

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Por privación injusta de la libertad / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – A procesado por delito de acceso carnal violento a menor de edad / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Detención preventiva intramural / PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN – Por no acreditarse comisión de delito / DAÑO ANTIJURÍDICO – Privación injusta de la libertad

Los elementos probatorios allegados ofrecen certeza a la Sala en cuanto a que el señor XXX XXX fue capturado el 2 de abril de 2006, por orden de la Fiscalía Séptima en turno URI de Castilla que lo sindicó de abusar sexualmente de una mujer en incapacidad de resistir, hasta el día 7 siguiente, cuando se le resolvió la situación jurídica absteniéndose el ente investigador de proferir medida de aseguramiento (...) El 1° de abril de 2006, la menor adolescente XXX, de 16 años de edad, denunció ante la Fiscalía Seccional URI de Castilla al señor XXX XXX como responsable de haberla abusado sexualmente cuando se encontraba en incapacidad de resistir, dado el estado de embriaguez al que la indujo, aprovechando que la menor confiaba en quien resultó ser su abusador, entre otras razones, porque, además de estimarlo como primo de su compañero le prestaba la cocina de su apartamento a la pareja, ofrecía atenciones a la joven madre y su niña, además de que les permitía el acceso a su habitación y hacía las veces de consejero ante sus dificultades.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Conoce en segunda instancia sin consideración a cuantía

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia que accedió a las pretensiones, dado que la naturaleza del asunto permite que esta Sala conozca de la acción de reparación directa en segunda instancia. **NOTA DE RELATORÍA:** De conformidad con la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia por los daños causados por la administración de justicia consultar, auto de 9 de septiembre de 2008, Exp. 11001-03-265-000-2008-00009-00 (IJ), CP. Mauricio Fajardo Gómez

DAÑO ANTIJURÍDICO – Elementos de la responsabilidad estatal / RESPONSABILIDAD ESTATAL – Presupuestos / RESPONSABILIDAD ESTATAL – Si no se configura el daño no da lugar a declararla

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, para que el Estado sea declarado responsable patrimonialmente, es necesaria la acreditación de un daño antijurídico que le sea imputable. De donde, la ocurrencia del daño, desprovista de razones jurídicas para atribuírselo al Estado o de actuaciones que no lesionan derechos o intereses jurídicos, es insuficiente para imponer la obligación de reparar. El primer y principal elemento sobre el que gravita la responsabilidad, se entiende como la pérdida, afectación o menoscabo, cierto y particular, sufrido en los derechos, intereses, libertades y creencias, que una persona no tiene por qué soportar. Al punto que si no se configura el daño, nada se debe indemnizar y establecido, corresponde determinar a quién le resulta imputable, para conminarlo a indemnizar al perjudicado. En relación con esto último, la jurisprudencia de la Sala tiene por establecido que el título de imputación de responsabilidad a la administración debe estar en consonancia con la realidad probatoria, en cada caso concreto. Esto, porque, en cuanto el artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que permiten atribuir la responsabilidad al Estado son elementos argumentativos de la sentencia. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre el daño y sus

presupuestos para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la administración de justicia por privación injusta de la libertad consultar, sentencia de 19 de abril de 2012, Exp. 21512, CP Hernán Andrade Rincón

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 90

DERECHO A LA LIBERTAD – Autonomía humana ha de ser protegida de toda acción ilegítima por parte de los particulares o del Estado

La dimensión axiológica de la libertad se concreta, a su vez, en una serie de derechos fundamentales, en virtud de los cuales la autonomía humana ha de ser protegida de toda coacción ilegítima por parte de los particulares o del Estado. Entre este catálogo de libertades fundamentales, se destaca la garantía contra retención arbitraria por parte de las autoridades que detentan el poder coactivo.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con el derecho a la libertad y el deber de protección del Estado frente a limitaciones o coacciones realizadas, consultar sentencia de 26 de julio de 2012, Exp. 24688, CP. Stella Conto Díaz del Castillo

DERECHO A LA LIBERTAD – Alcances / DERECHO A LA LIBERTAD – Es respaldado por normas convencionales

El respeto a la libertad personal es una conquista del Estado de derecho, reconocimiento que se trasladó al Estado social con mayor envergadura, en cuanto no solo tiene que ver con el principio de legalidad de la pena, sino con la dignidad humana que hace de la presunción de inocencia principio fundante y requisito esencial de quienes invocan la pertenencia a la comunidad internacional. Al punto que la jurisprudencia ha destacado el proceso de constitucionalización de este derecho fundamental, que, además, ha tenido su inclusión en convenios y tratados internacionales de obligatorio cumplimiento (...) la Constitución de 1991 no podía sino reconocer el derecho a la libertad como valor, principio y norma jurídica de inmediata aplicación. En este sentido la jurisprudencia constitucional se ha detenido en el significado transversal de la noción, para admitir con amplitud la obligación general de las autoridades de hacer realidad el principio, esto es, garantizarlo efectivamente. (...) la Constitución Política contempla una salvaguarda especial contra la afectación de los derechos e intereses legítimos de los particulares, por parte del Estado, que es su garante

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Régimen legal

En concordancia con los artículos 13 y 90 constitucionales, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal imponía al Estado el deber de responder patrimonialmente, siempre que la privación de la libertad fuere injusta, lesión del derecho que el afectado no está en obligación de soportar. (...) De modo que, si el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, no se requería profundizar en las circunstancias que rodearon el proceso, pues no quedaba sino concluir que el afectado no tendría que haber soportado la afrenta a la que fue sometido. En otras palabras, en los eventos antes relacionados, el daño antijurídico y la imputación del mismo, daban lugar a la responsabilidad estatal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO – 90 / DECRETO 2700 DE 1991 – ARTICULO 414

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Simple duda en proceso penal no configura aplicación del principio in dubio pro reo

[E]s preciso tener en cuenta, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, que no basta que se aluda a la duda para entender que el fallador dio aplicación al principio in dubio pro reo y, que la sola manifestación de la falta de certeza no excluye la aplicación de las previsiones del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, sobre responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad

FUENTE FORMAL: DECRETO 2700 DE 1991 – ARTICULO 414

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – Deben acreditarse los presupuestos de la privación injusta de la libertad para que se genere / PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO – Debe acreditarse la causación de un daño antijurídico

[A]ún en el evento de que la decisión absolutoria haya estado debidamente soportada en el principio de in dubio pro reo, la responsabilidad del Estado también estaría comprometida, puesto que, para tal efecto, lo único que se hace menester, atendiendo a lo preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la privación injusta de la libertad como fuente de daños que generan responsabilidad patrimonial del Estado, consultar sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Exp. 23354, CP Mauricio Fajardo Gómez

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 90

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Siempre que no se desvirtué presunción de inocencia del procesado genera responsabilidad patrimonial del Estado

[E]n los asuntos sobre privación injusta de la libertad, bajo la vigencia de la anterior normativa, operaba un régimen de responsabilidad legal, en la que el legislador calificó los eventos en los cuales la privación de la libertad se torna injustificada, tal y como se previó en el artículo 414 del C.P.P. De modo que resulta indiferente determinar las razones que condujeron al funcionario judicial a adoptar la medida de aseguramiento que implicaron la detención del afectado, porque dada su injusticia no quedaba sino concluir la responsabilidad, fundada en que la presunción de inocencia no fue desvirtuada. Bien, porque el inculpado no incurrió en la conducta, el hecho no existió o no constituía delito. Lo anterior porque, al margen de cualquier discusión sobre el alcance del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, lo relevante era que, en los tres eventos, el legislador, en ejercicio de sus competencias, calificó a priori la detención preventiva como injusta.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2700 DE 1991 – ARTICULO 414

LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – No puede recortar alcances constitucionales sobre el daño causado por el Estado

[E]n cuanto el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia no puede recortar el alcance del artículo 90 de la Constitución, se habrá de concluir que la responsabilidad patrimonial del Estado no queda circunscrita a la actuación “abiertamente arbitraria”, sino que comprende todos “los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” y, en consecuencia, también mantienen su vigencia todas aquellas hipótesis de responsabilidad objetiva que fueron previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. **NOTA DE RELATORÍA:** En tratándose de la responsabilidad objetiva del estado y el alcance de las normas constitucionales frente a las leyes estatutarias consultar, sentencia de 2 de mayo de 2008, Exp. 15463, CP Mauricio Fajardo Gómez

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 68 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 90 / DECRETO 2700 DE 1991 – ARTICULO 414

CULPA GRAVE O DOLO DE LA VÍCTIMA – No da lugar a indemnización del Estado / CULPA GRAVE O DOLO DE LA VÍCTIMA – Régimen legal

[L]a privación de la libertad deviene en injusta cuando se precluye la investigación en favor del procesado o se lo absuelve porque el Estado, a través de la autoridad penal, no desvirtuó la presunción de inocencia que constitucionalmente protege la libertad. Sin perjuicio de que la obligación de reparar bien puede no configurarse, dada la culpa grave o el dolo de la víctima, sin que, en todo caso, la decisión del juez penal sufra menoscabo, en cuanto único autorizado para desvirtuar la presunción de inocencia en el marco de un proceso con la plenitud de garantías constitucionales y legales. Esto es así porque si bien, al tenor de los artículos 90 de la Constitución y 70 de la Ley Estatutaria de la Justicia, el Estado deberá responder por la privación de la libertad, las personas están en el deber de actuar de buena fe y con sujeción a los deberes que el mismo ordenamiento constitucional exige, de suerte que no es dable recibir una indemnización al margen de la culpa grave o el dolo que los hechos investigados permite establecer, desde la perspectiva de las previsiones generales y no de las especificaciones de la investigación y condena que comprometen la libertad.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 70 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 90

NEMI AUDITUR PROPIAM TURPITUDINEM ALLEGANS – Sindicado no puede beneficiarse de su propia culpa / PRINCIPIO PRO INFANS – Fue desconocido por el investigado al inducir a menor de edad a sostener relaciones sexuales

Conforme con el principio universal “nemo auditur propriam turpitudinem allegans”, no son dignos de ser oídos quienes pretenden beneficiarse de su propia culpa o torpeza. El actor demanda la reparación por la privación de la libertad que le impuso la Fiscalía, fundada en la denuncia formulada por la menor Jazmín como responsable de haberla accedido sexualmente, bajo los graves efectos que para su integridad le produjo la ingesta de alcohol, adquirido y suministrado por aquél, en circunstancias acreditadas en la investigación. (...) es claro el dolo del actor contra una menor de edad, respecto de la que existen los inexcusables deberes de i) proteger sus derechos y hacerlos prevalecer sobre los de los demás, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros, el principio pro infans que le imponía la obligación de actuar en pro de la protección de su interés superior y la prohibición de suministrarle bebidas embriagantes que el ordenamiento impone como medida para proteger su integridad –art. 44 constitucional-; ii) considerar su situación de vulnerabilidad e indefensión y iii) no someterla a discriminaciones odiosas en

razón del género –artículos 13 y 43 constitucionales-, en especial, abstenerse de actuar prevalecido en estereotipos, así en el medio social y cultural reciban aprobación. Lo anterior acorde con el artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos. (...) al margen de las decisiones de la Fiscalía, que la Sala no controvierte, es claro que no se dispondrá la reparación deprecada porque el señor XXX XXX actuó de manera contraria al ordenamiento, esto es al margen de sus deberes legales y constitucionales, sin consideración a la libertad sexual y derechos prevalentes de la menor XXX, haciendo alarde de virilidad hasta someter a la mujer en contra de su voluntad; pues no puede afirmarse algo distinto, en cuanto los hechos así lo demuestran. Actuación dolosa y gravemente culposa relacionada con el suministro de licor y el aprovechamiento de la situación para así mostrar su dominación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – 43 / CÓDIGO DEL MENOR – ARTICULO 21

DEBER DEL ESTADO DE ASISTIR Y PROTEGER A LAS MUJERES MENORES DE EDAD – Presupuestos convencionales

Desde 1945, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) proscriben la discriminación contra la mujer y propugnan por hacer efectivos los derechos y libertades de todas las personas, sin distinción por razones del sexo. Y, específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-CEDAW, desde 1981, garantiza como derecho exigible frente a los Estados miembros la abolición de todo tipo de discriminación contra la mujer, incluidas las relativas al género acordes con las cuales los derechos de la mujer, al margen de su edad, no tendrían por qué ser valorados a la luz de estereotipos sociales y culturales que anulan su identidad, cercenan su individualidad y subrogan en favor del hombre su libertad. A partir de la Ley 51 de 1981, por la cual se ratificó esa Convención, que constituye uno de los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos, el Estado colombiano se obligó, en sus distintas esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra, a eliminar toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de sus derechos, independientemente de su estado civil –art. 1º- y a proteger jurídicamente, a través de sus tribunales nacionales competentes, los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y a defenderla efectivamente contra todo acto de discriminación –art. 2º-, entre los cuales se cuenta, a título enunciativo, impedir el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre –art. 3º- y la permanencia de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, los prejuicios, las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres -art. 5º-. (...) cualquier forma de discriminación contra la mujer atenta contra su dignidad y la igualdad de sus derechos, le dificulta participar en las mismas condiciones que el hombre, en las distintas esferas política, social, económica, cultural y familiar a las que tiene derecho a acceder y le niega el pleno desarrollo y ejercicio de sus derechos y libertades.

FUENTE FORMAL: CARTA DE LAS NACIONES UNIDAD / DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS / LEY 51 DE 1981 – ARTICULO 1 / LEY 51 DE

1981 – ARTICULO 2 / LEY 51 DE 1981 – ARTICULO 3 / LEY 51 DE 1981 – ARTICULO 5

CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ – Tipos de violencia contra la mujer

[L]a Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida también como Convención de Belém do Pará, ratificada por la Ley 248 de 1995, define los tipos de violencia, sus ámbitos, la responsabilidad del Estado en materia de atención, prevención, sanción y propende por el pleno reconocimiento de la dignidad de la mujer, su libertad, integridad física, psíquica, moral, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales, culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación y a una vida libre de violencia y discriminación.

FUENTE FORMAL: LEY 248 DE 1995 / CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ

DEBER DE PROTECCIÓN ESTATAL – Debe garantizarse frente a menores quienes son sujetos especiales de protección

De conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada con la Ley 12 de 1991, el Estado colombiano se comprometió a asegurar a las menores de edad i) "...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", con todas las medidas adecuadas a ese fin –art. 3º- y, ii) sus derechos fundamentales, en especial, su integridad y libertad. Todo ello con sujeción al interés superior de la menor

FUENTE FORMAL: LEY 12 DE 1991 / CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO – ARTICULO 3

PRINCIPIO DE IGUALDAD – No deberá existir discriminación frente a ninguna persona

Desde la supremacía en el orden patrio, la Constitución Política no solamente impone la prevalencia de los tratados internacionales ratificados, que reconocen los derechos humanos –art. 93-, sino que hace lo propio al garantizar, con carácter vinculante, el respeto por la dignidad humana de la mujer y el hombre en igualdad de condiciones –art. 1º-; la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación de todos en las decisiones que los afectan –art. 2º- y su igualdad con el hombre frente a la ley, insistiendo en que tienen iguales derechos y oportunidades, que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación y que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados – arts. 13 y 43-.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 93

MUJER PROTECCIÓN ESPECIAL / PROTECCIÓN ESPECIAL MUJER – Régimen legal

[R]ecientemente la Ley 1258 de 2007, con el propósito de sensibilizar, prevenir y sancionar toda forma de discriminación contra la mujer, protege entre otros sus derechos a llevar una vida digna, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometida a forma alguna de discriminación –art. 7º- y exige la adopción de medidas como el reconocimiento social y económico de su trabajo, implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial, erradicar todo acto de discriminación y violencia en su contra en el ámbito laboral –art. 12- y, en general, abstenerse de realizar todo acto o conducta que implique su discriminación –art. 15-.

FUENTE FORMAL: LEY 1258 DE 2007 – ARTICULO 7 / LEY 1258 DE 2007 – ARTICULO 12 / LEY 1258 DE 2007 – ARTICULO 15

USO DE MENORES COMO INSTRUMENTO DE PLACER Y SUJECCIÓN DE LA MUJER A LOS APETITOS MASCULINOS – Afecta principio pro infans

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.

