la víctima y el abusador, muchas de las estrategias que utiliza el abusador es precisamente eso, la manipulación de la menor (...) PREGUNTADO: Que observó usted en la valoración de MC. CONTESTÓ: **Es una chica que tiene un problema de lenguaje, primero logramos realizar empatía con ella, en medio de sus señas pudo expresar lo que estaba pasando...**"

³⁸ "Por medio del presente doy respuesta a su oficio de la referencia donde se solicita se certifique la relación existente entre la víctima (...) y el señor padre XXX XXXX, al respecto este despacho puede certificar y con base en el seguimiento que se ha llevado a la niña, la relación anterior a los hechos eran normal entre padre e hija, las niñas siempre han vivido con su madre quien, presenta un retardo

bajo juramento (Min. 01:57:51 CD1). Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, manifestó que había tenido conocimiento del hecho en julio cuando la señora Graciela se acercó a contarle lo sucedido; dijo que no se entrevistó inmediatamente a la menor por su discapacidad, “se remitió a psicología de la ESE hospital, donde se le valoró y se le hizo una entrevista”. Afirmó que la menor siempre se refiere a que “su papá le cogió sus partes genitales y le introdujo algo que llama cocho que me llamó la atención”; que aquel término correspondía al miembro viril del papá y que la abuela se enteró porque Araminta fue a quien la menor le contó lo sucedido. Agregó que había iniciado un proceso de restablecimiento de derechos; había ordenado unos exámenes que se habían dado a conocer a la SIJIN y que se resolvió dictar una medida de protección a favor de la víctima.

- Concepto Psicológico de **26 de octubre de 2010** realizado por Vergara E. Psicóloga de la ESE Hospital de Socha Sagrado Corazón de Jesús³⁹.
- Informe Pericial Forense No. 075-PQS-2012 de **9 de julio de 2012**⁴⁰ realizado por la Médico Psiquiatra Cristancho Corredor⁴¹, en el cual se hizo

mental, al igual que la víctima (...) y la persona que se ha hecho responsable de ellas es la señora ABC, quien es la madre y es abuela de la víctima. También vive con ellas su hermana menor XYZ.

Las niñas (...) y XYZ, iban periódicamente a la casa de su padre, quien habita en la misma vereda del Curital, generalmente los fines de semana. A raíz de los acontecimientos este despacho dictó medida de protección a la víctima consistente en que el señor XXX XXXX, se mantuviera alejado de las niñas mientras la justicia ordinaria se pronuncia al respecto.

Igualmente se le hizo saber a la señora ABC que no era conveniente que dejara ir a sus nietas a donde su padre por obvios motivos. Y hasta la fecha según conversaciones se ha cumplido esta recomendación. En cuando a la relación existente entre la madre y la abuela de la niña (...) antes de los hechos era lo más básica, solo hablaban lo referente a las niñas e incluso en él -sic.- año 2008, se realizó audiencia de conciliación en este despacho, donde se fijó cuota de alimentos y otros aspectos relativos al cuidado de estas niñas, ya que el señor XXX XXXX no cumplía con las obligaciones inherentes a su papel de padre.” (f. 74-75)

³⁹ “Paciente de sexo femenino de aproximadamente 16 años de edad, con antecedentes de hipoxia perinatal y parto podálico, actualmente vive con su abuela y con su madre quien presenta signos de retardo mental. Dentro de la historia clínica de la menor se refiere retardo generalizado en el desarrollo con riesgo de desnutrición.

La menor tiende a presentar dificultades en el área del lenguaje, a nivel comprensivo, analítico y explicativo, lo que le impide desenvolverse en actividades de tipo académico de forma exitosa. De igual forma la producción de lenguaje es limitado, lo que le impide transformarlo y reproducirlo con facilidad. La capacidad de análisis y de deducciones que la menor realiza es escasa, lo que indica que su edad mental se encuentra por debajo de su edad cronológica, siendo este un signo de retardo mental y trastorno del aprendizaje en la menor. Además se observa que la madurez mental que ha alcanzado la menor es inferior al grupo normativo para su edad.” (f. 73).

⁴⁰ “**EXPOSICIÓN DEL ENTREVISTADO:**

Respecto a los hechos materia de investigación la examinada refiere dice “...po mi papá...(sic.) me cogió una teta...” (f. 81)

valoración **psiquiátrica forense de la menor** para establecer si padecía algún tipo de retardo mental, de qué clase y desde qué época probable (f. 79-83). Afirmó que es una “persona que tiene un retardo mental que se le dificulta la ejecución de algunas acciones, que se le dificulta planear (...), entender muchas de las cosas que pueden estar ocurriendo a su alrededor (...). Al tener dificultades para poder entender lo que pasa a su alrededor (...) las cosas que sucedan no solo con ella, con su entorno, sino con su sexualidad y corporalidad obviamente van a **estar un riesgo mucho más grande frente al resto de la población** (...) ¿por qué?, una persona con dificultades para entender las cosas del mundo y las cosas que puedan ocurrir en su medio va a ser mucho más fácil de engañar y va a ser mucho más fácil de manipular que cualquier otra persona que no tenga esas dificultades.”. La perito agregó:

“Sí es fácil de convencer para hacer algo o que le hagan algo **pero no para mantener un relato a través del tiempo** (...) no es lo mismo que yo le diga vaya y díglele a la vecina tal cosa y le pregunten al otro día porque realmente

(...)

ANÁLISIS DEL CASO:

Se trata de un individuo de sexo femenino, en la segunda década de la vida, natural y procedente de Socha (Boyacá), soltera, sin hijos, con educación primaria incompleta, con antecedentes médicos positivos que se relaciona con la condición actual. Proviene de un hogar desestructurado, conformado por su mamá quien al parecer presenta enfermedad mental, padre abandonico y tres hermanastros con quienes mantiene relación distante. Desde el nacimiento hasta la actualidad ha estado bajo el cuidado de su abuela.

(...)

En lo relacionado con el transcurrir de su adolescencia se encuentra por una parte notorias dificultades para su desempeño personal requiriendo el acompañamiento y supervisión completa para la adecuada ejecución de labores básicas tales como el autocuidado así como labores cotidianas, y por otra parte dificultades para la ejecución de roles sociales e individuales acordes a su edad y género, que sumadas a la escasa comprensión de conceptos básicos de su corporalidad y sexualidad y la pobre capacidad de abstracción y juicio la hacen proclive a ser víctimas de engaños y manipulaciones, exponiéndola a situaciones como las que son objeto de la presente investigación.

En resumen se puede concluir que la examinada (...), presenta signos y síntomas de enfermedad mental de tipo Retraso Mental Moderado, teniendo en cuenta las Clasificaciones Internacionales de Enfermedades vigentes (DSM-IV y CIE -10). Lo cual corresponde con un compromiso difuso de las funciones mentales superiores, en donde presenta logros psicomotores, mentales, escolares y sociales por muy por debajo de los esperados para su edad, lo cual se relaciona directamente con su historia personal y con las descripciones de las historias clínicas allegadas. **Dicha enfermedad limita su capacidad de comprensión, autodeterminación y toma de decisiones, en los diferentes ámbitos de la vida incluido el ámbito de las relaciones sexuales**” (f. 82) (Negrilla fuera de texto)

⁴¹ En la audiencia de juicio oral, se interrogó a la profesional Cristancho Corredor (Min. 1:04:43); quien manifestó que “Durante la valoración se empezaron a evaluar las capacidades mentales superiores y pues hacer una entrevista de lo que había sido la vida de ella (...) La única manifestación que hizo la menor, y fue una frase quedó plasmada en el informe y estaba haciendo relación a tocamientos por parte del padre”, indicó que la memoria episódica se encontraba conservada y agregó que “uno de alguna manera tenía que facilitarse las preguntas o en algunos casos aclarárselas para que pudiera contestar”; contestaba con el menor número de palabras; no tenía alucinaciones y tenía dificultad para decir algunas palabras.

no se va a acordar si no lo vivenció, entonces si le pueden hacer cosas pero tanto así que pueda sostener una mentira a través del tiempo como lo pueden hacer los adultos o como lo puede hacer cualquier otra persona y que tenga la capacidad para retener esa información para poder controlar la ansiedad y para poder sostener a través del tiempo, no. PREGUNTADO: Ella recuerda eso si lo ha vivido. CONTESTÓ: Muy seguramente. PREGUNTADO: Considera usted (...) que pueda imaginar situaciones que no haya vivido directamente o necesariamente debe haber vivido alguna situación para que ella la pueda contar. CONTESTÓ: Pues muy seguramente tuvo que vivenciar una situación similar para que pueda hacer un relato y lo pueda mantener a través del tiempo a pesar que pueda cambiar o se vayan quitando los detalles que es lo que se espera; tuvo que haber sido vivenciado para que en una condición como la que tiene (...) se le pueda sostener a través del tiempo. (...) Si puede tener recuerdos del pasado con el pasar de los días se van perdiendo detalles y los recuerdos que se mantienen muy seguramente son cosas que haya vivenciado o que hayan sido, le hayan generado un impacto, que sean importantes, sea la que sea, no necesariamente un impacto negativo, sino cosas positivas que le hayan generado algún tipo de referencia en su psiquis.” (Negrilla fuera de texto)

En este punto, debe advertir la Sala que se anotó un desgarre antiguo del himen de la menor pero no, como erradamente lo sostuvo la parte recurrente, “con considerable antigüedad”, debe tenerse presente que, ni siquiera en el proceso penal, se tuvo certeza de la fecha en la que pudieron suceder tales hechos, además, en gracia de discusión, aún si se admitiera que el desgarre del himen era de considerable antigüedad, tal aspecto es independiente, toda vez que lo que cuenta no es la experiencia previa de la víctima, sino si la menor fue objeto de abuso por parte de su padre – demandante - sin perder de vista que, siendo menor aún si ella lo aceptara, el acto sexual resulta reprochable moralmente.

De las pruebas relacionadas en precedencia, encuentra la Sala que, conforme al testimonio de la menor, cuya versión fue reiterada **en tres ocasiones** (contando la anamnesis que se transcribió en el dictamen), ella fue sometida a ultraje de tocamientos y besos que constituyen una inexcusable ofensa y un agravio mayúsculo contra un sujeto de especial protección y para el hecho investigado, **siempre refirió en ellos la participación de su padre** – ahora demandante.

Lo anterior, sin perjuicio del uso de señas y algunas palabras a las que acudió la menor para relatar lo sucedido, en tanto ello también coincide con lo expuesto por los peritos y familiares. Al mismo tiempo, porque los profesionales que la examinaron manifestaron que no requería interprete, aunque era necesario usar el lenguaje kinestésico, es decir, a través de señas que permitían admitir lo relatado sin que se tratara de mentiras o historias inventadas.

La parte demandante sostuvo que la forma de comunicación de la menor dificultaba tener un testimonio preciso de la menor sobre los hechos y que, conforme los afirmó la psiquiatra, la menor era de fácil manipulación.

Para la Sala, las afirmaciones del recurrente no van más allá de apreciaciones subjetivas; en el juicio oral, la **psiquiatra** que realizó el dictamen pericial del estado mental de la menor, expresamente manifestó que la menor **no tenía la capacidad para inventar historias y mucho menos mantener una mentira en el tiempo y, que aquello que recordaba correspondía solamente a vivencias buenas o malas que eran importantes o que habían causado impacto en su personalidad**, lo cual se constató en tanto, como se dijo, la menor fue coherente en su relato de los hechos desde el primer momento en que fue entrevistada y en hasta el juicio oral, manteniendo iguales expresiones frente a los tocamientos y actos sexuales de su padre, es decir del ahora demandante.

Y, la expresión de la menor frente a su padre, esta es “el bobo”, en nada prueba que la menor haya sido manipulada o convencida por su abuela ni mucho menos, que por esto se haya dado origen al proceso penal. Pero lo que si resalta la Sala es que en las versiones de la menor **la única persona referida en la escena sexual que se relató fue la de su padre, ahora demandante**. Precisamente, en un caso de similares contornos, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró:

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

(...)

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

Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferior, conforme al relato más consistente del menor, que XXXXX quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor,

precisamente, el blanco de los señalamientos del niño. Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de las pruebas, XXXXX XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

Siendo así, el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta Sala con ocasión del caso que se viene analizando, termina por sostener que, si bien, se constató que XXXXX padeció un daño antijurídico con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, el mismo es imputable a su propio actuar civilmente doloso, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece.”⁴² (Resaltado fuera de texto original)

La credibilidad de las declaraciones de los menores es una señal de reforzamiento del deber de protección que se ha adoptado en el contexto de las investigaciones penales, pues no de otra manera se evitaría su revictimización; máxime, porque se constituye en única prueba directa, dada la modalidad de comisión de la conducta, en la cual, es elemental que carece de testigos presenciales, como ya se precisó en la sentencia citada de la Corte Constitucional⁴³.