DELITOS SEXUALES DONDE SE INVOLUCREN MENORES DE EDAD – Deben prevalecer sus derechos fundamentales / DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD – Deben ser reparados integralmente para salvaguardar derechos fundamentales

[S]e viene reiterando el deber en el sentido de que en la investigación de los delitos sexuales contra los menores de edad se hagan prevalecer sus derechos fundamentales, fines a los que sirve el principio pro infans que impone a las autoridades judiciales “...la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, en especial la de dar credibilidad a sus declaraciones y resolver las dudas en su favor. Desconocimiento que los revictimiza, conduce a la vía de hecho, perpetúa la violencia, discriminación y puede comprometer la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario. (...) los menores no se los puede someter a revivir las escenas de violencia sufridas y que la ampliación de la denuncia debe estar principalmente orientada a la protección de la víctima. En efecto, conforme con las exigencias constitucionales de hacer prevalecer los derechos de los menores de edad, la investigación de los delitos de abuso sexual de los que son víctimas debe estar principalmente basada en el apoyo de profesionales especializados que aseguren la protección del derecho del menor, para evitar, en particular, martirizarlos con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, a revivir las escenas tormentosas, so pretexto de corroborar lo sucedido. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores de edad durante el proceso penal en que estén involucrados como víctimas, consultar sentencia de la Corte Constitucional, Exp. T-078 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva; sobre la protección de los derechos de la víctima consultar, sentencia de la Corte Constitucional, Exp. C1177 de 2005. MP Jaime Córdoba Triviño

DENUNCIA PENAL – Requisito de ratificación afecta integridad sexual de mujeres y niñas / INTEGRIDAD SEXUAL – Proceso penal terminado en

preclusión por no ser considerado trascendental afecta integridad de la víctima

Sucede frecuentemente que las mujeres y niñas que acuden a la justicia se enfrentan a la libertad del agresor, pues sus afirmaciones no merecen credibilidad, así la denuncia es varias veces ratificada, la mujer revictimizada y enfrentada a un investigador que, además, la incrimina. Ratificación que, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO, no le corresponde a la denunciante, pues ha sido prevista para hacer constar la correspondencia de –se destaca- “...los actos urgentes que realizó la Policía Judicial, previamente a la elaboración del programa metodológico”. De donde, recibida la denuncia la Fiscalía no tendría que exigir el requisito de ratificación, dispuesto en el ordenamiento para las diligencias adelantadas ante la Policía Judicial, máxime cuando la ampliación de la denuncia no se sujeta a los fines de esa actuación, esto es el esclarecimiento de los hechos y la promoción de los derechos de la víctima. Asimismo, es común observar que sin evacuar la totalidad de las pruebas decretadas se precluya las investigaciones por abuso sexual, buscando en las conductas normales de las víctimas elementos de reproche, tales como censurar la ropa, los modales y la confianza en el agresor.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL / MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO

ESTEREOTIPOS – Constituyen formas de discriminación contra las mujeres

El bloque constitucional proscribiera cualquier tipo de discriminación en contra de la mujer. Se trata de situaciones difícilmente detectables, en cuanto grabadas en el imaginario colectivo como estereotipos culturales o sociales en razón del género. Mismos que dieron lugar a los hechos que la menor XXX debió afrontar y por los que el actor pretende ser reparado. Esto es así, porque las razones invocadas por el actor para acceder a la reparación demandada se sostienen en estereotipos culturales y sociales que datan al menos desde la fundación, en el siglo VIII a. C., de la ciudad que dio origen a la civilización en la que germinaron las instituciones patriarcales que legó la tradición jurídica latina a occidente, en el sentido de que la deificación de la fuerza masculina, exacerbada por la provocación que le despierta la presencia femenina, subroga la libertad sexual de la mujer en favor del macho y legitima la posesión sexual, al margen de la voluntad de la poseída. Mito, igualmente, extendido en el culto canónico adoptado en el siglo IV d. C., por el Imperio Romano, en el que se pregona el carácter accesorio de la mujer, se la maldice y condena al señorío varonil por tentadora.

ESTEREOTIPOS CULTURALES – Constituyen formas de discriminación / ESTEREOTIPOS CULTURALES – Resta credibilidad a denuncias de las víctimas de delitos sexuales

Estereotipos que, como lo han venido poniendo de presente las Naciones Unidas, se manifiestan de manera exacerbada en las sociedades latinoamericanas, en el hombre autoritario y la mujer sumisa, dependiente. Ello es así, porque la Sala observa que, aunado a que se niega credibilidad a su dicho, se reprocha a la menor haber provocado al denunciado al punto de ponerlo en incapacidad de resistir su apetito sexual y no haber seguido las instrucciones de su compañero. Al tiempo, se pretende negar la violencia dada la ausencia de signos exteriores,

como si el estado de alicoramiento no contara y menospreciando hasta la inadvertencia la intimidación psicológica y moral, derivada del hombre mayor, paternal y protector. Así se construyó un sentimiento de culpa fundado en el carácter provocador, insinuante y la infidelidad de la mujer que exalta la fuerza masculina y legitima la violencia. (...) se trata de estereotipos que rinden culto a la fuerza masculina, legitimadores del poder del hombre, al tiempo que pasan por alto el estado de dominación de la menor, no solo frente al agresor sino igualmente ante su compañero. Estado que deja de lado los mandatos de los artículos 13, 43 y 44 constitucionales, 21 del Código de Menor y 12 del Código de la Infancia y de la Adolescencia y deslegitima las pretensiones de reparación, así el favorecido las fundamente en que mantuvo incólume su presunción de inocencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 43 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 44 / CÓDIGO DEL MENOR - ARTICULO 21 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA – ARTICULO 12

SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD E INDEFENSIÓN DE LA MUJER – Por carecer la menor de medios económicos para su subsistencia

[L]os elementos probatorios dan cuenta de que entre la denunciante y el denunciado existía una relación de confianza a la que fue llevada la menor por varias circunstancias, propiciadas por su entorno familiar, las necesidades por las que atravesaba y los ofrecimientos del señor XXX XXX orientados al cuidado de la menor y su hija. En efecto, las pruebas que obran en el proceso penal allegado al expediente dan cuenta de que, además de que se trata de una menor de edad, la víctima carecía de los medios económicos necesarios para su subsistencia, al punto que no tenía cocina para preparar los alimentos y dinero para sus necesidades. Así lo demuestra el hecho acreditado en el sentido de que la menor acudía diariamente al apartamento del señor XXX XXX para preparar alimentos y el día de los hechos, cuando su compañero la abandonó, le dejó \$1.000 para que se fuera en bus a donde su familia, además de que para ese momento ella y su menor hija no habían probado alimento y la madre no disponía de insumos para prepararlos.(...) el actor conocía la precaria situación y las necesidades básicas que enfrentaba la menor, tan es así que, como está acreditado, este asumió cuidados que afianzaron la relación amistosa con la víctima . En ese entorno cercano de confianza, protección, propiciado por la precaria situación y necesidades de la víctima y los cuidados ofrecidos por el señor XXX XXX ocurrieron los hechos de violencia sexual denunciados por la menor que comprometieron la libertad del denunciado en el proceso penal, por cuya afectación este reclama en el sub lite.

INTEGRIDAD DEL ADOLESCENTE – Debe ser garantizada por parte del Estado y la familia

[P]ara garantizar la integridad de la adolescente y prevenir el sufrimiento físico, sexual o psicológico, esto es, toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación, el Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006- exige que, de conformidad con las disposiciones de la Constitución Política y, en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 6º-, se impida el acceso al consumo de bebidas embriagantes, atendiendo siempre el interés superior del menor.

FUENTE FORMAL: LEY 2098 DE 2006 – ARTICULO 6

PROHIBICIÓN DE CONSUMO DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS DE MENORES DE EDAD – Régimen legal / SITUACIÓN DE RIESGO QUE AFECTA LA INTEGRIDAD – Violencia sexual / PROHIBICIÓN DE CONSUMO DE LICOR DE MENORES DE EDAD – Afecta la percepción, pensamiento, juicio, reflejos, euforia, la desorientación, pérdida de conciencia de los adolescentes

Con meridiana claridad el Código de Menores, vigente en la época de los hechos, prohibió el acceso de los menores de edad a las bebidas alcohólicas, como una medida para proteger su integridad (...) las disposiciones de la Ley 124 de 1994 prohíben el acceso de los menores de edad a las bebidas embriagantes y ponen en cabeza de todas las personas el deber de acatar esa prohibición legal (...) Como lo ponen de presente distintos estudios, los adolescentes no deben ingerir alcohol, entre otras, por razones físicas y psicológicas, dado que el bajo nivel de tolerancia de su cuerpo y las expectativas que depositan en el consumo de alcohol aceleran e incrementan los efectos tóxicos progresivos. Empero, la más importante razón por la que no deben hacerlo tiene que ver con que se incrementan sustancialmente las situaciones de riesgo que afectan su integridad, entre ellas la violencia sexual, habida cuenta que el consumo de licor afecta la percepción, el pensamiento, el juicio, la coordinación de los movimientos, los reflejos, la euforia, la desorientación, hasta la pérdida de conciencia de los adolescentes.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE MENORES / LEY 124 DE 1994

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – Inexistente por culpa agrave y dolo del sindicado

[C]uando fue accedida sexualmente por quien pretende la reparación en este proceso, la víctima no solo era vulnerable a la violencia sexual por ser menor de edad, como se señala en las disposiciones del artículo 9° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, sino que, además, su indefensión se agravó por el suministro de licor que puso a la mujer en condiciones de no poder consentir y oponer resistencia a la penetración sexual. Conclusión que viene a ser reafirmada por la circunstancia de que las declaraciones de la menor y el procesado coinciden en señalar que la relación sexual se produjo bajo los efectos de la intoxicación con alcohol y la consecuente pérdida de control, si se considera que al unísono señalan que después de la penetración la mujer continuó soñolienta hasta quedar dormida, síntomas reveladores de su incapacidad para decidir conscientemente la relación, Ausencia de consentimiento que precedió a la penetración. De donde no queda sino concluir la situación de dominación en que se encontraba, la que de suyo excluye la acción libre y autónoma. Situación agravada de vulnerabilidad e indefensión que no le valió la más mínima consideración al agresor; tampoco a la Fiscalía, fue pasada por alto en medicina legal y no ameritó reflexión alguna en el Ministerio Público. Último que aboga en esta instancia porque se mantenga la condena y confirme la indemnización. Al margen de la evidente culpa grave y dolo del demandante. Misma que tampoco fue considerada por el tribunal a quo. Develando en conjunto el estado de desconocimiento de nuestras autoridades de las prescriptivas constitucionales y legales, al igual que los tratados internacionales que denuncian la discriminación de género que el Estado colombiano se comprometió a erradicar y advierten sobre la prevalencia de los derechos del menor.

FUENTE FORMAL: CONVENCION INTERAMERICANA – ARTICULO 9

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Presupuestos

[P]ara efectos de la reparacion es menester considerar i) el descuido o negligencia del encartado en el cumplimiento de los deberes, en la vigilancia, cuidado o pericia, en los que no habrian incurrido las personas negligentes o de poca prudencia en sus actuaciones –culpa grave, equivalente al dolo- y ii) -se destaca- “...la intencion positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” (art. 63, Código Civil), al margen de los elementos que configurados legitiman la perdida de la libertad, habida cuenta que se trata de la culpa o el dolo de quien reclama como víctima y no del infractor de una conducta típica, antijurídica y culpable. Casos en los que, de conformidad con las disposiciones del artículo 70 del a Ley 270 de 1996... “se exonerará de responsabilidad al Estado”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTICULO 63 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 70

CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES – Presupuestos de la violencia contra la mujer

[A]l margen de la configuracion del delito que no es objeto de este proceso, conforme con las disposiciones de la Ley 248 de 1995, por la cual se adoptó la Convencion Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres: i) se entiende por violencia contra la mujer cualquier accion o conducta, basada en su genero, que le cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ambito público como en el privado –arts. 1° y 2°-; ii) la violencia comprende todo acto que manifieste dominacion, injuria u ofensa a la dignidad de la mujer, como ocurre con cualquier imposicion para tener relaciones sexuales, violacion o tocamientos, entre otros, esto es todo acto de connotacion sexual realizado a la mujer en incapacidad de comprender o sin su consentimiento –preámbulo; arts. 1° y 2°- y iii) toda mujer por el hecho de ser menor de edad está en situacion de vulnerabilidad a la violencia sexual –art. 9°-; Conforme con esas disposiciones de la Convencion bajo analisis, es dable concluir que cualquier tipo de actividad sexual del que es objeto la mujer sin su consentimiento es abusiva, como ocurre con comportamientos de tipo sexual a los que se la somete bajo imposicion, presion, coercion, subordinacion, indefension, amenazas, máxime si estas situaciones vienen agravadas por la incapacidad de comprender o trastornos de conciencia provocado por el alcohol o cualquier otra sustancia. De donde no cabe la menor duda, en cuanto a que cualquier acto de connotacion sexual del que es objeto de la mujer, en condiciones en las que no está en capacidad de comprender, consentir, esto es en menoscabo de su libertad, es demostrativo de la intencion positiva de inferir injuria a su dignidad.

FUENTE FORMAL: LEY 248 DE 1995 – ARTICULO 1 / LEY 248 DE 1995 – ARTICULO 2 / LEY 248 DE 1995 – ARTICULO 9

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Inexistente por actuar doloso del sindicato frente a menor de edad

[N]o cabe duda en cuanto a que el actor en este proceso de reparacion actuó con la intencion de injuriar la dignidad de XXX, como lo demuestran los hechos

suficientemente acreditados, en el sentido de que la penetró sexualmente en situación de vulnerabilidad e indefensión manifiesta, por su edad y estado de alicoramiento que le impedían consentir libremente el acto sexual, en un entorno de confianza al que fue llevada la víctima por sus necesidades y los ofrecimientos del agresor, en circunstancias manifiestas de poder o dominación. (...) 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 45 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 83 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 95 / CÓDIGO CIVIL – ARTICULO 63 / LEY 270 DE 1996 – ARTICULO 70

MEDIDAS DE PROTECCIÓN ESPECIALES – Para la prevalencia de los derechos de los menores y garantía de no discriminación contra la mujer

Para la Sala los hechos revelados en el plenario le imponen adoptar medidas de no repetición dirigidas a influir en el imaginario colectivo contribuyen así a que cese o por lo menos se mitigue la discriminación en contra de la libertad sexual de la mujer y los derechos sexuales prevalentes de los menores y adolescentes. Por tal razón, la Sala procederá a: Exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que destine personal experto en la materia, con el objeto de que se considere la posibilidad de adoptar medidas para liberar las investigaciones por violencia sexual de estereotipos de género y, en todo caso, para que se adviertan las falencias en la investigación de este asunto que llevaron a la preclusión, con miras a poner de presente la prevalencia del interés superior de las menores y la perspectiva de género en las actuaciones que le competen. Actuaciones que deberán propender en todo momento por el respeto, la eficacia material de la dignidad y los derechos de las mujeres, las adolescentes y las menores. Igualmente, para que adopte correctivos en orden a que los dictámenes de medicina legal sobre violencia sexual consideren todas las variables que influyen en la conducta, esto es más allá de los hallazgos visibles de lesiones físicas. Exhortar al Consejo Superior de la Judicatura o el órgano que haga sus veces para que analice desde la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia, la ley y los reglamentos, las intervenciones de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones adelantadas con ocasión de los hechos de violencia sexual en su contra denunciados, al igual que la decisión del tribunal a quo, para que adopte medidas de corrección, difusión y capacitación en orden a velar por el respeto de la libertad, integridad y no discriminación de la mujer, en todos los frentes de su competencia. Dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, enviar copias de esta decisión – con las restricciones impuestas- a (i) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer (ACPEM), con el fin de exhortar la promoción de políticas públicas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres en todas las instancias del poder público y (ii) la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial para su

inclusión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00369-01(41208)

Actor: LUIS JOSÉ Y OTROS(*)

Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, a través de apoderado, contra la sentencia del 9 de febrero de 2011, proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Palenque, que accedió parcialmente a las pretensiones.

Decidió el *a quo*:

1. DECLÁRESE a la Nación Colombiana-Fiscalía General de la Nación administrativamente responsable de los perjuicios causados a los señores Luis José, Luis, Pedro, José y Luz María, con ocasión de la falla del servicio por privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor Luis José, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. En consecuencia, condenar a la Nación-Fiscalía General de la Nación, a pagar:

2.1. En cuanto a perjuicios materiales:

A título de daño emergente a favor de Luis José la suma de cinco millones novecientos treinta y nueve mil ciento sesenta y dos pesos (\$5.939.162).