Entonces, es innegable que los delitos sexuales se producen en un ámbito de intimidad y ocultamiento mucho mayor a aquel en el que se desarrollan los delitos de otra clase, el cual es aún mayor cuando se produce en el ámbito familiar. En ese contexto, se itera, el testimonio de la menor es probatoriamente valorable para el análisis en este proceso.

Además, el demandante recurrente, afirmó que la señora ABC mantenía con él una enemistad y por ello ha de descartarse la veracidad de la denuncia, pero lo cierto es que, a este plenario, ninguna prueba fue aportada sobre tal hecho.

Si bien, la sentencia absolutoria, afirmó que la abuela de la menor, quien denunció los hechos, pudo tener motivos para perjudicar al padre de la menor, en razón al abandono que él hizo de sus deberes frente a su hija y a su nieta, ello no pasó de ser una consideración **carente de prueba en el proceso y surgida de las propias convicciones del juzgador**, pero nada más. Recuérdese que, en materia de la función judicial, el juez únicamente puede tomar la decisión con fundamento en las

⁴² Sección Tercera. Subsección “B”. C.P. Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia de 14 de diciembre de 2016. Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615). Actor: XXXXX XXXXX XXXX Demandado: Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

pruebas legalmente aportadas al proceso y, vista la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal ella es huérfana, en esta materia, de justificación probatoria; en efecto, su conclusión se fundó, exclusivamente, en que **históricamente** se presentan conflictos entre suegra y yerno cuando se hay abandono del hogar e incumplimiento por alimentos, por parte del esposo o compañero permanente y padre⁴⁴.

Entonces, además de la versión de la menor y de la denuncia de su abuela, también reviste importancia el informe sexológico, que brinda un sustento técnico a lo afirmado por la denunciante.

Como se observa, las pruebas confirman la existencia del hecho y que **en el relato de la menor siempre fue involucrado el demandante**, XXX XXXX; estas son:

- i) La denuncia penal efectuada por la abuela de la víctima y la comisaria de familia, por el delito de acceso carnal abusivo con incapacidad de resistir.
- ii) El dictamen sexológico efectuado por el Instituto de Medicina Legal a la menor.
- iii) El concepto psicológico de la demandante.
- iv) El concepto rendido por la Comisaria de Familia del Municipio de Socha
- v) La entrevista de los familiares.
- vi) Declaración de la menor quien, a pesar de su discapacidad en el habla, dio a conocer los hechos para lo cual, según los profesionales de la salud, no se afectados por influencia, coacción, ni manipulación alguna.
- vii) Los antecedentes penales del indiciado que demostraban una sentencia condenatoria en el Departamento de Cundinamarca por hechos similares a los que dieron lugar a la denuncia y al proceso penal iniciado en su contra.

Así, con el valor que merece la declaración de la menor y todas las demás pruebas reseñadas, la Sala concluye que se quebrantaron deberes morales y de protección

⁴⁴ “**Históricamente**, esas relaciones de enemistad se explican (...)” por “...**el solo hecho** de que haya dejado a su hija y no le suministre oportunamente alimentos, son motivos para que aquel no sea del total agrado de GRACIELA, y que, por ello pueda buscar motivos para perjudicarlo.” (fl. 346) (Resaltado fuera de texto)

que una persona mayor, como el acá demandante, debía observar en todo momento, y que se trasgredieron sus obligaciones de buen padre de familia.

Como se indicó ut supra, tratándose de delitos sexuales, las reglas de la experiencia indican que acaecen en lugares cerrados o aislados donde el agresor y la víctima son los únicos que conocen la forma como ocurrieron los hechos. Por ello, es fundamental admitir la versión de la menor afectada y evaluarla en conjunto con los demás medios probatorios existentes, en especial los derivados de personas con conocimientos especializados que, como en este caso, concluyen que la versión de la menor merece credibilidad.

Téngase en cuenta que en casos como el que se estudia, no existe un régimen de tarifa legal o prueba única para llevar al convencimiento al juez de su ocurrencia, razón por la cual, en aplicación de las reglas de la sana crítica y la libertad en la valoración probatoria, se puede llegar a su concreción por inferencias lógicas y razonables resultantes de los medios de convicción obrantes en el proceso.

Al realizar un análisis de los medios de convicción que obran en el presente proceso, de manera flexible y ponderada, la Sala encuentra verificada la causal eximente de responsabilidad del Estado prevista el artículo 70 de la Ley 270 de 1996.

En ese entendido, los daños por la privación de la libertad se originaron un dolo civil del demandante, lo cual deja sin fundamento cualquier pretensión indemnizatoria; si bien a la luz del artículo 1516 del Código Civil el dolo deber ser demostrado por quien lo alega, esto es por las entidades demandadas, también puede ser declarado aún de oficio, como ya se explicó.

Concluye entonces la Sala, que la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad impuesta al accionante, tuvo por finalidad asegurar el cumplimiento de las decisiones tomadas dentro del proceso, la comparecencia del sindicado y proporcionar seguridad a la víctima y a la sociedad, ya que debido a la naturaleza del delito y las condiciones psicológicas que presentaba la víctima, le era exigible al ente acusador actuar de manera pronta y eficaz con el fin de que se esclarecieran los hechos y, a su vez, se garantizara que el indiciado iba a responder por sus actos delictivos, máxime porque era obligación de las autoridades judiciales, verificar y garantizar los derechos de los menores por encima de otros bienes constitucionales.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

6. De la perspectiva de género y la protección de niños, niñas y adolescentes:

Esta Sala, no puede pasar por alto consideraciones vertidas en la sentencia de segundo grado que ameritan ser examinadas desde la perspectiva de género, aspecto que, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, debe integrarse cuando una o un menor se ve afectado por delitos de abuso sexual, el cual se abordará sin desconocer la existencia del principio “*in dubio pro reo*”, y con el fin de llamar la atención de las expresiones e interpretaciones subjetivas en las que pueden incurrir quienes por su función judicial conocen de casos como el que acá se ha estudiado.

Se parte entonces de que, en delitos de abuso sexual en los que se ven involucrados menores o adolescentes, es necesario atender al principio “*pro infans*”, reglas convencionales, constitucionales y legales⁴⁵, con mayor razón si se encuentra que ellos se dicen causados a una persona en condición de discapacidad.

⁴⁵ En la Sentencia C-177 de 2014, la Corte Constitucional expuso ampliamente el contenido de instrumentos internacionales que imponen la protección del menor, así:

“4. Protección constitucional a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales.