2.2. En cuanto a perjuicios morales:

Para Luis José, en calidad de víctima directa, veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a diez millones setecientos doce mil pesos (\$10.7122.000).

Para Luis, en calidad de hijo, cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a dos millones sesenta y ocho mil pesos (\$2.678.000).

Para Pedro, en calidad de hermano, cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a dos millones sesenta y ocho mil pesos (\$2.678.000).

Para José, en calidad de padre, cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a dos millones sesenta y ocho mil pesos (\$2.678.000).

Para Luz María, en calidad de madre, cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a dos millones sesenta y ocho mil pesos (\$2.678.000).

3. Las sumas líquidas correspondientes a las anteriores condenas devengarán intereses moratorios, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta el día del pago total. Según los Artículos 176 y 177 del C.C.A.

4. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 259 del 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

5. Niéguese las demás pretensiones.

6. Sin costas para la parte vencida.

I. ANTECEDENTES

El actor Luis José¹ estuvo privado de la libertad desde el 2 de abril de 2006, cuando la Policía Judicial del Cuerpo Técnico de Investigación lo capturó por orden de la Fiscalía, hasta el 7 siguiente, fecha en que recuperó la libertad porque el ente investigador decidió abstenerse de proferir medida de aseguramiento y, finalmente, precluyó la investigación por el delito de acceso carnal.

¹ En este proceso el actor se identificó con el nombre individual de “Luis José”, como dan cuenta de ello la demanda, el poder otorgado y el registro civil allegado –fls. 1 a 15-; empero, en el proceso penal se identificó el mismo como “Luis José” y “Luis Jessé”, según la copia que obra en el expediente.

1. Primera Instancia

1.1 Lo que se demanda

1.1.1 Pretensiones

El 10 de diciembre de 2009, los señores Luis José, en nombre propio y en representación del menor Luis; Luz María, José y Pedro, en ejercicio de la acción de reparación directa demandaron a la Nación-Fiscalía General de la Nación para que sea declarada responsable y condenada a indemnizar los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad del primero de los nombrados, que tasan en i) 100 salarios mínimos legales para cada uno de los actores por el daño moral; ii) una suma igual por el daño a la vida de relación y iii) \$17.000.000 por daño emergente, consistente en los gastos de la defensa técnica.

1.1.2 Fundamentos de hecho

Los actores apoyaron sus pretensiones, en síntesis, en las siguientes razones de hecho:

1.1.2.1 El 2 de abril de 2006, el señor Luis José fue capturado por orden de la Fiscalía “...*sin fundamentos fácticos y de manera irresponsable... sin realizar las investigaciones pertinentes y necesarias que condujeran a confirmar lo manifestado por la denunciante*” que lo señalaba de haberla accedido sexualmente estando en incapacidad de resistir.

1.1.2.2 El día 7 siguiente, el procesado recuperó la libertad porque la Fiscalía decidió su situación jurídica en el sentido de abstenerse de imponerle aseguramiento.

1.1.2.3 El 11 del mismo mes, *“...se aporta al expediente el dictamen de medicina legal y se demuestra que no hubo violación, que no existió maltrato físico”*.

1.1.2.4 El 8 de octubre de 2007, la Fiscalía Novena precluyó la investigación en favor del señor Luis José.

1.1.2.5 La privación injusta de la libertad y la vinculación durante 18 meses al proceso que sufrió el señor Luis José perjudicó moral, materialmente y la vida de relación del procesado y su familia, *“...al verse controvertido de la noche a la mañana y presentado ante la opinión pública a través de los medios de comunicación como la prensa radial, como un vulgar delincuente... y a la vez fue sometido a comentarios malévolos de muchísimos habitantes de la ciudad donde habita con su familia”* –fl. 7-.

1.1.3 Fundamentos de derecho

Con apoyo en los artículos 2°, 6°, 13, 21, 24, 28, 29, 90, 122, 123, 208 y 209; 78, 86, 206, 209 a 214 del Código Contencioso Administrativo; 4°, 5° y 8° del Código Civil; 3°, 7°, 6° del C.P.P.; la Ley 153 de 1887 y la jurisprudencia de esta Corporación los actores sostienen que la privación de la libertad del señor Luis José es injusta, en cuanto se lo capturó sin existir elementos probatorios que comprometieran su responsabilidad y se precluyó la investigación porque el procesado no cometió el delito.

1.2 Intervención pasiva

La Fiscalía General de la Nación, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, negó los hechos y dijo atenerse a las pruebas.

En su defensa adujo la legitimidad de la privación de la libertad, en cuanto considera que:

i) la denuncia de la víctima, en el sentido de que el señor Luis José la abusó sexualmente, constituyó indicio suficiente para ordenar la captura con el fin de

asegurar la comparecencia en la investigación, como lo permiten las disposiciones del artículo 250 constitucional, sin que a esos efectos se requiera de “...*pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, este grado de convicción es necesario para proferir sentencia condenatoria*”;

ii) la preclusión de la investigación dispuesta en favor del procesado “...*por no encontrar pruebas contundentes que condujera a certeza sobre su responsabilidad... no significa... que no haya existido mérito para emitir la orden de captura, porque son dos situaciones jurídicas fundamentalmente diversas*;

iii) la privación de la libertad es “...*una carga que deben soportar los ciudadanos*”, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación y

iv) sin que se acredite la falla del servicio, consistente en la imposición arbitraria de la detención, como lo ha precisado la Corte Constitucional, no cabe que se deduzca la responsabilidad de que trata el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de justicia.

Propuso las excepciones de i) “*culpa de la víctima*”, fundada en que el actor “...*fue capturado debido a elementos que se constituyeron en delito, lo que originó que la Fiscalía infiriera que el actor podía estar implicado en una conducta punible denominada acceso carnal o acto sexual en persona en incapacidad de resistir*” y ii) caducidad de la acción, en cuanto considera que la demanda se presentó después de los dos años siguientes a la ejecutoria de la preclusión –fls. 108 a 114

1.3 Alegatos de conclusión

En esta oportunidad concurrieron los actores para sostener la privación injusta de la libertad del señor Luis José, fundados en que la Fiscalía dio a la denuncia de la señora Jazmín valor probatorio que no tiene, en tanto simple *notitia criminis* y ordenó la captura con omisión de la investigación previa que hubiera permitido verificar la ocurrencia del hecho denunciado, presupuesto de la acción penal. Omisión que, a juicio de los actores, compromete la responsabilidad de la Fiscalía, en cuanto la llevó a capturar al señor Luis José como autor de una conducta punible inexistente –fls. 146 a 151-.

1.4 Sentencia de primera instancia

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Palenque declaró la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad del señor Luis José y la condenó a la indemnización de perjuicios morales y materiales.

Al efecto consideró que:

i) en cuanto la culpa exclusiva de la víctima es eximente de responsabilidad y *“...no una causal de carácter exceptiva por cuanto no busca enervar, es decir, acabar la pretensión sin de exonerarse de culpa por los hechos ocurridos”*, no está llamada a prosperar como excepción;

ii) la acción fue ejercida oportunamente, en razón de que la demanda se presentó dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la preclusión penal, incluyendo el periodo de suspensión ocurrida por la conciliación extrajudicial adelantada ante el Ministerio Público y

iii) la Fiscalía mantuvo privado de la libertad durante seis días al señor Luis José por una conducta punible que no existió, como se evidencia en la preclusión dispuesta en su favor, porque omitió *“...una investigación previa, una valoración de pruebas, un llamado a hacerse parte en el proceso de manera voluntaria sin necesidad de haberse librado en su contra orden de captura para que rindiera indagatoria, establecidas tales circunstancias en los artículos 322 y ss. de la Ley 600 de 2000, constituyéndose de tal forma la privación injusta de la libertad del accionante”*, comprometiendo su responsabilidad a título de falla del servicio.

2. Segunda Instancia

2.1 El recurso de apelación

La parte demandada recurre en apelación para que sea revocada la sentencia y se nieguen las pretensiones –fls. 191 a 196-.

Al efecto sostiene que:

i) la presunción de inocencia, si bien se mantiene hasta el fallo condenatorio en firme, *“...no puede esgrimirse como excepción o motivo para deslegitimar la aplicación del ius puniendi por vía de la restricción de la libertad, como facultad legal que le asiste a la Fiscalía General de la Nación, en su gestión operador judicial”*;

ii) la captura es un acto físico o material de aprehensión distinto de la *“privación jurídica de la libertad que se concreta en decisión judicial denominada detención preventiva”*, que la Fiscalía puede ordenar con prescindencia de la citación previa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, como ocurrió en el caso denunciado por la señora Jazmín, en el que resultaba obligatorio resolver la situación jurídica del señor Luis José, dados los señalamientos de la víctima en el sentido de haber sido este quien la abusó sexualmente;

iii) de conformidad con las disposiciones del artículo 331 *ibídem*, el proceso penal tiene como fin determinar la punibilidad de la conducta, los autores o partícipes, los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la trasgresión de la ley penal, sin que a estos efectos se requiera de la investigación previa que el *a quo* echó de menos;

iv) *“...el sometimiento a una investigación es una de las cargas que todos ciudadanos estamos obligados a soportar”*, más aún cuando en el proceso la víctima denunció al señor Luis José como responsable de haberla abusado sexualmente;

v) de conformidad con el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, la privación de la libertad deviene en injusta cuando se ha acreditado *“...la actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria”* y, por tanto, no puede conducirse por el régimen de responsabilidad objetiva, como se pretende en el caso concreto, en el que se considera injusta la captura del señor Luis José a pesar de haberse adelantado conforme a la ley y

vi) la conclusión en el sentido de que por la sola absolución del privado de la libertad se compromete la responsabilidad el Estado implica que la Fiscalía no

pueda investigar los delitos, “...ya que los Fiscales estarían atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores, pues, los juicios deberían concluir en sentencia condenatoria a fuerza de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, [lo que conduce a] “...la denegación misma de la justicia y un flagrante desconocimiento de la potestad punitiva del Estado”.

Por su parte, los actores apelaron la sentencia para que sea revocada parcialmente y se acceda a la indemnización de los perjuicios pedida, con fundamento en que:

i) el monto de los perjuicios morales reconocidos no se acompasa con lo pedido y las pruebas que dan cuenta de la gravedad del daño ocasionado a la libertad, dignidad humana, buen nombre, honor y honra del capturado y su familia, que debieron soportar el rechazo de la comunidad influenciada por la divulgación de la noticia en las emisoras, sobre el abuso sexual que se le atribuyó al señor Luis José, “por irresponsabilidad de un Fiscal que no valoró el acervo probatorio como lo señala la norma” y

ii) el *a quo* desconoció el valor probatorio de la carta de pago de los honorarios causados por la defensa técnica, sin que la parte demanda hubiera objetado esa prueba, para reconocer sin fundamento un valor inferior al de los gastos acreditados.

2.2 Alegatos finales

La demandada compareció en esta oportunidad para exponer que,

i) de conformidad con las disposiciones del artículo 68 de la Ley Estatutaria de Justicia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la privación de la libertad causa daño antijurídico cuando es injusta, esto es, desproporcionada, violatoria de los procedimientos legales, en fin, arbitraria, exigencia que se dejó de lado con el régimen objetivo de responsabilidad atribuido por el *a quo*, en cuanto se limitó a dar cuenta de la privación de la libertad sin adentrarse en el carácter injusto de la medida;

ii) la captura del señor Luis José no se fundó en “...una historia surgida de la imaginación del fiscal delegado”; en cuanto respaldada en la denuncia, testimonios y demás elementos probatorios, constituye una carga que el capturado debía soportar;

iii) conforme con el principio de progresividad, la legitimidad de la captura debe valorarse a la luz de los elementos de juicio y los fines de asegurar la comparecencia del denunciado en esa etapa del proceso penal, sin que a esos efectos resulte dable contrastar esa medida contra la certeza que se requiere para proferir sentencia condenatoria y

iv) los actores no probaron la falla del servicio en la que sostienen las pretensiones, además de que, conforme con la jurisprudencia de la Subsección B de esta Corporación, ese es el título de imputación aplicable a casos distintos de aquellos en que se dispone la absolución por razones que tienen que ver con que el delito no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no es punible o con la aplicación del *in dubio pro reo*, como ocurre en el *sub judice* –fls. 249 a 263-.

2.3 Concepto del Ministerio Público

En opinión de la Procuraduría Quinta Delegada ante esta Corporación en el *sub lite* está acreditada la responsabilidad de la demandada, en cuanto i) privó de la libertad al señor Luis José, “...sin que se recepcionaran de inmediato pruebas para confirmar el contenido [de la denuncia]”, sin tener en cuenta que esta última “...no constituía el documento idóneo para ordenar la captura y privar de la libertad” y ii) “...no puede considerarse justificada la limitación del derecho a la libertad cuando se impone una medida de aseguramiento o simplemente se vincula a una persona para luego ser absuelta; por cuanto esa postura ante el núcleo de derecho fundamental es inadmisibles por ser desproporcionada. Lo que se traduce en falla del servicio”.

Asimismo, el Ministerio Público considera que la tasación de los perjuicios impugnada por los actores se adecúa a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la indemnización, decantados por la jurisprudencia de esta Corporación –fls. 239 a 247-.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia que accedió a las pretensiones, dado que la naturaleza del asunto permite que esta Sala conozca de la acción de reparación directa en segunda instancia².

Pese a que el expediente ingresó al despacho para fallo el 20 de octubre de 2011, este puede ser de conocimiento de la Sala de Subsección. Lo anterior, toda vez que mediante Acuerdo de la Sala Plena de la Sección Tercera, contenido en el Acta No. 10 de 25 de abril de 2013, se dispuso lo siguiente:

La sala aprueba que los expedientes que están para fallo en relación con (i) privación injusta de la libertad, (ii) conscriptos y (iii) muerte de personas privadas de la libertad, podrán fallarse por las subsecciones, sin sujeción al turno, pero respetando el año de ingreso al Consejo de Estado.

2.2 Problema jurídico planteado

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Palenque el 9 de febrero de 2011, en lo que tiene que ver con la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación por la captura y privación de la libertad que le impuso al señor Luis José.

De manera que la Sala deberá estudiar la responsabilidad con base en los elementos determinantes de que tratan las disposiciones del artículo 90 constitucional y las pruebas allegadas al proceso, pues la parte demandada funda la impugnación en que la preclusión dispuesta a favor del señor Luis José porque el delito no existió, no desvirtúa los elementos de juicio en los que se sostuvo la captura y privación de la libertad hasta cuando resolvió la situación jurídica, por

² Cabe anotar que mediante auto de 9 de septiembre de 2008, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00 (IJ), M.P. Mauricio Fajardo Gómez, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo determinó que "(..) el conocimiento de los procesos de reparación directa instaurados con invocación de los diversos títulos jurídicos de imputación previstos en la referida Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (error jurisdiccional, privación injusta de la libertad, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV".

hechos enteramente atribuibles a la culpa del demandado; mientras, la parte actora aduce que no se le reconocieron los perjuicios pedidos y acreditados.

2.3 El daño antijurídico y su imputación

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, para que el Estado sea declarado responsable patrimonialmente, es necesaria la acreditación de un daño antijurídico que le sea imputable. De donde, la ocurrencia del daño, desprovista de razones jurídicas para atribuírselo al Estado o de actuaciones que no lesionan derechos o intereses jurídicos, es insuficiente para imponer la obligación de reparar.

El primer y principal elemento sobre el que gravita la responsabilidad, se entiende como la pérdida, afectación o menoscabo, cierto y particular, sufrido en los derechos, intereses, libertades y creencias, que una persona no tiene por qué soportar. Al punto que si no se configura el daño, nada se debe indemnizar y establecido, corresponde determinar a quién le resulta imputable, para conminarlo a indemnizar al perjudicado.

En relación con esto último, la jurisprudencia de la Sala tiene por establecido que el título de imputación de responsabilidad a la administración debe estar en consonancia con la realidad probatoria, en cada caso concreto. Esto, porque, en cuanto el artículo 90 constitucional no privilegia un régimen especial de responsabilidad, los títulos o razones que permiten atribuir la responsabilidad al Estado son elementos argumentativos de la sentencia.