4.1. Tratándose de la niñez, por mandato constitucional consagrado en el artículo 44, sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás, siendo entonces sujetos de especial protección en favor de quienes existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, al tiempo que cualquiera puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores. A su vez, el artículo 45 *ibidem* señala los derechos a la protección y a la formación integral de los jóvenes⁴⁵.

El artículo 44 *ibidem* señala dentro de los derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el cuidado y el amor; además, se indica expresamente que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual y explotación, al tiempo que gozarán de todos los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Entre estos Tratados destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre 10 de 1948), que consagra entre otras las garantías a la igualdad, la dignidad y la vida (arts. 1º, 3º y 7º), siendo importante lo referente al acceso a la administración de justicia, tanto para los adultos como para los menores de edad, acorde con la cual se tiene el derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, para el amparo contra actos que conculquen derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la ley (art. 8º).

También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (abril 30 de 1948) se habían realizado los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad (arts. I y II) y que todo niño tiene derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (art. VII).

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (marzo 23 de 1976) exhorta a los Estados Partes a respetar y a garantizar, sin distinción alguna (art. 2º), entre otros, los derechos de

todo niño a que se adopten las medidas de protección necesarias que su condición requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado. Se consagra además el derecho de todas las personas a la igualdad, sin distinción, y la prohibición de cualquier forma de segregación (art. 26).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (noviembre 22 de 1969) reiteró la obligación de los Estados americanos de proteger los derechos de los niños y adoptar las medidas de protección que su condición requiere (art. 19). Lo propio señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (diciembre 16 de 1966) con relación a los derechos de la niñez y de los adolescentes, donde se reitera que se deben adoptar medidas especiales para su protección (art. 10).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de noviembre 17 de 1988), contiene una serie de innovaciones, pues además de insistir en que los Estados partes se comprometen a brindar una adecuada protección al grupo familiar y, en especial, a adoptar medidas especiales de protección para los adolescentes, a fin de garantizar la plena maduración de su capacidad física, intelectual y moral (art. 15).

Se refuerzan además los derechos de los niños, reiterando que tienen derecho a las medidas de protección que su condición requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, debiendo en principio crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (art. 16 ib.).

4.2. El primer texto internacional en este ámbito en la historia de los Derechos Humanos, es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (diciembre 26 de 1924)⁴⁵, donde se reconoce por primera vez en su favor la existencia de derechos específicos y la responsabilidad de los adultos hacia ello, señalando en su preámbulo que los hombres y mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe al niño lo mejor que tiene⁴⁵ y refrendando que debe ser el primero en recibir ayuda en momentos de angustia (art. 3º)⁴⁵.

Años después en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (noviembre 29 de 1959), se indicó que por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales e incluso la debida defensa legal, tanto antes como después del nacimiento, instando así a que se le garantice la posibilidad de tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el de la sociedad, de los derechos y libertades, instando a los padres, a los hombres y las mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales, a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia, con medidas legislativas y de otra índole adoptadas progresivamente.

Se exigen mayores esfuerzos para la protección de las prerrogativas de la niñez en la Convención sobre los Derechos del Niño (noviembre 20 de 1989), reiterando que los menores de edad deben crecer en el seno de la familia, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En la referida Convención se reconoce el denominado interés superior del niño, el cual deberá ser atendido primordialmente en todas las medidas que les resulten concernientes, adoptadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos (art. 3.1.), conminándose a los Estados partes a asegurar su protección y el cuidado necesarios para su bienestar, “teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, **con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas**” (art. 3.2., no está en negrilla en el texto original).

Además de reiterarse el derecho de los niños a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques a su honra y a su reputación (art. 16.1), se obliga a los Estados Parte a

adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlos contra toda forma de “perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo” (art. 19.1).

Igualmente, la citada Convención establece junto con el compromiso de proteger a los niños contra toda forma de explotación y abuso sexual (art. 34), la obligación de adoptar medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social, cuando sean víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de trato cruel, inhumano o degradante, lo cual se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y su dignidad (art. 39).

4.3. La comunidad internacional preocupada por la explotación sexual infantil ha acogido el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (mayo 25 de 2000), ampliando así el campo de protección de los menores de edad frente a esos execrables comportamientos, comprometiendo a los Estados a tipificar esas y otras aberrantes conductas y a imponerles penas adecuadas a su gravedad (art. 3°).

Atendiendo su pertinencia, debe recordarse in extenso que el artículo 8° impone la obligación de adoptar “medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas” de las referidas prácticas, instando a la salvaguarda del interés superior del menor de edad y procurando (no está en negrilla en el texto original):

“a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales, incluidas las necesidades especiales para declarar como testigos;

b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones y la resolución de la causa;

c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales, de una manera compatible con las normas procesales de la legislación nacional;

d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas;

e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas y adoptar medidas de conformidad con la legislación nacional para evitar la divulgación de información que pueda conducir a la identificación de esas víctimas;

f) Velar por la seguridad de los niños víctimas, así como por la de sus familias y los testigos a su favor, frente a intimidaciones y represalias;

g) Evitar las demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las resoluciones o decretos por los que se conceda reparación a los niños víctimas.

2. Los Estados Partes garantizarán que el hecho de haber dudas acerca de la edad real de la víctima no impida la iniciación de las investigaciones penales, incluidas las investigaciones encaminadas a determinar la edad de la víctima.

3. Los Estados Partes garantizarán que en el tratamiento por la justicia penal de los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo, **la consideración primordial a que se atienda sea el interés superior del niño.**

4. Los Estados Partes adoptarán medidas para asegurar una formación apropiada, particularmente en los ámbitos jurídico y psicológico, de las personas que trabajen con víctimas de los delitos prohibidos en virtud del presente Protocolo.

5. Los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, medidas para proteger la seguridad e integridad de las personas u organizaciones dedicadas a la prevención o la

En efecto, leída la providencia de segunda instancia que, desde el punto de vista penal no se pone en discusión, se observan afirmaciones que desbordan el caso y caen por ello en señalamientos o deducciones que no superan el ámbito subjetivo del juzgador. Lo anterior, por cuanto se hacen aseveraciones que resultan contrarias a la protección de la mujer menor y más aún, de una persona que se encontraba en situación de debilidad manifiesta.