Así, señaló la Sala:

“7. Al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos. Los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia.

En la actualidad, las decisiones judiciales que se consideran admisibles son únicamente aquellas que tienen como sustento, criterios o parámetros distinguibles que puedan ser revisados y analizados desde una órbita externa a la decisión misma. Bajo esa perspectiva, cada providencia judicial conlleva una elección entre diferentes opciones de solución, que, según el criterio del fallador, se escoge por mostrarse como la más adecuada al caso concreto.

En ese orden de ideas, la razón por la cual se exige al juez dicha motivación tiene que ver con la necesidad de observar el itinerario recorrido para la construcción y toma de la decisión adoptada, de manera que se disminuya el grado de discrecionalidad del fallador quien deberá siempre buscar la respuesta más acertada, garantizando así una sentencia argumentada, susceptible de ser controvertida en tal motivación por vía de impugnación por las partes que se vean perjudicadas.

En el caso colombiano, la obligatoriedad de motivación de las sentencias judiciales, encuentra su antecedente más cercano en el artículo 163 de la Constitución de 1886, regla ésta que fue excluida de la Carta Política de 1991 y que vino a ser incorporada de nuevo con la expedición de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Así mismo, el Código Contencioso Administrativo contempla los elementos esenciales que deben contener las sentencias judiciales, entre los cuales aparece de manera expresa la necesidad de motivación.

En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia”³.

De donde, establecido que la víctima no tiene por qué soportar el daño atribuible a la administración, esta debe asumir la obligación de indemnización.

En esta oportunidad la Sala deber considerar la responsabilidad de la administración, dada la captura y privación de la libertad sufrida por el actor Luis José y la posterior preclusión dispuesta en su favor, porque el delito no existió.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de abril de 2012, ponente Hernán Andrade Rincón, expediente 190012331000199900815 01 (21515).

La Constitución Política, fiel a la filosofía liberal que la inspira, consagra un modelo de Estado que tiene su pilar fundamental en la inviolabilidad de la dignidad humana y a la libertad como uno de sus valores fundantes (Preámbulo) y como principio normativo básico (art.1).

La dimensión axiológica de la libertad se concreta, a su vez, en una serie de derechos fundamentales, en virtud de los cuales la autonomía humana ha de ser protegida de toda coacción ilegítima por parte de los particulares o del Estado⁴. Entre este catálogo de libertades fundamentales, se destaca la garantía contra retención arbitraria por parte de las autoridades que detentan el poder coactivo, para el efecto la Carta Política en su artículo 28 preceptúa:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

De entrada la norma trascrita prevé, con una alta dosis garantista, que toda persona es libre en su sentido más amplio, pues ninguna persona podrá ser reducida a prisión, sino en virtud al mandamiento escrito de autoridad judicial con competencia y por motivos previamente definidos en la ley.

Desde las primeras manifestaciones del Estado de derecho, la protección de la libertad individual y la concepción de garantías para asegurarla contra los actos arbitrarios de las autoridades públicas se han hecho elementos esenciales del sistema normativo y constitucional.

En sentencia C-237 de 2005, la Corte Constitucional precisó que la libertad personal comprende *“(..)* la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la

⁴ Al respecto, se puede consultar la sentencia de 26 de julio de 2012, exp. 24688 con la misma ponencia del presente fallo.

persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente”.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1968 se expresa que *"Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..."*.

Acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por la Ley 16 de 1972, *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas"*.

El respeto a la libertad personal es una conquista del Estado de derecho, reconocimiento que se trasladó al Estado social con mayor envergadura, en cuanto no solo tiene que ver con el principio de legalidad de la pena, sino con la dignidad humana que hace de la presunción de inocencia principio fundante y requisito esencial de quienes invocan la pertenencia a la comunidad internacional. Al punto que la jurisprudencia ha destacado el proceso de constitucionalización de este derecho fundamental, que, además, ha tenido su inclusión en convenios y tratados internacionales de obligatorio cumplimiento –se destaca-

"En efecto, en vigencia del Antiguo Régimen existía una confusión de poderes al interior del Estado, lo que permitía que quien detentaba el poder dispusiera a su antojo de los derechos fundamentales de las personas, en especial de la libertad personal. No obstante, fruto de las revoluciones liberales, en especial de la Revolución francesa, dicho poder absoluto fue dividido y se establecieron controles con el propósito de evitar nuevos abusos. Así las cosas, en relación con la libertad personal, se excluyó la posibilidad de que el gobernante decidiera acerca de la libertad personal y dicha facultad, de hacer relativo el derecho fundamental, se trasladó a la rama del poder que administraba justicia”.

Siendo así, la Constitución de 1991 no podía sino reconocer el derecho a la libertad como valor, principio y norma jurídica de inmediata aplicación. En este sentido la jurisprudencia constitucional se ha detenido en el significado transversal de la noción, para admitir con amplitud la obligación general de las autoridades de hacer realidad el principio, esto es, garantizarlo efectivamente.

El Preámbulo de la Constitución señala la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico, en esta proclamación se ha visto el reconocimiento de una directriz orientadora en el sentido que la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática y no autoritaria y mucho menos totalitaria⁵.

En este contexto, en sentencia C-879 de 2011, la Corte anotó:

“Desde esta perspectiva la libertad se configura como un contenido axiológico rector del sistema normativo y de la actuación de los servidores públicos, del cual, en todo caso, también se desprenden consecuencias normativas en la interpretación y aplicación, no sólo del texto constitucional, sino del conjunto de preceptos que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, que deben ser leídos siempre en clave libertaria [expresión empleada en la sentencia T-237 de 2004 para hacer referencia a la interpretación de las disposiciones legales de conformidad con el contenido axiológico de la libertad]. Así mismo, la Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un principio general de libertad que autoriza a los particulares a llevar a cabo las actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no está subordinado a requisitos o condiciones determinadas, el cual estaría reconocido por el artículo sexto, se trataría entonces de la norma de cierre del ordenamiento jurídico, que tendría la estructura deóntica de un permiso. Pero también se ha visto en el artículo 13 de la Constitución, el origen de este principio general de libertad el cual según la jurisprudencia constitucional es el fundamento del derecho de toda persona a tomar decisiones que determinen el curso de su vida. A su vez la Constitución reconoce numerosos derechos de libertad, especialmente en el Capítulo I del Título II, tales como el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), la libertad de conciencia (art. 18), la libertad de cultos (art. 19), la libertad de expresión y de información (art. 20)”. Vid. también, la sentencia C-176 de 2007 donde se sostuvo que “la libertad constituye un presupuesto fundamental para la eficacia de los demás derechos y el instrumento “primario” del ser humano para vivir en sociedad. Por esta razón, el constituyente no sólo otorgó a la libertad el triple carácter: valor (preámbulo), principio que irradia la acción del Estado (artículo 2º) y derecho (artículo 28), sino que diseñó un conjunto de piezas fundamentales de protección a la libertad física de las personas que aunque se derivan de ella se convierten en garantías autónomas e indispensables para su protección en casos de restricción. Dentro de estos se encuentran los derechos a ser informado sobre los motivos de la detención, a ser detenido por motivos previamente definidos por el legislador y a ser detenido en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente (artículos 28 y 29 de la Constitución)”.

En este orden de ideas, la Constitución Política contempla una salvaguarda especial contra la afectación de los derechos e intereses legítimos de los particulares, por parte del Estado, que es su garante. De esta forma, el artículo 90 de la Carta prevé:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

⁵ Sentencia C-221 de 1994.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

En concordancia con los artículos 13 y 90 constitucionales, el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal imponía al Estado el deber de responder patrimonialmente, siempre que la privación de la libertad fuere injusta, lesión del derecho que el afectado no está en obligación de soportar. Según la mencionada norma:

“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”.

Se observa que la norma trascrita consagraba un sistema legal de responsabilidad estatal por los daños causados por la administración de justicia, por privación injusta en tres eventos que configurados generaban *per se* la obligación de indemnizar. De modo que, si el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, no se requería profundizar en las circunstancias que rodearon el proceso, pues no quedaba sino concluir que el afectado no tendría que haber soportado la afrenta a la que fue sometido.

En otras palabras, en los eventos antes relacionados, el daño antijurídico y la imputación del mismo, daban lugar a la responsabilidad estatal.

Ahora, es cierto que en la doctrina y en la jurisprudencia se han generado debates respecto del alcance de la responsabilidad del Estado a la que se hace mención y que se emitieron fallos que niegan su configuración objetiva ante los supuestos antes mencionados; sin embargo, tal postura fue abandonada, como lo revela la sentencia de 8 de julio de 2009:

“Tratándose de la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, la Sala no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 de Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991⁶-, ya derogado pero aún aplicable a aquellos asuntos ocurridos durante su vigencia, como sucede en el presente asunto, pues la víctima directa del daño fue privada de la libertad entre el 9 de mayo y el 2 de

⁶ Expedido por el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias.

septiembre de 1993, época para la cual se encontraba en vigencia el decreto aludido⁷.

Una primera línea jurisprudencial podría calificarse de restrictiva, bajo el entendido de que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados⁸. Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolucón final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención⁹.

Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., -absolucón cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹⁰. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención¹¹.

En ese orden, se sostuvo que el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos¹². El primero, previsto en su parte inicial, señalaba que: “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres supuestos -absolucón cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –los cuales, una vez acreditados, darían lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

*Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, que implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código **y, concretamente, a los eventos en que el***

⁷ El Decreto 2700 de 2001 estuvo vigente entre el 1º de julio de 1992 y el 23 de julio de 2001.

⁸ Sección Tercera, Sentencia de 1º de octubre de 1.992, exp. 7058.

⁹ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994, exp. 8666.

¹⁰ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta, exp. 9391.

¹¹ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1995, exp. 10056.

¹² Rodríguez Villamizar, Germán. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.

sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del in dubio pro reo¹³ (negritas fuera de texto).

Asimismo, es preciso tener en cuenta, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, que no basta que se aluda a la duda para entender que el fallador dio aplicación al principio *in dubio pro reo* y, que la sola manifestación de la falta de certeza no excluye la aplicación de las previsiones del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, sobre responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad. A similar conclusión se llegó en la sentencia del 29 de agosto de este año¹⁴:

“Por otra parte, nota la Sala que en tanto subsista el debate jurisprudencial y doctrinario sobre la responsabilidad estatal, en los casos en que la sentencia condenatoria se profiera en virtud del principio in dubio pro reo, ello no comporta que la sola invocación imprecisa de este principio por parte del juzgador en sede penal sea utilizada para denegar el legítimo derecho a la reparación de quienes padecieron la privación injusta de la libertad”

No obstante, aún en el evento de que la decisión absolutoria haya estado debidamente soportada en el principio de *in dubio pro reo*, la responsabilidad del Estado también estaría comprometida, puesto que, para tal efecto, lo único que se hace menester, atendiendo a lo preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la

¹³ Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, exp. 11754.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 27536, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo. En esa ocasión, ante la invocación por el juez penal de la duda razonable para absolver al inculpado la Sala realizó la diferenciación entre el carácter nominal y real del principio *in dubio pro reo*, sobre el particular se puntualizó: *“Así las cosas, se entiende que hay casos en los que existiendo pruebas sólidas sobre el hecho delictivo y la participación del reo, las mismas se contrastan con otras de igual peso que, en conjunto, impiden afirmar que la hipótesis sobre la comisión del hecho se sitúa más allá de toda duda razonable. En estos casos, la contundencia de las pruebas en uno y otro sentido simplemente impiden arribar a un juicio certero sobre lo ocurrido y en consecuencia, la duda razonable inclina la balanza a favor del acusado. En otros casos, la duda del juez se asienta sobre fundamentos menos sólidos, uno de los cuales puede radicar en el hecho de que la acusación no haya sido desvirtuada por completo por la defensa, a pesar de que no existan pruebas consistentes sobre el hecho criminal. En este caso, la duda subjetiva del juez no se puede considerar razonable y, por lo tanto, está excluida de los supuestos de aplicación real del principio in dubio pro reo por la simplísima razón de que no pasa de ser un estado psicológico, no fundamentado y, en consecuencia, sin sustento. Sostener lo contrario implicaría aceptar que el acusado tiene el deber de desvirtuar una presunción de culpabilidad en su contra, lo cual contradice el pilar de su inocencia que sostiene la legitimidad del Estado en materia criminal”*.

acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva. Al respecto, en sentencia unificada, la Sección señaló:

*“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**”¹⁵.*

Ahora, como quedó expuesto, en los asuntos sobre privación injusta de la libertad, bajo la vigencia de la anterior normativa, operaba un régimen de responsabilidad legal, en la que el legislador calificó los eventos en los cuales la privación de la libertad se torna injustificada, tal y como se previó en el artículo 414 del C.P.P. De modo que resulta indiferente determinar las razones que condujeron al funcionario judicial a adoptar la medida de aseguramiento que implicaron la detención del afectado, porque dada su injusticia no quedaba sino concluir la responsabilidad, fundada en que la presunción de inocencia no fue desvirtuada. Bien, porque el inculpado no incurrió en la conducta, el hecho no existió o no constituía delito.

Lo anterior porque, al margen de cualquier discusión sobre el alcance del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, lo relevante era que, en los tres eventos, el legislador, en ejercicio de sus competencias, calificó *a priori* la detención preventiva como injusta.

Posteriormente, la Ley 270 de 1996 dispuso que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” - artículo 68-.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia de 17 de octubre de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 23354.

La Sala ha considerado que, en cuanto el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia no puede recortar el alcance del artículo 90 de la Constitución, se habrá de concluir que la responsabilidad patrimonial del Estado no queda circunscrita a la actuación “*abiertamente arbitraria*”, sino que comprende todos “*los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*” y, en consecuencia, también mantienen su vigencia todas aquellas hipótesis de responsabilidad objetiva que fueron previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991:

“Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente¹⁶, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta “porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible”, se configura un evento de detención injusta....”¹⁷.

Ahora, de conformidad con las disposiciones del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 –se destaca-, “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

Y, conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la privación de la libertad deviene en injusta cuando se precluye la investigación en favor del procesado o se lo absuelve porque el Estado, a través de la autoridad penal, no desvirtuó la presunción de inocencia que constitucionalmente protege la libertad. Sin perjuicio de que la obligación de reparar bien puede no configurarse, dada la culpa grave o el dolo de la víctima, sin que, en todo caso, la decisión del juez penal sufra menoscabo, en cuanto único autorizado para desvirtuar la presunción de inocencia en el marco de un proceso con la plenitud de garantías constitucionales y legales.

¹⁶ Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo, exp. 15463.

¹⁷ Sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo, exp. 15463. En el mismo sentido, sentencias de 23 de abril de 2008, exp. 17534 y de 25 de febrero de 2009, exp. 25508, sentencia de 26 de mayo de 2010, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 19670, sentencia del 31 de agosto de 2015, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, exp. 36434, entre otras.

Esto es así porque si bien, al tenor de los artículos 90 de la Constitución y 70 de la Ley Estatutaria de la Justicia, el Estado deberá responder por la privación de la libertad, las personas están en el deber de actuar de buena fe y con sujeción a los deberes que el mismo ordenamiento constitucional exige, de suerte que no es dable recibir una indemnización al margen de la culpa grave o el dolo que los hechos investigados permite establecer, desde la perspectiva de las previsiones generales y no de las especificaciones de la investigación y condena que comprometen la libertad.

2.4 El caso concreto

Los elementos probatorios allegados ofrecen certeza a la Sala en cuanto a que el señor Luis José fue capturado el 2 de abril de 2006, por orden de la Fiscalía Séptima en turno URI de Castilla que lo sindicó de abusar sexualmente de una mujer en incapacidad de resistir, hasta el día 7 siguiente, cuando se le resolvió la situación jurídica absteniéndose el ente investigador de proferir medida de aseguramiento -según las copias de esas piezas que obran en el proceso penal n.º 66410 allegado al expediente-.

También se conoce, por los registros civiles visibles en el expediente, que el privado de la libertad es hijo de los señores Luz María y José, padre de Luis y hermano de Pedro -fls 27 a 31-. De donde huelga concluir la condición de víctimas de los accionantes, el dolor y afección moral por la privación de la libertad de su hijo y hermano, afectaciones que, de serle imputables, comprometerían la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada.

Ahora, el material probatorio obrante en el proceso permite tener como ciertos los siguientes hechos relevantes de cara a establecer la privación injusta de la libertad y la imputación del daño:

2.4.1 El 1º de abril de 2006, la menor adolescente Jazmín, de 16 años de edad, denunció ante la Fiscalía Seccional URI de Castilla al señor Luis José como responsable de haberla abusado sexualmente cuando se encontraba en incapacidad de resistir, dado el estado de embriaguez al que la indujo, aprovechando que la menor confiaba en quien resultó ser su abusador, entre otras razones, porque, además de estimarlo como primo de su compañero le prestaba la cocina de su apartamento a la pareja, ofrecía atenciones a la joven madre y su

niña, además de que les permitía el acceso a su habitación y hacía las veces de consejero ante sus dificultades.

En la denuncia formulada, la menor informó que i) convive con el joven Arturo, con quien procrearon una niña; ii) por la carencia de cocina, preparaban los alimentos para la familia en el apartamento del señor Luis José quien comparte el inmueble con otros dos jóvenes (Carlos y Martín); iii) la pareja tenía desavenencias y peleas recurrentes, entre otras razones, porque Arturo señalaba a la denunciante de “*tener algo*” con Luis José, Carlos o Martín; iv) el día de los hechos la denunciante y su pareja discutieron por esas mismas razones, pasaron a los golpes, Arturo la entró alzada al apartamento de Luis José y en su presencia le pegó; v) este último pidió a la denunciante que se quedara mientras se calmaban, para luego ir a recoger sus cosas, empero la joven se retiró a llorar a su apartamento; vi) minutos más tarde, Luis José pasó al apartamento de la denunciante y al enterarse de que no tenía dinero, ofreció regalarle comida a ella y la niña, las llevó a dar un paseo por la ribera, las invitó a comer, de regreso le obsequió gelatina a la niña y compraron para consumir en compañía; vii) esa noche, en el apartamento de quien se ofrecía como protector de las menores, después de dormir a su niña, la joven aceptó el licor que Luis José le ofrecía en cantidades superiores a las que este ingería, entrando rápidamente en un alto estado de embriaguez que le hizo perder el control de su cuerpo, le produjo vómito recurrente, le anuló la noción del tiempo y la capacidad física para resistirse a los actos sexuales que el denunciado realizó. Esto último, a pesar de que la menor se opuso verbalmente ante las insinuaciones, caricias y consumación unilateral del abusador.

Así se lee en la denuncia –se destaca-:

Ayer como a las 6:30 de la tarde yo discutía con mi marido de nombre Arturo, él me empezó a decir que yo por qué tenía que irme para el apartamento de Luis José, yo le contesté que cocinaba allá porque en el apto. de nosotros no había cocina, entonces yo le dije que ahora iba a pensar que yo tenía algo con Luis José, entonces él me contestó que con Luis José, Carlos o Martín, con alguno de los tres que vive ahí, entonces yo le dije que él sabía que yo no era de esas mujeres, bueno ahí nos fuimos a los golpes y me alzó y me llevó hasta el apartamento donde vive Luis José y allá me pegó, después Luis José que estaba en ese apartamento me dijo que me quedara, que me calmara y que esperara a que él se fuera, para ir a buscar mis cosas, yo le decía que yo iba a buscar a mi hija que había quedado en el otro apartamento con el papá y él me insistía que no, que me quedara, que yo estaba muy sofocada y que él no me iba a dejar ir así, entonces yo después me fui para mi apartamento a llorar y hasta allá llegó Luis

José y me dijo que me cambiara que me iba a regalar la comida, porque primero me preguntó que Arturo me había dejado plata para la comida y yo le dije que no, entonces yo me cambié y arreglé a la niña, y me fui para el apartamento de él... ya estaba listo cuando llegué, entonces me fui en el carro de él, hacia la ribera, nos estacionamos en el parqueadero... caminamos por la ribera y llegamos donde venden pizzas..., eran como las 8 de la noche aproximadamente, terminamos de comer y nos fuimos hasta una tienda que se llama Albalonga, ahí le compramos una gelatina a la niña y él compró una botella pequeña de ron viejo de caldas, de ahí nos fuimos en el carro para el apartamento de él, él en ese apartamento vive con otros dos muchachos que llegaron como a las 12 de la noche, ya todo había ocurrido, entonces en el apartamento, esperamos que la niña se durmiera porque ella estaba molestando por el papá y después fue que nos pusimos a tomar, como a las 11 de la noche yo empecé a sentirme mal, es que casi toda la botella me la tomé yo, porque él me daba y no tomaba casi, entonces yo de ahí me fui para el baño a orinar, el baño queda en la sala, cuando salía de orinar me caí y él me llevó hasta el cuarto de él y me acostó en la cama, de ahí yo empecé a decirle que llamara a Arturo porque me sentía mal, él dijo que si quería vomitar y yo le dije que sí, entonces me trajo un tanque y yo comencé a vomitar, yo paré y dejé de vomitar, y fue cuando él empezó a tocarme por el seno y me llamaba, yo quedé como inconsciente por unos segundos, cuando lo sentí fue besándome el cuerpo, después fue cuando me dijo que si quería que me hiciera cositas ricas, entonces yo le dije que no y que llamara a Arturo, yo sentí que él me bajó el pantalón y la pantaleta y me penetró, yo le decía que no, que no, pero estaba toda mareada y débil, no tenía fuerza para defenderme, yo creo que de pronto él le echó algo al trago cuando yo me fui hacia el baño, después que me hizo eso, él me subió la pantaleta y el pantalón y yo me quedé dormida, hasta cuando la niña se levantó, eran aproximadamente como las 3:30 de la mañana, yo no sé si se demoró haciendo eso conmigo, porque yo tenía la vista como nublada y no veía muy bien, ya a esa hora como a las 3:30 fue que yo tuve fuerza para levantarme y me fui para la casa, en la mañana cuando me levanté le conté a mi marido y él le fue a reclamar y el primo se lo negó, es más cuando me estaba cambiando, observé que en la pantaleta tenía un líquido amarillo característico al semen, y que yo sentí que me estaba bajando y no era flujo...” –fls. 108 a 109-.

2.4.2 El día 3 siguiente, el CTI capturó al señor Luis José por orden de la Fiscalía Seccional en turno URI de Castilla, sindicado del delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir –fls. 32 a 36-.

2.4.3 El día siguiente, en la indagatoria, el señor Luis José, de 34 años de edad, asesor comercial, adujo que la relación sexual con Jazmín fue consentida porque, además de que no utilizó la fuerza, la joven se le insinuó, lo invitó y sedujo, al punto que le pidió que le comprara licor, luego de tomarse los tragos se le metió a la cama, le reprochó falta de virilidad por no acceder a sus insinuaciones y lo

excitó con provocaciones eróticas al punto que, sin poderse aguantar, accedió a la relación sexual con ella.

Manifestó que i) conocía a la joven Jazmín desde hacía tres años y que últimamente mantenían una relación “*más amistosa*” porque ella iba todos los días a su apartamento a cocinar el almuerzo y la cena que le llevaba a su marido y también le guardaba a él; ii) en las horas previas a los hechos, estuvo dialogando en su habitación con la pareja; Arturo le pidió que lo acompañara a hacer una vuelta, empero, posteriormente, la joven regresó a su apartamento a decirle que en lugar de irse con su marido la invitara a ella a salir y tomar trago; iii) Arturo le reclamó a su compañera por haberse devuelto al apartamento de Luis José, le insinuó que la tenía “*pillada*” y, posteriormente, se agredieron en la residencia de la pareja, donde la joven atacó con un cuchillo a su compañero hiriéndolo en una mano y amenazaba con matarse porque aquel la iba a dejar por otra; iv) posteriormente, llegaron al apartamento de Luis José y entraron a su habitación donde continuaron insultándose y amenazando con que Arturo se iba, le quitaba la niña y ella se mataba, por lo que aquel intervino para calmarlos, entregarle la niña a Jazmín e instarlos a que resolvieran sus diferencias por las buenas, ya que se habían separado varias veces; v) momentos después, Luis José pasó al apartamento de la pareja y encontró que Arturo estaba recogiendo la maleta y se fue, dejándole mil pesos a Jazmín para que se fuera a donde su padre, pero como esta manifestó que no podía volver donde sus padres porque se encontraban separados y tenían diferencias con sus actuales parejas y continuaba llorando por la partida del compañero, la invitó a comer con la niña; vi) durante el paseo la joven le pidió que comprara licor y regresaran pronto a ingerir la botella de 375 ml de ron que este adquirió; vii) en el apartamento la joven le dio pecho a la niña enfrente suyo; luego ella le ofreció trago, volvió a llorar por la partida del compañero, después de varios tragos vomitó, se recostó en la cama de Luis José y le pidió que le prestara el teléfono para llamar a Arturo, que no contestó; ella continuaba llorando y le insistía a Luis José que no la dejara sola, que necesitaba de un hombre como él que le prestara atención y la escuchara, mientras este la consolaba; luego, ella se le acercó, se besaron, siguió acercándose “*demasiado*” a Luis José que la apartaba, lo miraba con menosprecio porque la rechazaba y continuó insinuándose, ofreció hacerle *strip-tease*, hasta que finalmente logró que él no pudiera resistirse a tener la relación sexual.

A juicio del sindicato, la denuncia de la menor lo sorprendió, pues confiaba en que sus insinuaciones, ofrecimientos y relación sexual constituían una forma de agradecimiento por los favores que este le prodigaba.

Así se lee en la indagatoria –se destaca–:

(...) llegaron a mi apartamento nuevamente discutiendo esta muchacha y Arturo, estaban discutiendo, estaban peleando, Arturo decía que ella lo había agredido con un cuchillo él tenía una cortada en un dedo en la puerta de mi casa hay manchas de sangre de él, ella decía que lo iba a matar y que se iba a matar ella, estaban discutiendo y gritando fue cuando yo intervine para acabar con esa discusión en mi apartamento en mi cuarto se ofendían mutuamente y le dije a ella me voy y tú verás para donde te vas ella se quedó llorando en mi cuarto y decía que le iba a quitar la niña, yo le decía que se tranquilizara que no le podía quitar la niña porque ella era la mamá y en el momento llegó Arturo nuevamente con la niña, yo la cogí y le dije mira aquí está la niña cálmate no te desesperes más y ella lloraba y decía que no quería vivir más con él que se fuera que lo iba a matar y se iba a matar ella, fue cuando Arturo se fue para el apartamento y yo le dije a ella que se calmara que ya la niña estaba ahí, y me fui para el apartamento de ellos y estaba Arturo recogiendo la ropa de él en un maletín y llegué y le dije a él que se calmara que arreglaran las cosas por las buenas bien que un día de estos podía haber una tragedia que uno de los dos se iba a matar y él me dijo que no quería vivir más con ella que se iba a ir y le dije yo, para qué si ya se han separado varias veces y vuelven nuevamente para volver a discutir y a pelear si se van a separar sepárense ya y déjele la vida tranquila a los demás, fue entonces cuando él me dijo que se iba y me dejó mil pesos un billete de mil para que los entregara a ella y que si se quería ir que se fuera y que si se quería quedar que se quedara que hiciera lo que quisiera él se fue y yo llegué nuevamente a mi apartamento y llego yo y la encuentro llorando todavía, le entregué el dinero que él me había dado y ella se puso a llorar y decía que no tenía para dónde irse, yo le decía que primero se calmara que cogiera las cosas con calma que para todo había solución, yo le decía y su papá y su mamá porque (sic) no podía ir allá, ella me decía que su papá vivía con otra persona y tenían diferencias y que su mamá también vivía con otra y sucedía lo mismo donde una abuela que tenía cerca decía que no podía ir porque todo se los hechaban (sic) en cara de las discusiones y problemas con el muchacho, entonces yo le dije quédese en su apartamento y mañana mira a ver qué hace, inclusive el muchacho se fue dejó la puerta del apartamento donde ellos viven abierta, ella llegó al apartamento de ella y se puso a llorar porque se dio cuenta que él en verdad se había ido. Regresó otra vez a mi apartamento, se puso a llorar que ahora qué hacía en fin llora porque está aquí, llora porque no está que no quería verlo más tampoco, otra vez traté de calmarla y fue cuando me dijo que seguro se había ido para donde la otra que nunca lo iba a perdonar por eso y fue cuando me dijo que quería tomar esa noche, fue cuando yo le propuse digamos una opción mejor vamos comamos algo la niña también come algo y usted se calma le dije que se cambiara yo también me arreglé un poco... cuando yo estaba en mi cuarto vistiéndome ella llegó porque se arregló primero que yo, terminé de

cambiarme salimos, tomamos mi carro y nos fuimos para el parqueadero..., el señor de ese parqueadero puede dar testimonio de que nos vio llegar a los tres, nosotros íbamos con la niña, fue entonces cuando dejamos el carro en el parqueadero y nos fuimos por el sector... donde hay pizzerías ambulantes hay comimos (sic) pizza el señor de la pizzería puede dar testimonio de eso, de hay salimos (sic) a comprarle una gelatina a la niña porque la niña no comió pizza en un local comercial que se llama la Plaza cuando ya compramos la gelatina iba yo, saliendo hacia la calle, ella me detiene en la puerta y me dice de esta vitrina no va a comprar nada señalándome la vitrina donde había licor yo le dije que no que mejor más tarde entonces ella me hizo un gesto de desagrado y me dijo que no que la comprara y entonces fue cuando yo le dije dígame usted qué quiere y fue entonces cuando me dijo que comprara ron, la compramos y salimos del sitio eses, nos fuimos a caminar por la bahía ella me dice que nos vayamos para la casa porque la botella se iba a calentar entonces yo gané tiempo por ahí porque yo no quería y al rato fuimos al parqueadero y regresamos a la casa y cuando llegamos lo primero que me dijo fue y la botella, yo le dije que acá está y se la entregué, ya la iba a destapar cuando yo le dije y la niña, ella me dijo no ella está cansada ella se queda dormida ahorita entonces ella dijo no mejor yo la voy a dormir primero y fue cuando empezó a darle pecho a la niña, enfrente mío hasta que la niña quedó dormida, entonces ella acostó la niña y ella misma destapó la botella y me brindó un trago a mí y tomó ella y de ahí empezamos a tomar los dos y hablar al rato de estar en ese momento otra vez se puso a llorar a maldecir porque todos los hombres eran así a decir barbaridades que Arturo se había ido con la otra para Restrepo me nombró a una persona llamada Rosa y que él seguro estaba allá con ella yo traté de calmarla me dijo en ese momento me dijo ojalá yo pueda conseguir un hombre como usted que lo entienda y lo escuche a uno y siguió tomando en esos momentos me dijo que tenía ganas de vomitar, yo fui por el balde y vomitó en el balde se recostó en la cama me dijo que no la dejara sola, seguía maldiciendo a Arturo, que no iba a volver con él, me dijo que si tenía minutos en mi celular, yo le pregunté que para qué y me dijo que para llamar a Arturo de mi teléfono y ella marcó y el teléfono de Arturo estaba apagado, eso fue cuando ella cortó y dijo que él estaba con la otra y seguí maldiciendo, seguía llorando y me dijo que tenía más ganas de vomitar y me dijo que esta se la iba a pagar bien caro y nuevamente volví con el balde y ella vomitó, en ese momento ella me dice que le limpiara la cara, en ese momento le limpié con mi toalla, me dijo que también en el pecho y en el cuello que estaba sucia, ese fue el momento en que ella más insistía en que no me fuera, fue entonces cuando ella se me acercaba, hubo un momento en que nos besamos, yo decía que se calmara y que cogiera las cosas con calma y ahí fue entonces cuando ella comenzó a acercarse demasiado conmigo, yo la apartaba de mí y ella me hacía gestos de menosprecio porque yo no le prestaba atención y le decía que se calmara y ella insistía e insistía con eso, ella empezó a insinuarse, prácticamente que quería tener algo conmigo por despecho, por dolor, por lo que su compañero estaba con otra supuestamente, empezamos a tener caricias, ella hasta trató de ofenderme porque yo no le paraba bolas, la verdad que por respeto a ella y al marido no quería hacer nada, pero ella insistió de tal manera que prácticamente me excitó y llegamos al punto de estar en la intimidad, inclusive ella me dijo que le gustaría hacer stripts (sic) total estuvimos en la intimidad, cuando terminó eso, ella se