Así, el juzgador aduce que los hechos “fueron conocidos de una manera un tanto extraña” (fl. 344) porque, a juicio del sentenciador, fueron vertidos a la luz de comentarios y ese tipo de prueba “no está dentro de las previsiones legales del artículo 438 para ser admisible” (fl. 345) para a continuación señalar que “quien formuló la denuncia es un testigo de oídas y de segundo grado (...) prueba de referencia, inadmisibles por no corresponder a alguno de los eventos previstos en el citado artículo 438” (fl. 345). Esta afirmación, tratándose de un caso de abuso sexual en menor, está desconociendo, sin lugar a dudas, el principio “pro infans” pues, razonablemente, la manifestación de la abuela, lo que denota es la atrocidad que pudo representar el atropello que conocía frente a su nieta – víctima, desconociendo así que la familia es una de los primeros llamados a la protección de los NNA.

Además, con inferencias carentes de prueba, concluyó que “...por ejemplo, que si ciertamente esa noche se hubieran mantenido las relaciones sexuales y que según la versión conocida, la menor hubiera sangrado producto de la defloración, **al revisar su ropa interior hubiera encontrado algún tipo de rastros**, pues recuérdese que se trata de una persona con **retraso mental**, de quien no sabemos si ve personalmente por su vestuario (...) En fin Graciela no notó nada extraño...” (fl. 345) (Resaltado fuera de texto)

Obsérvese cómo el uso de la expresión “retraso mental” induce a considerar que la menor se encuentra en condiciones de inferioridad y carece de la dignidad humana a la que tiene como derecho inalienable, tal término resulta peyorativo y desconoce que, personas como ella, son sujetos en condición de discapacidad, pero no por ello incapaces de realizar labores, muy posiblemente, acá si cabe la expresión, en mejor

protección y rehabilitación de las víctimas de esos delitos.

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo se entenderá en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos.”

Es así evidente que existe un cúmulo de instrumentos internacionales y, según el caso, integradores del bloque de constitucionalidad (artículo 93 Const.), que imponen obligaciones a la familia, a la sociedad y al Estado de garantizar a ultranza los derechos de niños, niñas, adolescentes, realzándose el compromiso frente a eventuales delitos sexuales.

condición que otras personas o, incluso ser mejores personas que muchas otras con capacidades plenas; en estas condiciones, usar tal expresión en una decisión que representa al Estado, resulta, sin lugar a dudas, discriminatoria pues, no bastando la condición de mujer y menor, le impone, además, la indignidad de ser auscultada cada vez que llegue a su hogar, como si se tratara de una persona que, cotidianamente, incurre en actos inmorales o delictivos y por ello amerita escudriñar su intimidad.

Al respecto, es decir, sobre el cuidado en el lenguaje oficial precisó la Corte Constitucional “...En ese sentido, es posible encontrar en el discurso oficial la utilización de lenguaje que de manera muy sutil, exprese actitudes negativas frente a los miembros de grupos minoritarios que provocan acciones discriminatorias en contra de ellos, es decir, se trata de expresiones lingüísticas contenidas en normas jurídicas y que no solo comprenden una carga emotiva intensa, sino que tienen la entidad suficiente para generar efectos jurídicos nocivos en el ejercicio de los derechos para una colectividad determinada. (...) En esta medida, el análisis de constitucionalidad sobre términos utilizados, tanto en la legislación interna como en los instrumentos internacionales, debe ser especialmente cuidadoso, y estar atento al contexto normativo en el cual se insertan las expresiones utilizadas. El papel del juez constitucional no es el de impulsar el adecuado uso de un nuevo lenguaje, sino evitar que conduzca a situaciones de discriminación, o contrarias a la dignidad humana, o que niegue el deber estatal de crear medidas para que la igualdad sea real. (...) De otra parte, existen expresiones que no son neutrales, pues no se refieren a términos técnicos o científicos, pero son utilizadas para referirse a las personas en condición de discapacidad y pueden resultar violatorias del derecho a la dignidad humana, pues son formas lingüísticas escogidas para identificar a ciertos sujetos o grupos, pero que configuran un tipo de marginación sutil y silenciosa, con un enfoque reduccionista del ser que hace radicar su esencia en la situación de discapacidad. ”⁴⁶ (Subrayado fuera de texto)

Se vulnera pues el derecho a la igualdad al usar un lenguaje peyorativo que resulta ajeno a términos técnicos o científicos, usados en el lenguaje cotidiano pero que no tiene cabida en el pronunciamiento de una autoridad judicial pues de esa manera se vulnera la dignidad humana en tanto “...ubican su situación como un defecto personal, que además, los convierte en seres con capacidades limitadas y con un valor social reducido. Esta carga peyorativa y vejatoria, propia de la palabra en cuestión, hace más difíciles los procesos de dignificación, integración e igualdad de este especial grupo.” cuando “las personas en condición de discapacidad como sujetos de plenos derechos, con capacidades funcionales diversas, que requieren de un entorno que les permita desenvolverse con la

⁴⁶ Sentencia C-147 de 2017

mayor autonomía posible y ser parte de la sociedad si aquella se adapta a sus singularidades y les da el valor que les corresponde como personas... ”⁴⁷

Resulta entonces, constitucionalmente reprochable que un juez de la República, sin conocimiento alguno sobre el hecho y sin necesidad de inclusión en su argumentación, discrimine a una menor en condición de discapacidad para suponer que “...no sabemos si ve personalmente por su vestuario... ”.

Realmente, si se lee con detenimiento la sentencia de segunda instancia, lo que consideró el Tribunal fue que las diferencias en las versiones “...ciertamente genera dudas en torno de si los hechos pudieron ocurrir la noche en que las nietas de XXX e hijas de XXX XXXX se quedaron en la casa de este, o en alguna otra circunstancia...” (fl. 346) es decir, que los hechos sucedieron, pero no pudo establecerse el momento; sin embargo, desconociendo el principio “pro infans” no solamente descartó por completo la versión de la menor, sino que, además, acudiendo a sus propios prejuicios, porque vista la sentencia no se alude a medio probatorio alguno, adujo que “Históricamente, esas relaciones de enemistad⁴⁸ se explican (...)” por “...el solo hecho de que haya dejado a su hija y no le suministre oportunamente alimentos, son motivos para que aquel no sea del total agrado de XXX, y que, por ello pueda buscar motivos para perjudicarlo.” (fl. 346). Sin embargo, recuérdese que las afirmaciones que se hacen en las decisiones judiciales deben estar fundadas en las pruebas que obran en el plenario y no en consideraciones estereotipadas y socioculturales o meramente subjetivas.