quedó en mi apartamento, en mi cama, en mi cuarto y yo cogí mi colchoneta y la tiré al suelo, yo dormí en el suelo y ella se quedó en la cama, eso ocurrió como a la una de la madrugada y en la mañana como a las cinco y media seis de la mañana, me di cuenta que ella se levantó de la cama y se fue para su apartamento, no me dijo nada, se fue para allá y yo me quedé durmiendo en mi casa. Como a las siete de la mañana llega Arturo que es el marido de la muchacha, me toca en el cuarto, yo me levanté abrí la puerta y él me pregunta que qué había pasado con Jazmín yo le pregunté por qué me hacía esa pregunta y él me dijo que ella estaba en el apartamento llorando y diciendo que yo la había tomado por la fuerza, hasta ahí pasó eso, yo me quedé sorprendido ante esa respuesta que él me dio y le dije que me esperara diez minutos yo me arreglo y aclaramos esto enseguida, llegué al apartamento de él y ya no había nadie, ni ella ni él estaban, entonces fui a buscarlo... donde él trabaja y hablé con él y me decía que Jazmín estaba diciendo que yo la había tomado por la fuerza y le dije que eso no era así y que yo quería hablar con ella y con él para aclarar la situación, fue entonces cuando la llamó a ella para concretar una cita para aclarar la situación y como a las once de la mañana me llamó a mi celular y me dijo que el papá de Jazmín y Jazmín quería hablar conmigo en la casa del papá para aclarar la situación, yo le dije que sí iba a aclarar, la citada era a las dos de la tarde el día domingo abril dos, llegué a la reunión puntual, me hicieron esperar quince minutos, nadie me decía nada, ahí en la sala del papá ahí sentado, cuando llegaron dos agentes del CTI y preguntaron que quién era Luis José, yo me presenté... y me dijeron ellos que lo acompañara... PREGUNTADO: Manifieste cuál cree usted que es el motivo por el cual la señora Jazmín lo sindicó de haberla accedido sexualmente poniéndola en incapacidad de resistir. CONTESTÓ: Primero quiero aclarar que nunca se hizo a la fuerza, y quiero decirles que no fui yo quien la incitó a tomar, fue ella misma la que quería tomar, además la cantidad de alcohol que tomamos fue de 375 centímetros cúbicos y quedó un poquito, pero si hacemos cuenta la cantidad que ingerimos dividida entre los dos fue tan poca que ella estaba consciente de todo lo que hacía, decía y sucedía, tan es así que amaneció en mi cama y como a las cinco y treinta de la mañana a seis se fue para el apartamento de ella... [me declaro] inocente, porque en ningún momento se utilizó la fuerza, en ningún momento la obliqué, antes por el contrario evadí sus insinuaciones hasta el punto donde yo no pude aguantar porque ella me decía que yo no valía nada, que yo qué era y me hizo gestos de menosprecio y me sonsacó de tal manera que se dieron las cosas voluntariamente, no por mí sino por ella porque ella fue la que me incitó a hacer el acto, me siento arrepentido en este momento de haberme dejado llevar ante las insinuaciones de Jazmín, más por mi amigo que siento que lo he traicionado que cualquier otra cosa... Nunca pensé que con las atenciones que me brindaba Jazmín en el apartamento con respecto a darme la cena y hasta quedarse hasta las nueve o diez de la noche en mi apartamento hablando iba a terminar en un ofrecimiento de ella así, porque todo esto lo tomaba yo como agradecimiento en préstamo de la cocina (sic) de mi cocina, aparte de la amistad que había, deseo poner de presente que también si algo me llega a pasar o en su defecto a algún familiar mío, o a mis cosas materiales, responsabilizo de manera directa al padre de Jazmín y a ella (...) -fls. 37 a 44-.

2.4.4 El mismo día, 4 de abril de 2006, en testimonio rendido ante la Fiscalía, el señor Arturo, de 21 años de edad, manifestó que i) vive en unión libre con Jazmín; ii) vigilaba la conducta de su compañera porque la celaba y sospechaba de su relación con Luis José; iii) el día de los hechos discutieron, se fueron a los golpes, ella lo amenazó con un cuchillo, lo hirió en un dedo y se puso esa arma en el pecho con la intención de quitarse la vida; iv) llevó a su compañera hasta el apartamento de Luis José para que este la controlara, porque él siempre los aconsejaba y los ayudaba a sobrellevar sus desavenencias; v) esa noche se marchó del apartamento y le dijo a su compañera que se fuera a donde su padre; vi) al regresar en la mañana siguiente la encontró en la entrada del edificio, ella le pidió que subieran al apartamento y le comentó que esa noche Luis José la había violado; vii) al reclamarle, Luis José se limitó a responder que él quería hablar primero con ella para que explicara lo que había pasado; viii) le aconsejó a su compañera que le comentara al papá lo ocurrido porque él sabría qué hacer en ese caso; ix) a Jazmín le hace daño el licor porque se emborracha, vomita, pierde el control y la razón, además de que por su temperamento violento ha recibido tratamiento psicológico y, x) a juicio del declarante, ella se sentía atraída por Luis José en razón de la forma como la trataba y este aprovechó la oportunidad para tener la relación sexual porque Jazmín dio pie para que eso pasara.

En efecto, en el testimonio manifestó –se destaca–:

(...) me fui para el apartamento de Luis José a cerciorarme si de verdad ella estaba ahí, encontré la puerta abierta del apartamento de Luis José, y él estaba acostado en la cama y no dejé que me viera, volví y bajé, había un primo mío abajo en el edificio, le pedí el favor que tuviera la niña un momentico, volví y subí solo, pero escuché que ella estaba en el balcón preguntando por mí, bajé corriendo cogí a la niña y le hice una expresión de Ojo, fui a la tienda, compré unos huevos y me fui al apartamento nuevamente, entré al apartamento de nosotros y ella me estaba esperando, ella me preguntó que por qué le había hecho esa expresión, yo estaba celoso pero no le quise responder nada a ella, ...me dijo que si yo estaba pensando que ella tenía algo con Luis José no le quise responder nada, luego ella me tiró los huevos en la ropa y ahí comenzó la discusión y la pelea, forcejamos, yo le grité, ella me gritó, yo le pegué ella me pegó a mí también, ella me dijo que me iba a hacer la vida imposible y que no me iba a dejar tranquilo y yo de la rabia yo la amenacé y le dije que se fuera que no quería saber nada de ella, ella se iba a poner su ropa y se iba a ir, pero al final dijo que no porque me dijo que ella me iba a ser (sic) la vida imposible y yo le dije que entonces me iba yo, pero tampoco me dejó, cogió un cuchillo en la mano, la golpeé la mano en la mesa para que soltara el cuchillo y a raíz de eso me cortó en el dedo y entonces la cogí y la saqué del apartamento, vi la puerta del

apartamento de Luis José abierta y le pedí el favor de que él la controlara, luego volví al apartamento mío cogí a la niña y se la llevé al apartamento de Luis José, ahí la dejé llorando y gritando por todo lo que había pasado, cogí mis cosas, le pedí el favor a Luis José que le dijera a ella que se fuera para donde el papá y le dejé mil pesos para que se los diera a ella para que se fuera para donde su papá, luego me fui y pasé la noche en la casa de un amigo, al día siguiente me encontré a ella en la puerta del edificio esperándome y me dijo que subiera al apartamento que tenía que comentarme algo, me dijo que creía que Luis José la había violado, me mostró un jean que tenía puesto el día anterior y me dijo que estaba manchado de semen, luego yo cogí las llaves abrí el apartamento donde Luis José, le reclamé a Luis José qué era lo que había pasado, él me dijo que antes que todo él quería hablar con ella y que me explicara lo que había pasado de verdad, ella entró en ese momento y me dijo que ella no se había soñado nada de lo que estaba diciendo y que él era culpable de lo que le había hecho, Luis José me dijo que lo esperara que él iba para allá para el apartamento a hablar con nosotros pero yo tenía que ir a trabajar, yo me devolví para el apartamento con ella, me cambié de camisa y luego bajamos los dos con la niña, Jazmín y yo, yo la abracé, le di un beso en la mejilla y le dije que fuera a donde su papá y le comentara, porque creí que era lo mejor y él sabría que hacer en este caso, no me atreví a acompañarla donde el papá por los problemas que hemos tenido entre el papá de ella y yo, volví a mi trabajo normal, luego llegó el papá de ella en una moto, me reclamó y me dijo que yo le había arruinado la vida a Jazmín, que todo había sido culpa mía y respondiendo de la misma manera la mujer del papá, haciéndole la aclaración de que la mujer del papá de Jazmín no es la mamá de ella, pero ella me dijo que yo debí haber hecho respetar a Jazmín no sé de qué manera querían ellos que yo la hiciera respetar, si quería que yo cogiera a Luis José a golpes o lo denunciara a la Fiscalía, luego hablé con Luis José y él me propuso hablar con el papá de ella, el papá de Jazmín volvió en la moto con Jazmín y le comenté que Luis José quería hablar con ella y con él, yo le dije que a las doce de la tarde (sic) y él me propuso que mejor a las dos de la tarde, llegamos con Luis José a la casa del papá de Jazmín, para que Luis José nos explicara a todos lo que había pasado y que ella también tomara palabra en la conversación, a los diez minutos de estar allí en la casa de ellos, llegaron los funcionarios del CTI y se llevaron a Luis José, yo intenté hablar con ella para esclarecer y saber realmente lo que había pasado, el papá de ella sacó a todo el mundo de la casa y a mi hija también, luego regresó el papá de Jazmín me encerró bajo llave quedando los tres en la casa solos, él se dirigió hacia el patio cogiendo un machete para agredirme a mí, ella se metió en el medio, le quitó el machete y él me cogió por el cuello y forcejeamos, me encerró en el patio de la casa de él, pero gracias a Dios todavía se encontraban los funcionarios de la Fiscalía... PREGUNTADO: Manifieste cómo ha sido el comportamiento de Luis José frente a la relación de pareja entre usted y la señora Jazmín. CONTESTADO: Volviendo al tema él siempre nos ha dado consejos, nos ha querido orientar, lo que no sé hasta qué grado tuvo él confianza con Jazmín, a mí siempre me ha dicho que las cosas no se arreglan a los golpes ni violentamente, que si veía que las cosas estaban mal que me separara. PREGUNTADO: Manifieste cómo era el comportamiento de la señora Jazmín su compañera frente a la amistad con el señor Luis José. CONTESTADO: Ella tenía que llegar al apartamento de Luis José

primero porque ella ahí hacía la comida, segundo tenía una amistad con él también y otros inquilinos que viven ahí en la casa de Luis José, también se relacionaban con ella, hombres y mujeres, de pronto despertaron los celos en mí porque ella pasaba más tiempo allá en la casa de Luis José, por sus obligaciones en la cocina y me decía me hacía comentarios con que Luis José sabía cocinar, ojalá tú supieras cocinar, que una vez Luis José había cocinado y ella (sic) no le había tocado hacer nada, eso me dijo ella entregándome la comida que él había hecho. PREGUNTADO: Manifieste usted si con las actitudes que usted manifiesta en las respuestas anteriores creería que Jazmín estuviese atraída por el señor Luis José. CONTESTADO: Atraída sí, porque Luis José es una persona que trata muy bien a la gente y es una persona que le puede caer bien a cualquiera, pero no sé hasta qué grado llegó la confianza de ellos dos. PREGUNTADO: Cómo era el comportamiento de ella cuando ingería licor y en qué cantidades. CONTESTADO: Las pocas veces que yo la vi borracha a ella, nunca vi cuánto licor había ingerido porque a las fiestas donde ella iba yo no iba, es decir donde ella ingería licor, pero en una ocasión ella llegó borracha de una fiesta, vomitó luego yo traté de acostarla, al día siguiente ella me estuvo preguntado exactamente qué me había hecho o qué me había dicho porque ella no se acordaba, ella no está acostumbrada a tomar ella no sabe tomar entonces en su casa me dicen que yo estoy de parte de Luis José. PREGUNTADO: Manifieste al despacho cómo ha sido el comportamiento de Jazmín en el tiempo que usted tiene de convivir con ella en términos generales. CONTESTADO: Ella es violenta, hace las cosas sin pensar, por eso ella estuvo en tratamiento psicológico, él papá lo sabe, ya que en ese tiempo ella vivía con él, lo que yo creo que pasó de todo esto es que ella como estaba celosa pensando que yo me había ido con otra y **llena de rabia se tomó los tragos y dio pie para que pasara lo que pasó, Luis José lo que hizo fue aprovechar el momento, si no fuera así, por qué ella no se fue para la casa una vez pasó lo que ella dice que pasó y fue inmediatamente donde el papá, sino que esperó a que yo llegara como la persona que está maquinando lo que va a decir ella lo que hizo fue preparar las cosas porque ella sabía que Luis José tenía testigos de que él no la violó** ya que los muchachos que viven con Luis José la vieron que estaba borracha y que se cayó él se llama Martín... Quiero agregar que temo por mi vida y por la vida de mi papá de nombre Jorge porque el papá de Jazmín intentó matarme y me amenazó delante de un funcionario de la Fiscalía de los que fueron a capturar a Luis José a la casa de él (...) –fls. 27 a 31-.

2.4.5 En testimonio rendido, el 4 de abril de 2006, ante la Fiscalía el joven Martín, de 17 años de edad, estudiante de bachillerato, manifestó que i) vive en el apartamento del señor Luis José desde hace diez meses y conoce, desde hace tres meses, a Jazmín; ii) ella le cocina a Luis José y cuando el marido no estaba se metía al apartamento a hablar con aquél; iii) el día de los hechos llegó al apartamento a las 9:00 pm, encontró que su hermano Carlos estaba dormido, escuchó música en la habitación de Luis José y cuando entró a su cuarto, este iba saliendo con Jazmín de la habitación; Luis José llevaba la botella de ron en la

mano; después oyó el ruido de un cuerpo en el suelo y se dio cuenta que Jazmín se cayó por la borrachera que tenía; posteriormente, vio que la joven ingresó al baño y llamó a Luis José para que le ayudara a bajarse los pantalones porque ella no era capaz; después la pareja entró nuevamente a la habitación, estaban contentos y se reían; como a las tres de la mañana sintió que alguien salió del apartamento e ingresó al de Jazmín, mientras tanto Luis José dormía en su cuarto; iv) ese día la actitud de Jazmín con Luis José era melosa, coqueta y asimismo este le coqueteaba, pero “ella era la que más insistía”, sin embargo, no vio que lo besara y v) se trata de una joven loca, que peleaba con su marido y pudo ser ella la que violó a Luis José.

Así lo refirió en el testimonio:

Llegué como a las 9:00 de la noche, escuché música, ya que él tiene un equipo, yo entré a mi cuarto, ellos iban saliendo los dos de la habitación, él traía una botella de ron viejo de caldas pequeña, yo me entré a la habitación y escuché cuando una persona se cae, yo me asomé y se calló (sic) por la borrachera que tenía, pero ella con sus tragos se sentía contenta, después, yo fui a entrar al baño a orinar y ella venía también para el baño, Luis José le dijo está ocupado el baño estaba ocupado el baño (sic), a mí me tocó subirme la cremallera rápido y Jazmín entró y me salí de una vez, ella me dijo Luis José acompáñeme al baño (sic) y para que él le ayudara a bajarse los pantalones, porque no era capaz de bajárselos, después ellos se entraron a la habitación, se reían, Jazmín estaba hablando y contenta, como a las 3:00 de la mañana escude (sic) la puerta, como la puerta de mi cuarto no tiene manija, tiene que golpear y se despierta uno y después escucho la puerta del apartamento de ella y Luis José estaba en el cuarto durmiendo, eso fue lo que yo supe. PREGUNTADO: Diga a esta Fiscalía, si la actitud de la señora Jazmín hacia el señor Luis José, cómo era. CONTESTÓ: Yo los venía (sic) a ellos muy amigables, muy meloso, antes hablaban los dos en la noche. PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho si usted vio que la señora Jazmín se le insinuaba al señor Luis José. CONTESTÓ: El sábado el día de los hechos sí, la veía muy melosa, ósea coqueta (sic) la actitud de Luis José era también más o menos coqueta, ella era la que más insistía. PREGUNTADO: Sírvase informar si el día de los hechos usted vio que la señora Jazmín lo besaba. CONTESTÓ: No... PREGUNTADO: Sírvase informar a este despacho, como usted lo dice en respuesta anterior que la actitud de la señora Jazmín era alegre, hablaba y se reía con el señor Luis José, pudo este haberla violado. CONTESTÓ: Para nada, más bien ella pero no él, porque esa pela es loca, paliaba mucho (sic) con el marido –fls. 38 a 40-.