Adicionalmente, aunque la sentencia desechó la versión de la nieta que contó a la abuela lo sucedido, más adelante, descartó el hecho con fundamento en no resultaba creíble que del acceso carnal “ninguno se hubiera dado cuenta” (fl. 347). Pero recuérdese acá, como ha quedado explicitado en esta providencia, que la jurisprudencia constitucional, la contenciosa administrativa y de la Corte Suprema de Justicia han señalado que hechos como estos suceden, en muchos de los casos, únicamente con la presencia de la persona agredida sexualmente y que ellos suelen ser mucho más ocultos cuando se trata de menores en relación con personas de su confianza.

Agregó la sentencia que la menor en relación con quien se formuló la denuncia por tener “menos capacidad intelectual, quería igualarse” (fl. 347) haciendo alusión a que la conversación mediante la cual se obtuvo una primera manifestación del hecho por

⁴⁷ *Idem anterior*

⁴⁸ *Se refiere a la relación entre suegra y yerno*

parte de la menor generó en ella, la idea de inventar una acción sexual similar a la que le era mencionada por su interlocutora, dejando de lado que, conforme a los dictámenes de profesionales en psicología y psiquiatría, no se daba cabida a historias imaginarias sino vividas. Entonces, este argumento, también echa por la borda el dicho de expertos que, como mínimo, está obligado a atender un juez de conocimiento en casos como estos. Al respecto, cabe señalar como el Consejo de Estado ha precisado la importancia y diferencia que debe atenderse en un proceso penal por abuso sexual a menores al señalar “Del mismo modo y comoquiera que los casos donde están involucrados menores de edad en calidad de víctimas, siguen manejándose por parte de los funcionarios judiciales bajo premisas “*ad dictum simpliciter*”, es decir, aplicándose para ellos reglas de la generalidad de los casos, sin tener en cuenta que su condición de sujetos vulnerables y de especial protección, amerita no solo un tratamiento particular sino, además, especialísimo, al cual debe ajustarse el procedimiento penal ordinario y, por sobre todo, las actuaciones de los operadores jurídicos a cuyo cargo correspondan tan delicados casos...”⁴⁹

Igualmente, no es admisible que una sentencia judicial indique que los hechos pudieron haber sucedido en otro momento porque en una declaración recaudada en el proceso penal se “(...) acuse a (...) quien acá funge como víctima, de revolcarse con hombres, lo cual no resulta del todo extraño...” (fl. 347). Afirmación esta que, además de no hacer parte de la investigación penal, trasgrede la dignidad de menor mujer víctima, revictimizándola, cuando de lo que se trataba era de proteger a una menor con condición de discapacidad comunicativa, como lo dijo la psicóloga. Igualmente, concluyó, sin prueba alguna, “es decir, que son conscientes que no XXX XXXX sino cualquier otro, puede o pudo en el pasado, accederla carnalmente...” (fl. 348), con lo cual, antes que cumplir el deber de proteger a la menor, dejó en desamparo el derecho a su dignidad e intimidad por el solo hecho de ser una mujer menor en condición de discapacidad y casi, se diría, admite la agresión sexual por sus condiciones, lo cual denota una clara discriminación por múltiples razones que son inconstitucionales.

Téngase en cuenta que en el proceso penal por abuso sexual a NNA, el juzgador ha de guardar el máximo cuidado a fin de no afectar su dignidad, ya maltratada por el hecho, para salvaguardar el interés superior que legal, constitucional y convencionalmente se le ha resguardado. En este sentido, se lee en la Sentencia C-177 de 2014, apartes del siguiente tenor:

⁴⁹ Sentencia con número interno 42615 op. cit.

“6. El interés superior del menor modula garantías como la defensa, la intermediación y la contradicción dentro del proceso penal.

(...)

En el mismo sentido, en sentencia de marzo 4 de 2009 (rad. 30.645), M. P. María del Rosario Gonzáles Muñoz, se puntualizó que si bien los principios mencionados hacen parte vertebral del sistema penal acusatorio, es deber del juez ponderarlos frente a derechos que pueden llegar a ser afectados:

“Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias.”

7.3. La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas⁵⁰ como el principio *pro infans*.

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio *pro infans* deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces.

(...)

En la referida decisión, recordando lo consignado en varios de sus pronunciamientos⁵¹ y principalmente en decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵², señaló que “los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto ‘frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como ‘una auténtica ordalía’”.

(...)

Y, a renglón seguido, se explicó (no está en negrilla en el texto original): “***El testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que está justificada dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia. Dos son las razones que lo justifican: la menor edad de la víctima y la naturaleza del delito investigado...***

⁵⁰ Cfr. T-593 de 2009, ya referida, entre otras.

⁵¹ Allí se hizo alusión a las sentencias 303 de octubre 25 de 1993, 153 de septiembre 29 de 1997, 12 de enero 12 de 2002 195 de octubre 28 de 2002, 187 de octubre 27 de 2003, 1 de enero 16 de 2006 y ampliamente la 174 de noviembre 7 de 2011, entre otras.

⁵² El Tribunal Constitucional español hizo referencia al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sección tercera) de febrero 19 de 2013, asunto Gani contra España, donde el demandante invocó “vulneración del derecho de contradicción y del de interrogar a la víctima, único testigo en su contra en relación con todos los delitos por los que ha sido condenado”, luego de ser encontrado responsable por la jurisdicción española de: “(i) un delito de amenazas a N. con agravante, a la pena de 15 meses de prisión; (ii) un delito de allanamiento de morada, con violencia e intimidación, con agravante, a la pena de dos años y medio de prisión y multa de 9 meses en cuota diaria de 12 euros; (iii) dos faltas de lesiones a N., a la pena de 12 días de localización permanente por cada una de ellas; (iv) un delito de secuestro con agravante, a la pena de ocho años de prisión; (v) otro delito de secuestro, a la pena de prisión de tres años; (vi) un delito contra la integridad moral con agravante, a la pena de dos años de prisión; (vii) un delito de agresión sexual con agravantes, a la pena de 15 años de prisión; (viii) un delito de falsedad en documento oficial, a la pena de seis meses y multa de seis meses en cuota diaria de 12 euros”. Además, se reseñaron las decisiones de diciembre 20 de 2001, caso P.S. contra Alemania; julio 2 de 2002, caso S.N. contra Suecia; noviembre 10 de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; abril 24 de 2007, caso W. contra Finlandia; mayo 10 de 2007, caso A.H. contra Finlandia; junio 27 de 2009, caso A.L. contra Finlandia; julio 7 de 2009, caso D. contra Finlandia y septiembre 28 de 2010, caso A.S. contra Finlandia.

7.6. Así, resulta evidente el querer de todos los pueblos de dar prelación siempre al interés del menor, aún frente a otras garantías propias del proceso penal, sin que ello implique desconocer los derechos fundamentales del presunto agresor y de otros intervinientes.

(...)

8.2.1. Como quedo ampliamente reseñado, en aplicación del interés superior del menor y del principio *pro infans*, resulta ajustado a los postulados de los artículos 44 y 45 de la Constitución, al igual que a diferentes instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de conductas execrables⁵³, establecer medidas legislativas y judiciales para garantizar no sólo su dignidad y su intimidad (evitando inferencias indebidas en su vida privada), sino para protegerlos en todas las etapas del proceso, evitando causarles nuevos daños⁵⁴.

(...)

8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio *pro infans*, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta.

(...)

Acorde con lo anterior, fácticamente todo menor de edad víctima de aberrantes conductas libidinosas desplegadas contra su humanidad, lo ubican en una situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta que a su corta edad afecta su formación física y psicológica.

De otro lado, desde el punto de vista normativo es conocido que diferentes instrumentos internacionales que consagran derechos humanos, la Constitución de 1991 y normas legales como el Código de la Infancia y la Adolescencia⁵⁵, imponen la obligación de adoptar medidas legislativas y judiciales para favorecer el interés superior de los menores víctimas de conductas aberrantes, atendiendo su evidente vulnerabilidad, evitando así su revictimización al poner en riesgo garantías fundamentales como la dignidad.

(...)

8.2.3. Denótese que la Ley 1652 de 2013 busca defender los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de aberrantes comportamientos relacionados con el abuso sexual, teniendo en cuenta que por su madurez mental⁵⁶ y las funestas consecuencias de esos comportamientos, no pueden recibir el mismo trato procesal de un adulto, pretendiendo que reconstruya sucesos que en el tiempo han causado traumas imborrables.

(...)

Así, será el juez de conocimiento el funcionario que analizando en conjunto las normas descritas y dándole prevalencia a los intereses del niño, niña o adolescente que ha rendido la entrevista, dando aplicación al principio *pro infans*, determinará

⁵³ Cfr. Convención sobre los Derechos de los Niños y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre muchos otros reseñados en esta providencia.

⁵⁴ Acorde con doctrina especializada, los niños sexualmente abusados pueden mostrar reacciones emocionales negativas como la depresión, culpa o autoestima disminuida, fobias, pesadillas, inquietude, neurosis, rechazo escolar, embarazos adolescentes, tentativa de suicidio, entre otras conductas (cfr. Pabón Parra, Pedro Alfonso, Delitos sexuales. La sexualidad humana y su protección penal. Ed. Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, pág. 342. Igualmente, puede consultarse a Monge Fernández, Antonia, Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre). Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

⁵⁵ El artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 preceptúa: “En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley.”

⁵⁶ Aunque la madurez física y psicológica de un menor esté en desarrollo, no quiere ello decir per se que sus versiones, principalmente frente a delitos sexuales deban descalificarse, pues acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, la naturaleza de ese tipo de aberrantes comportamientos y el impacto que generan en la memoria del menor, brindan credibilidad (cfr. T-078 de 2010, ya referida).

si el descubrimiento de dicho elemento material probatorio es estrictamente necesario, pertinente y no afectará los derechos fundamentales de la víctima⁵⁷, dentro de su rol de garante tanto de los derechos del menor como del acusado⁵⁸. Además, deberá tener en cuenta los criterios de necesidad, ponderación, legalidad, entre otros, contenidos en el artículo 28 de la Ley 906 de 2004 en concordancia con el parágrafo 1º del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013.

(...)
Además, solo en gracia de discusión, aunque se plantee que dicha entrevista realizada fuera del juicio oral desconocería garantías inherentes al debido proceso como los derechos de defensa y contradicción, o principios como la inmediación y el acceso a la administración de justicia, como se indicó ampliamente, existiría justificación constitucional para ello, atendiendo como circunstancias preponderantes la menor edad de la víctima y la naturaleza execrable del tipo de delitos investigados⁵⁹.

Nótese entonces, que las expresiones y señalamientos efectuados en la sentencia, desconocieron que el delito investigado exigía para la menor un trato que no la revictimizara, y además irrespetó sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad y la intimidad. La sentencia penal, en casos como estos, no puede perder de vista que está ante un hecho que tiene connotaciones de delito atroz.

Entonces, para esta Sala la sentencia de segunda instancia, lejos de constituirse en una garantía judicial y efectiva para los derechos de la menor, fue una nueva oportunidad de afrenta y humillación pues, ningún valor se le dio a la narrativa coherente y congruente de la niña antes del juicio y durante el mismo, sobre hechos que habían pasado y de los cuales a nadie mejor que a ella podían constarle pese a su dificultad comunicativa ya que, conforme a las periciales, la menor estaba en capacidad de relatar los hechos porque realmente sucedieron.

A juicio de esta Sala, la sentencia de segunda instancia, dejó de lado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981, que estableció como obligación garantizar por conducto de los tribunales nacionales y de otras instituciones

⁵⁷ Reitérese que el artículo 192 de la Ley 1098 de 2006 señala que el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución y en dicha ley. De otro lado, el numeral 7º del artículo 193 ibídem, la autoridad judicial: “Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.”

⁵⁸ La Corte ha puntualizado que el juez no es un “convidado de piedra”, luego “no sólo es quien está llamado a concretar el ius puniendi del Estado, sino que también es el encargado de buscar la verdad, procurar la prevalencia del derecho sustancial, así como la defensa y protección efectiva de los derechos del procesado y de las víctimas” (C-144 de marzo 3 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, entre muchas otras).

⁵⁹ Cfr. Sentencia 57 de marzo 11 de 2013 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional español, ampliamente citada en esta providencia dada su pertinencia para el presente asunto.

públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación⁶⁰, así como la modificación de los patrones socioculturales de las conductas de los hombres y mujeres, con el objeto de eliminar los perjuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los dos géneros o en sus funciones estereotipadas⁶¹.

Pero aún más, echó por la borda la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que estableció en su preámbulo que los niños necesitan protección y cuidados especiales y, además, el artículo 44 de la Constitución Política prevé que los derechos de l@s niñ@s prevalecen sobre los derechos de los demás, disposiciones que le obligaban a salvaguardar el interés de la menor.