2.4.6 El 6 de abril de 2006, la Fiscalía de la Unidad de Vida y otros resolvió la situación jurídica del indagado, en el sentido de abstenerse de imponerle medida de aseguramiento y dejarlo en libertad inmediata, fundada en que, mientras el

dicho de –se destaca- **“...la ofendida debe recibirse con beneficio de inventario”**, los testimonios del marido, Arturo, y de Martín confirman la versión del sindicado, en el sentido de que la relación sexual fue consentida, porque i) los hechos ocurrieron en la habitación de este último que frecuentaba la señora Jazmín y a la que llegó voluntariamente; ii) se puso a tomar trago con el sindicado, al punto que se cayó de la borrachera; iii) en lugar de irse para donde su papá se fue para donde Luis José, a insinuarle que quería estar con él y aprovechar la pelea que tuvo con su marido para tener la relación íntima con el procesado. Circunstancias, que a juicio de la Fiscalía, descartan que la denunciante haya sido puesta en condiciones de inferioridad manifiesta por medio de sustancias alcohólicas para luego ser accedida sexualmente.

En efecto, después de narrar lo dicho por la denunciante y el sindicado, se sostuvo en la decisión –se destaca-:

Lo dicho por el procesado Luis José es corroborado por el testigo Martín, quien llegó al apartamento del sindicado, ya que él vive ahí, como a las 9:00 de la noche y encontró a la joven Jazmín, con Luis José, que venían saliendo del cuarto de este, con una botella de ron caldas de la pequeña y estaba oyendo música, Jazmín estaba muy alegre hablando, después volvieron y se metieron al cuarto y cerraron la puerta, ya que la señorita Jazmín siempre iba al apartamento a hablar con Luis José, ya que ella cocinaba allá, ya que en su apartamento no había cocina, la actitud de ella con Luis José era como si le gustara, ya que se metía en el cuarto a hablar con él, el día que sucedieron los hechos ella estaba muy melosa, ósea coqueta, (sic) insistía, ya que creo que aproximadamente (sic) Jazmín se fue del apartamento como a las 3:00 de la mañana, ya que Luis José nunca la iba a buscar, ella lo iba a buscar, en el apartamento se encontraba mi hermano y estaba durmiendo, después de me entré al cuarto y me acoté a dormir (sic) y los dejé a ellos encerrados en el cuarto. Como es de observar el testigo Martín, que entre procesado (sic) y Jazmín había entendimiento y que incluso cuando ingresaron a la habitación, esta se encontraba consciente, lo que nos deja entrever que la relación fue consentida.

No tendría este testigo del porque faltar a la verdad (sic), ante unos hechos que percibió directamente cuando llegó al apartamento donde vive él con el procesado, y que incluso acaecieron en una habitación de su propiedad. Tampoco haya el proceso (sic) otros medios probatorios que refuten su testimonio, y lo cuestionen, que debe recibirse con beneficio de inventario.

Así mismo, el testimonio del (sic) Arturo, marido de la joven Jazmín, quien manifiesta que lo que pasó con Jazmín, fue como estaba celosa, pensando que yo me había ido con otra (sic) y llena de rabia se tomó unos tragos y dio pie para que pasara lo que pasó con Luis José, lo que hizo fue aprovechar el momento si no

fuera así, porque ella no se fue para la casa una vez pasó lo que ella dice que pasó y fue inmediatamente donde su papá, sino que esperó a que yo llegara como la persona que está maquinando lo que va a decir, ella, lo que hizo fue preparar las cosas porque ella sabía que Luis José tenía testigos de que él no la violó, ya que los muchachos que viven con Luis José, la vieron que estaba borracha y se calló (sic). Se explica el hecho que si la ofendida Jazmín no tenía relaciones amorosas con el procesado, porque cuando pelio con su esposo Arturo (sic) y este se fue y le dejó para el pasaje no se fue para donde su papá, sino que se fue para donde Luis José, lo que hace suponer que entre ella y entre el sindicato existía suficiente confianza. Tampoco se explica el hecho de que si pelea con su marido, por celos que él se hubiera ido para donde otra mujer, esta se ponga a tomar tragos con Luis José, a insinuarle que quería estar con él, pues ante esta situación tuvieron intimidación, en su cuarto, del apartamento donde él vive. Pues el testimonio de su marido Arturo (sic), nos da a entender que la joven Jazmín, estaba esperando cualquiera oportunidad de pelear con él para aprovechar esa situación, y tener una relación íntima con Luis José, ya que seguramente le gustaba y aprovechó la pelea que tuvo con su marido, para tener intimidación con el procesado.

Ante todo lo anterior, y en especial el testimonio de Martín y su marido Arturo, logra advertirse que la conducta punible llegada a conocimiento de este despacho, no tuvo realidad fáctica, y de tal suerte que la prueba no indica que Jazmín haya sido puesta en condiciones de inferioridad manifiesta por medio de sustancias alcohólicas, para luego ser accedida carnalmente, razón suficiente para que este despacho se abstenga de imponerle medida de aseguramiento en contra del procesado Luis José. Así mismo se suscribirá acta de compromiso de conformidad –fls. 44 a 48-.

2.4.7 El 10 de abril de 2006, esto es 4 días después de haberse definido la situación jurídica del sindicato sin darle crédito a la denunciante, el ente investigador adelantó la ampliación de la denuncia.

En la diligencia la Fiscalía i) requirió de la menor Jazmín la ratificación de su denuncia; ii) contrastó su declaración jurada contra el dicho del sindicato y le pidió que se manifestara sobre la versión de este último y, iii) asimismo, la cuestionó sobre las razones por las que aceptó tomar trago, en horas de la noche, en la habitación de Luis José, a sabiendas de que por tener marido está mal que estuviera con otro hombre en su apartamento.

La adolescente i) ratificó los hechos denunciados; ii) sin asomo de dudas, afirmó que no se le insinuó, no provocó a Luis José y no consintió en la relación sexual, iii) expuso que no pensó que esta fuera a ocurrir porque confiaba en Luis José y no encuentra nada anormal en el hecho de tomar con él porque que es primo de

su marido y iv) puso de presente su temor por el hecho de que su marido y Luis José se hubieran puesto de acuerdo para actuar en su contra.

Así se lee en lo pertinente de la ampliación de la denuncia –se destaca-:

PREGUNTADO: Diga la declarante si se ratifica de los cargos formulados en su denuncia contra el señor Luis José, por el delito de acceso carnal con incapaz de resistir. **CONTESTÓ:** Sí me ratifico. **PREGUNTADO:** Sírvase hacer un relato conciso de los hechos ocurridos entre usted y el señor Luis José. **CONTESTÓ:** [La adolescente relata nuevamente los hechos denunciados]. **PREGUNTADO:** Manifiesta el señor Luis José en su injurada que usted fue a su apartamento a decirle que si siempre iba a salir con su compañero y él le pregunta que porque le (sic) hace esa pregunta y usted le dice porque tenía ratos de quererse tomar unos tragos, es cuando su compañero se da cuenta que cuando él sale usted se devuelve al apartamento de Luis José y después cuando usted y su compañero discuten y fue cuando intervino Luis José para calmarlos y aconsejarlos, que Arturo se fue y usted quedó llorando y le entregó mil pesos que le había dejado Arturo y usted le manifestaba que no tenía dónde ir y él le decía que porque no iba (sic) donde su mamá y su papá y usted le contestaba que donde su papá no podía ir porque él vivía con otra persona y sucedía lo mismo donde su abuela porque todo se lo echaba en cara y entonces es cuando usted se dirige hacia su apartamento y se da cuenta que de verdad Arturo se fue y regresa nuevamente al apartamento de Luis José llorando porque seguramente se había ido para donde la otra que nunca lo iba a perdonar y es cuando le dice que quería tomar esa noche. Luis José la invita a comer, acepta la invitación, comen y compran la botella de licor porque usted cuando va pasando por una vitrina se la señala, que en el apartamento le dijo que cómo iba a hacer con la niña y usted le respondió que ella estaba cansada y se dormía, que usted misma destapó la botella y volvió a llorar y maldecir a los hombres y le decía que ojalá pudiera conseguir un hombre como él o sea como Luis José ¿qué tiene que decir al respecto? **CONTESTÓ:** Yo sí me devuelvo para el apartamento de Luis José porque yo escuché a mi hija llorando y del apartamento de él sí hay balcón y podía mirar porque lloraba (sic) la niña. Sí es cierto que él me invita a comer salimos con la niña comimos y él es que compra la botella (sic), nos devolvimos al apartamento y empezamos a tomar. Yo le decía que iba para donde mi papá y él no me dejaba, me decía que si mie veían así alterada después mi papá la iba a coger contra Arturo, es mentira que le dije que quería conseguirme un hombre como él. **PREGUNTADO:** Manifiesta también Luis José que usted se le insinuaba, que quería estar con él, que quería estar con él por despecho o por dolor, que empezaron a tener caricias, que él por respeto a usted y a su marido no quería hacer nada, pero usted e insistió de tal manera que lo excitó y llegaron hasta la intimidad, que usted le dijo que le gustaría hacer stripts (sic), que usted se quedó en su apartamento y en su cama y él tiró una colchoneta en el suelo, que eso ocurrió como a la una de la mañana y como a las cinco y media de la mañana se dio cuenta de que se había ido para su apartamento ¿qué tiene que decir al respecto? **CONTESTÓ:** En ningún momento yo me le insinué, yo creo que mi marido y Luis José se pusieron de acuerdo para decir todo eso,

porque mi marido desde hace rato quería separarse de mí y no tenía una buena excusa. PREGUNTADO: Afirma Luis José que no hizo nada a la fuerza con usted y que no fue él quien la incitó a tomar, que usted misma era la que quería tomar, que la cantidad de licor que tomaron era para que usted tuviera consciente de todo lo que hacía, que siempre evadió sus insinuaciones y por eso mismo usted le decía que no valía nada y que hacía gestos de menosprecios y lo sonsacó de tal manera que se dieron las cosas voluntariamente ¿qué tiene que decir al respecto? CONTESTÓ: **Él me ofreció licor y por rabia yo le recibía, nunca me le insinué ni nunca le dije nada.** PREGUNTADO: **Por qué acepta usted la invitación de tomar con Luis José en su apartamento hasta llegar a ingerir casi todo el licor y hasta altas horas de la noche, a sabiendas de que usted tiene su marido y que no estaba bien quedarse con Luis José en apartamento de él.** CONTESTÓ: De pronto por la rabia que Arturo se fue y porque nunca pensé que eso fuera a ocurrir y porque ellos son primos –fls. 53 a 57-.

2.4.8 El día 11 del mismo mes, se allegó al proceso penal el informe del primer reconocimiento médico legal practicado el día 3 anterior a Jazmín; el forense señaló que la joven presenta edad clínica aproximada de 16 a 17 años, con genitales externos femeninos desarrollados, menarquía a los 12 años e inicio de actividad sexual a los 14, con un compañero.

En el informe se concluye:

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

EXAMEN GENITAL: presenta genitales femeninos normales. Himen semilunar desgarrado. Bordes cicatrizados lo cual indica desfloración antigua... tono anal normal, forma anal normal (...).

ESTUDIOS SOLICITADOS:

Se tomó frotis vaginal para residuo seminal y/o espermatozoides.

Se solicita frotis vaginal en fresco para ETS (se expide orden).

Se sugiere valoración por PSICOLOGÍA”.

NOTA: Se solicita nuevo examen por medicina legal en 15 días a partir de la fecha –fl. 58-.

2.4.9 El 26 de mayo de 2006, el CTI rindió informe a la Fiscalía Seccional de Castilla, en el sentido de que no se valoró psicológicamente a la joven Jazmín porque no reside en el domicilio señalado y la abuela se negó “...a aportar el destino y ubicación de su nieta” –fl. 75-.

2.4.10 El 20 de junio de 2006, la Fiscalía comisionó al CTI para que practicara valoración psicológica, segundo examen de reconocimiento médico legal a Jazmín y requirió los resultados del frotis vaginal –fl. 61-.

2.4.11 El 17 de agosto de 2007, sin recabar las pruebas ordenadas, la Fiscalía declaró cerrada la investigación. En los alegatos de conclusión el procesado, a través de apoderado, i) reiteró que no abusó sexualmente de la denunciante porque, siendo que ella se sentía atraída, después de tomarse unos tragos *“...como es común y corriente, cuando dos personas se disponen a pasar un momento agradable y se sienten atraídas, van a terminar manejando una relación amorosa y disfrutando de un momento de placer al momento de tener relaciones sexuales, y al día siguiente, es normal, que una mujer comprometida se va a preguntar ¿y qué hice yo?. Se puede apreciar que esta señora para justificar su falta ante su compañero permanente, quiso hacer un montaje de tal magnitud...”*; ii) adujo que, como su compañero *“...manifiesta que ella estuvo en tratamiento psicológico... no se le debe dar credibilidad a la denuncia presentada por esta”*; iii) señaló que la señora Jazmín fue *“...accedida carnalmente por gusto de ella, ya que se encontraba atraída... y al momento de aceptarle una salida, sabía a qué iba... una mujer comprometida al salir con un hombre a tomar unos tragos, a bailar, irse para el apartamento... ya ella estaba preparada para la situación que se le iba a presentar”* y iv) concluyó que, como el informe de medicina legal señala que *“...no hubo maltrato físico... significa que no hubo violación, que nunca se puso en estado de inferioridad, que ella fue consciente de las relaciones que estaba teniendo... porque una mujer en esa situación forcejea con cualquier hombre y los maltratos físicos se hubieran reflejado a la vista”* –fls. 101 a 103-.

2.4.12 El 8 de octubre de 2007, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Castilla precluyó la investigación en favor del procesado Luis José; para el efecto consideró i) el comportamiento de la denunciante sospechoso, habida cuenta que dio lugar a que su compañero le montara escena de celos, no se fue para la casa de su papá como aquel le indicó, prefirió quedarse con Luis José y, sin razón que lo justifique, tampoco se fue para su apartamento cuando vio que este compró el licor y ii) que las relaciones sexuales que la denunciante refiere no son suficientes para constituir el tipo penal de acceso carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, porque ella tenía la capacidad para comprender la relación, no carecía del poder de disposición o consentimiento

debido a un estado de inferioridad psíquica en la que hubiera sido puesta por el sujeto activo, como lo exige la jurisprudencia.

En general, el ente investigador hizo suyas las razones del procesado, en cuanto la menor desatendió las instrucciones de su compañero y le aceptó el trago a Luis José, exponiéndose voluntariamente a la relación sexual.

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 judice*, 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 concluyente de dolo y poner de presente que el dolo de la víctima exonera al Estado de la indemnización.

Finalmente, la Sala deberá exhortar a la Fiscalía, al Consejo Superior de la Judicatura y a la Comisión de Género de la Rama Judicial para que se adopten medidas dirigidas a hacer prevalecer los derechos fundamentales de los menores y a combatir los estereotipos de género en situaciones como las planteadas en la demanda que menoscaban la dignidad de la mujer, tal y como lo exigen las disposiciones que integran el bloque constitucional.

Con esos fines, procede que la Sala analice i) la situación a la que la menor fue sometida por razón de su género, edad e indefensión y, en particular, las motivaciones aducidas por el ente acusador, en cuanto reveladoras de la tensión entre los principios y valores constitucionales de primer orden dirigidos a que las mujeres gocen de condiciones de libertad e igualdad y el imaginario colectivo cimentado en condiciones de tipo patriarcal y ii) si la actuación del actor se sujeta a las exigencias de protección del interés superior de la menor y comulga con la culpa grave o el dolo.

2.5 El actor no puede beneficiarse de su propia culpa

Conforme con el principio universal “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, no son dignos de ser oídos quienes pretenden beneficiarse de su propia culpa o torpeza.

El actor demanda la reparación por la privación de la libertad que le impuso la Fiscalía, fundada en la denuncia formulada por la menor Jazmín como responsable de haberla accedido sexualmente, bajo los graves efectos que para su integridad le produjo la ingesta de alcohol, adquirido y suministrado por aquél, en circunstancias acreditadas en la investigación.