Y por contera no tuvo en cuenta la Convención Interamericana Para La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en ciudad de Guatemala el 6 de julio de 1999, e incorporada al derecho interno mediante la Ley 762 de 2002⁶² cuyo objetivo central es contribuir a la eliminación de la discriminación⁶³ contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad.⁶⁴

⁶⁰ Artículo 2º numeral c)

⁶¹ Artículo 5º numeral a)

⁶² Declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 2003

⁶³ “Discriminación contra las personas con discapacidad” es “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.” (artículo 2)

⁶⁴ Sentencia C-147 de 2017: “Otros instrumentos internacionales sobre los derechos de este grupo son: el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad –documento del sistema universal de protección de derechos humanos que se considera que ha asumido un enfoque de vanguardia-, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 23). También existen numerosas declaraciones y recomendaciones: la Declaración de los Derechos Humanos proclamada por las Naciones Unidas de 1948, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, la Declaración de los Derechos de las Personas con Limitación, aprobada por la Resolución 3447 de la ONU del 9 de diciembre de 1975, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos, Unesco 1981, la Declaración de las Naciones Unidas concerniente a las personas con limitación de 1983, la recomendación 168 de la OIT de 1983, el Convenio 159 de la OIT “sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas” aprobado mediante la Ley 82 de 1988; la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, las Declaraciones sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, la Declaración de Copenhague, la Observación General No. 5 sobre las personas en situación de discapacidad proferida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.”

La Sección Tercera del Consejo de Estado⁶⁵, ha dispuesto la remisión de copias de sus sentencias en las que se evidencian estos actos discriminatorios a la Comisión de Género de la Rama Judicial para que sea incluida en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

Orden que se incluirá en esta providencia, en atención además, del artículo 4º del Acuerdo No. PSAA08-4552 DE 2008 (Febrero 20) “Por el cual se dictan reglas para la aplicación de la equidad de género en la Rama Judicial” de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que contempló como funciones de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, entre otras, promover la sensibilización y la formación en materia de género para todos los funcionarios judiciales y, como estrategia la “Información y divulgación, dirigida a todos los servidores y las servidoras judiciales, así como a los usuarios y las usuarias de la administración de justicia, con uso de las herramientas telemáticas y de comunicación.”

Debe manifestar la Sala que, los sucesos relatados y abordados por la autoridad judicial en su sentencia, constituyen una afectación a la integridad de la mujer menor en condición de discapacidad, quien no debe ser, bajo ningún punto de vista, objeto de tratos indebidos y degradantes, comoquiera que van en desmedro de la dignidad y el respeto que se debe a quien es considerada como una persona vulnerable.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-776 de 2010, indicó que, conforme a los instrumentos jurídicos del derecho interno y del derecho internacional, se han adoptado políticas para alcanzar una verdadera equidad de género, las cuales están encaminadas a proteger, de manera real y efectiva, los derechos de los cuales son titulares las mujeres; además, señaló que, al Estado y a la sociedad en general, les corresponde brindar a la mujer mecanismos de protección contra todo acto de violencia física, síquica y sexual.

Se reitera, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado “en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género”⁶⁶ A juicio de esta Sala, el caso denota, precisamente, la vulneración de los derechos de una mujer menor de edad por razones que traen implícitas conductas de discriminación.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección “B”. C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de 31 de mayo de 2016. Radicación N° 68001-23-31-000-2005-00679-01 (40648). Actor: XXXXX XXXX. Demandado: Fiscalía General de la Nación.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, exp. 41.208, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Entonces, considera esta Sala que, en aras a la implementación de la política que acompaña la a labor de la Rama Judicial⁶⁷, tal remisión se impone en este caso.

6. De las medidas restaurativas:

Las medidas restaurativas que aquí se adoptarán, atienden el criterio jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B” en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2016 en el proceso radicado bajo el número 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615) con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero.

De acuerdo con lo expuesto en esta sentencia, y conforme a las pruebas allegadas, considera esta Sala que los derechos de la menor fueron menoscabados, por consecuencia, se exhortará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que a la entonces víctima, quien permanece en situación de debilidad manifiesta por su condición de discapacidad, se le brinde apoyo psicológico a través de la unidad de atención más cercana o de la entidad con la cual se haya articulado la prestación de servicios.

Si bien la víctima a la fecha no es menor de edad, lo cierto es que, según los exámenes practicados, se aduce que su edad mental es menor a su edad física y por ello, resulta válida su atención.

Para el efecto, el Instituto de Bienestar Familiar, deberá concretar la ubicación de la víctima, entonces menor abusada, a partir de los datos que reposan en el expediente, los cuales serán informados por la Secretaría de este Tribunal junto a la remisión del exhorto, en la medida que, por razones de protección, el nombre de la víctima quedó excluido de mención en la presente providencia.

Así mismo y comoquiera que en el caso estaba involucrada una mujer que, en ese entonces, era menor de edad, se exhortará a la Fiscalía General de la Nación para que se fortalezcan y mejoren los procesos y procedimientos investigativos cuando existen menores víctimas de abusos y agresiones sexuales, con el fin de reducir tanto los niveles de impunidad como los eventos de revictimización.

⁶⁷ Consideración contenida en el Acuerdo No. PSAA08-4552 DE 2008 “La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por intermedio de su Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” viene trabajando la formación con perspectiva de género y con su Centro de Documentación Socio Jurídica la información y divulgación de la normatividad y jurisprudencia de género, con uso de las herramientas telemáticas y de comunicación.”

7. De las costas:

Las costas están integradas por gastos procesales y agencias en derecho. En esta instancia no se observan gastos y la parte demandada no intervino, en consecuencia, no se impondrán costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. **Confirmar** la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2017, por el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito de Tunja en el proceso iniciado por XXX XXXX y otros contra la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
2. Sin costas en esta instancia.
3. **Remitir** copia de la presente providencia a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para que sea incluida en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencia y de género.
4. **Exhortar** al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que se le brinde apoyo psicológico a la mujer víctima, a través de la unidad de atención especializada más cercana o de la entidad con la cual se haya articulado la prestación de dichos servicios.
5. **Exhortar** a la Fiscalía General de la Nación para que se fortalezcan y mejoren los procesos y procedimientos investigativos cuando existan menores víctimas de abusos y agresiones sexuales, con el fin de reducir tanto los niveles de impunidad como los eventos de revictimización. Para ello, resulta fundamental la adopción de planes y programas de capacitación con enfoque “pro infans”, más allá del estándar formativo usual.
6. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión No. 3 de la fecha.
Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSE A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Reparación Directa
Demandante: XXX XXXX y otros
Demandado: Fiscalía General de la Nación y otro
Expediente: 15238-33-33-001-2016-00136-01