Asimismo, en el *sub judice* quedó establecido que en el momento de los hechos y la denuncia, Jazmín era una menor, adolescente de 16 años¹⁸, edad confirmada con el examen forense de reconocimiento legal sobre su desarrollo biológico, de donde, *per se*, se encontraba en situación de indefensión y, no solo eso, como lo indican los elementos probatorios allegados al proceso, fue accedida sexualmente por el denunciado en condiciones que agravaron su vulnerabilidad e indefensión.

En este orden, el actor reclama por la reparación de daños causados en el marco de la investigación penal en la que se comprometió por hechos cometidos contra

¹⁸ De conformidad con las disposiciones del Artículo 18 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos, “**Se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años**”. Asimismo, conforme con el artículo 3º del Código de la Infancia y la Adolescencia –se destaca–: “*Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.*” // **Parágrafo 1º. En caso de duda sobre la mayoría o minoría de edad, se presumirá esta.** *En caso de duda sobre la edad del niño, niña o adolescente se presumirá la edad inferior. Las autoridades judiciales y administrativas, ordenarán la práctica de las pruebas para la determinación de la edad, y una vez establecida, confirmarán o revocarán las medidas y ordenarán los correctivos necesarios para la ley.*”

una menor de edad, denunciados directamente por la ofendida que dio cuenta de que los actos sexuales ocurrieron mientras se encontraba en situación de vulnerabilidad a la violencia sexual, agravada por el estado de embriaguez a consecuencia del suministro de licor por parte del actor, un hombre de 34 años de edad, esto es 18 años mayor que ella, que conocía esa situación y puso la integridad personal de la adolescente en grave riesgo, al punto que la penetración sexual tuvo lugar estando la menor en alto grado de alicoramiento, sin control, en un entorno en el que la víctima acudía al denunciado en razón de las atenciones con las que este se ganó su confianza.

Esto es así porque los testigos refieren i) la pérdida total de control al punto que la menor no se tenía de sus propios pies; ii) la necesidad de ayuda para despojarse de las prendas, como lo requerían sus necesidades fisiológicas, iii) la permanencia, en esas condiciones, en la cama de su agresor y iv) que los hechos ocurrieron en el apartamento del denunciado que la menor frecuentaba, motivada por los cuidados y protección que aquel le brindaba.

En este punto no cabe sino lamentar el dictamen de medicina legal circunscrito a la ausencia de lesiones físicas para concluir que “*no hubo violación*”, al margen del estado de alicoramiento, mismo que tendría que haberse detectado clínicamente.

Siendo así, es claro el dolo del actor contra una menor de edad, respecto de la que existen los inexcusables deberes de i) proteger sus derechos y hacerlos prevalecer sobre los de los demás, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros, el principio *pro infans* que le imponía la obligación de actuar en pro de la protección de su interés superior y la prohibición de suministrarle bebidas embriagantes que el ordenamiento impone como medida para proteger su integridad –art. 44 constitucional-; ii) considerar su situación de vulnerabilidad e indefensión y iii) no someterla a discriminaciones odiosas en razón del género – artículos 13 y 43 constitucionales-, en especial, abstenerse de actuar prevalecido en estereotipos, así en el medio social y cultural reciban aprobación. Lo anterior acorde con el artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos.

Deber este último que se afirma aún más en las disposiciones del Código de la Infancia y la adolescencia que exigen que en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género,

entendida como “...el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social” –art. 12-.

Siendo así, al margen de las decisiones de la Fiscalía, que la Sala no controvierte, es claro que no se dispondrá la reparación deprecada porque el señor Luis José actuó de manera contraria al ordenamiento, esto es al margen de sus deberes legales y constitucionales, sin consideración a la libertad sexual y derechos prevalentes de la menor Jazmín, haciendo alarde de virilidad hasta someter a la mujer en contra de su voluntad; pues no puede afirmarse algo distinto, en cuanto los hechos así lo demuestran. Actuación dolosa y gravemente culposa relacionada con el suministro de licor y el aprovechamiento de la situación para así mostrar su dominación. Como pasa a analizarse.

2.5.1 El bloque constitucional exige el cumplimiento, con carácter prevalente, del deber de asistir y proteger a las mujeres menores de edad

Desde 1945, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) proscriben la discriminación contra la mujer y propugnan por hacer efectivos los derechos y libertades de todas las personas, sin distinción por razones del sexo.

Y, específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-CEDAW, desde 1981, garantiza como derecho exigible frente a los Estados miembros la abolición de todo tipo de discriminación contra la mujer, incluidas las relativas al género acordes con las cuales los derechos de la mujer, al margen de su edad, no tendrían por qué ser valorados a la luz de estereotipos sociales y culturales que anulan su identidad, cercenan su individualidad y subrogan en favor del hombre su libertad.

A partir de la Ley 51 de 1981, por la cual se ratificó esa Convención, que constituye uno de los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos, el Estado colombiano se obligó, en sus distintas esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra, a eliminar toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de sus derechos, independientemente de su estado civil –art. 1º- y a proteger

jurídicamente, a través de sus tribunales nacionales competentes, los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y a defenderla efectivamente contra todo acto de discriminación –art. 2º-, entre los cuales se cuenta, a título enunciativo, impedir el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre –art. 3º- y la permanencia de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, los prejuicios, las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres -art. 5º-.

Conforme con la orientación de este tratado internacional sobre derechos humanos, es dable concluir que cualquier forma de discriminación contra la mujer atenta contra su dignidad y la igualdad de sus derechos, le dificulta participar en las mismas condiciones que el hombre, en las distintas esferas política, social, económica, cultural y familiar a las que tiene derecho a acceder y le niega el pleno desarrollo y ejercicio de sus derechos y libertades.

En adición, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida también como Convención de Belém do Pará, ratificada por la Ley 248 de 1995, define los tipos de violencia, sus ámbitos, la responsabilidad del Estado en materia de atención, prevención, sanción y propende por el pleno reconocimiento de la dignidad de la mujer, su libertad, integridad física, psíquica, moral, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales, culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación y a una vida libre de violencia y discriminación.

En la Convención se puntualiza que *“la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”*¹⁹.

Asimismo, se precisa que –se destaca- *“debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte,*

¹⁹ Preámbulo de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer*.

daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado²⁰.

Adicionalmente, se advierte que la “*violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica*”²¹:

a) **Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.**

b) Que tenga lugar en la comunidad y **sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar**²².

En análogo sentido, se resalta que “[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros,”²³

a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y

b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación²⁴.

También introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de “*adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente*”²⁵:

a) **Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.**

b) **Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer**²⁶.

²⁰ Artículo 1 ibídem.

²¹ Inciso 1º del artículo 2 ibídem.

²² Literales a) y b) ibídem.

²³ Artículo 6 ibídem.

²⁴ Literales a) y b) ibídem.

²⁵ Inciso 1º del artículo 7 ibídem.

²⁶ Literales a), b), ibídem.

Igualmente, previó el deber de “adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para”.²⁷

b) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer*²⁸.

Por último, aclaró que, para la adopción de todas esas medidas, los Estados miembros –se destaca–:

(...) **tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad**²⁹.

Asimismo, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada con la Ley 12 de 1991, el Estado colombiano se comprometió a asegurar a las menores de edad i) “...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”, con todas las medidas adecuadas a ese fin –art. 3º- y, ii) sus derechos fundamentales, en especial, su integridad y libertad. Todo ello con sujeción al interés superior de la menor.

Desde la supremacía en el orden patrio, la Constitución Política no solamente impone la prevalencia de los tratados internacionales ratificados, que reconocen los derechos humanos –art. 93-, sino que hace lo propio al garantizar, con carácter vinculante, el respeto por la dignidad humana de la mujer y el hombre en igualdad de condiciones –art. 1º-; la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación de todos en las decisiones que los afectan –art. 2º- y su igualdad con el hombre frente a la ley, insistiendo en que tienen iguales derechos y

²⁷ Inciso 1º del artículo 8 ibídem.

²⁸ Literal b) ibídem.

²⁹ Artículo 9 ibídem.

oportunidades, que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación y que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados – arts. 13 y 43-.

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

Y descendiendo al orden legal, recientemente la Ley 1258 de 2007, con el propósito de sensibilizar, prevenir y sancionar toda forma de discriminación contra la mujer, protege entre otros sus derechos a llevar una vida digna, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometida a forma alguna de discriminación –art. 7º- y exige la adopción de medidas como el reconocimiento social y económico de su trabajo, implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial, erradicar todo acto de discriminación y violencia en su contra en el ámbito laboral –art. 12- y, en general, abstenerse de realizar todo acto o conducta que implique su discriminación –art. 15-.

2.5.2 Reparar al actor compromete el principio *pro infans* y la obligación constitucional de propender por una vida libre de violencia contra la mujer

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.

Es más, las estadísticas oficiales ponen de presente la magnitud de la violencia sexual en contra de los menores de edad³⁰:

³⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Las investigaciones desarrolladas por el Instituto Nacional de Medicina Legal, por ejemplo, han puesto de presente que a partir del criterio de la edad, los niños constituyen el grupo etario más afectado por los delitos sexuales, como lo demuestra el hecho de que entre los años 2003 y 2010, los menores representan entre el 70 y el 75% de las víctimas de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales³¹.

Asimismo, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha señalado que las niñas están más expuestas al maltrato infantil que los niños³², y que en el caso específico de la violencia sexual, el género femenino representa el 85% de los sujetos pasivos, mientras que el masculino tan solo el 15%³³. En el año 2011, por ejemplo, entre los 0 y los 4 años se recibieron 1.221 denuncias por delitos sexuales contra niñas, frente a 437 contra niños; entre los 5 y 9 años, la proporción es de 2.676 frente a 1.000, entre los 10 y los 14 años, de 4.574 frente a 756, y entre los 15 y los 17 años, de 1.841 frente a 254³⁴ ³⁵. Y en el año 2010, de los 17.318 exámenes médicos legales efectuados a menores, 3.024 corresponden a niños, y los restantes 14.294 a niñas; en el año 2011 la proporción se mantuvo, pues de los 19.617 exámenes practicados, 3.405 fueron para varones, mientras que 16.212 para mujeres menores de edad³⁶.

En cuanto a las circunstancias en las que ocurren generalmente las violaciones a los menores de edad, se señala³⁷:

(...) el escenario típico de la violencia y el maltrato infantil es el propio núcleo familiar del niño, y en el seno del hogar, cuyas dinámicas internas no están expuestas al control y al escrutinio público, en virtud del principio general que

³¹ [Cita del texto transcrito] "Examen médico legal por presunto delito sexual", Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013

³² [Cita del texto transcrito] "Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras", en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013.

³³ [Cita del texto transcrito] "Protegiendo a la niñez de la violencia sexual", Boletín de Coyuntura Nro. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

³⁴ [Cita del texto transcrito] "Protegiendo a la niñez de la violencia sexual", en Boletín de Coyuntura No. 2 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2012. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortalICBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

³⁵ [Cita del texto transcrito] "Examen médico legal por presunto delito sexual", Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

³⁶ [Cita del texto transcrito] "Examen médico legal por presunto delito sexual", Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 2012, Bogotá. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/5-F-11-Sexologicos.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

³⁷ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, citada.

reconoce la autonomía y la intimidad de la familia³⁸. La conclusión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según la cual “desafortunadamente, el lugar donde ocurren estos hechos violentos contra niños, niñas y adolescentes, es el hogar y los demás entornos creados para su protección y desarrollo”³⁹, es respaldada por las estadísticas oficiales. Según el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, durante el año 2011 la mayor parte de delitos contra la vida e integridad personal, y contra la libertad y formación sexuales de menores de edad, corresponde a la violencia intrafamiliar; los principales agresores fueron los propios padres (62,3%) y en un grado significativamente más bajo las madres, seguidos por el padrastro (8.5%) y otros parientes consanguíneos y civiles (7%); el lugar donde ocurrió el maltrato es la vivienda (62.5%), mientras que su realización en lugares sometidos al control público o social es altamente improbable; y finalmente, la mayor parte de estas agresiones ocurrió en la noche, especialmente entre las 6 y las 9 p.m.⁴⁰.

En lo que toca a los efectos del abuso sexual para la integridad del menor, se viene llamando la atención sobre la proyección en el tiempo y devastación de su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, así –se destaca⁴¹:

Además, si de por sí toda conducta delictiva implica una agresión objetiva y grave a los bienes jurídicos sobre los cuales se asienta la organización social, pues justamente por ello es considerada como delito, cuando la víctima es un niño, cuando lesiona bienes jurídicos como la vida, la integridad personal, la libertad personal o la libertad y la formación sexual, los efectos nocivos de potencializan y se proyectan en todas las esferas de la vida, y a lo largo de toda la existencia del menor.

En este sentido, la facultad de psicología de la Pontificia Universidad Javeriana señaló en su escrito de intervención que algunos de estos delitos, como el maltrato intrafamiliar o el abuso sexual en menores de edad, producen, dependiendo de variables como la edad y el género del niño, el vínculo con el victimario, el tipo y magnitud de la agresión y su proyección en el tiempo o el entorno social, económico y cultural, una afectación y un impacto negativo profundo a nivel emocional, social, cognitivo e ideológico, que se manifiesta a través de sentimientos de baja autoestima, visión negativa de la vida, ansiedad,

³⁸ [Cita del texto transcrito] En este sentido, el artículo 44 de la Carta Política establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. (...) La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

³⁹ [Cita del texto transcrito] “Caracterización del maltrato infantil en Colombia: Una aproximación en cifras”, en Boletín de Coyuntura No. 7 del Observatorio del Bienestar de la Niñez, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 4.

⁴⁰ [Cita del texto transcrito] Pedro A. Carreño Samaniego, *Comportamiento de la violencia intrafamiliar. Colombia, 2011*, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 2012. Documento disponible en: <http://www.medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/4-F-11-VIF.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013.

⁴¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

depresión, proclividad al suicidio, inestabilidad emocional, alternaciones de la personalidad, conductas de auto-lesividad y anti-sociales, trastornos de la alimentación, dificultades de aprendizaje, somatización, entre muchas otras.

De igual modo, el Comité de los Derechos del Niño ha llamado la atención sobre “los efectos devastadores de la violencia contra los niños”, porque **pone en peligro su supervivencia y su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social**. Un primer nivel de efectos a corto, mediano y largo plazo se presentan en los propios menores de edad, y comprende lesiones mortales y no mortales, problemas de salud física, dificultades de aprendizaje, consecuencias nocivas a nivel psicológico y emocional, problemas de salud mental, y comportamientos perjudiciales para la salud. A su vez, lo anterior tiene repercusiones significativas en el entorno familiar y social, como el deterioro de las relaciones personales, la exclusión escolar, los conflictos con la ley y la reproducción de la violencia. Todo lo anterior provoca unos costos humanos, sociales y económicos inaceptables⁴².

Sobre las dificultades y barreras a los que se enfrentan los menores para denunciar el abuso sexual, se viene poniendo de presente –se destaca–:

En este contexto en el que la violencia y el maltrato infantil permanece oculto y en principio inaccesible para el conjunto de la sociedad y para el Estado mismo, el sistema de administración de justicia se activa con el acto de denuncia de quienes tienen conocimiento de la comisión del delito, que por esta circunstancia, se convierte en un componente fundamental de la lucha contra la impunidad, y en particular, de la garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de los niños.

*Adicionalmente, en la medida en que la administración de justicia no solo asegura los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, **pues los fiscales y jueces también deben adoptar las medidas de protección y atención a las víctimas que sean necesarias para garantizar su seguridad personal y familiar, y para resguardarlas frente a la publicidad que tenga la potencialidad de afectar su vida privada o dignidad**⁴³, la denuncia se convierte en el mecanismo que impulsa la seguridad personal de los menores⁴⁴.*

(...)

Ahora bien. Pese a que la denuncia constituye el mecanismo de activación del sistema de protección de derechos del niño afectados por la violencia y el maltrato

⁴² Observación General nro. 13 (2011) del Comité de los Derechos del Niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia). Doc. CRC/C/GC/13. Documento disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.13_sp.pdf. Último acceso: 6 de septiembre de 2013.

⁴³ Fiscalía General de la Nación, *Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Procedimiento Penal Acusatorio*, Bogotá, 2009. Documento disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/ManualdeProcedimientosdeFiscaliaenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

⁴⁴ [Cita del texto transcrito] *Así por ejemplo, se podría incluir al menor en el Programa de Asistencia y Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General de la Nación, o solicitar una media especial de protección a un organismo de policía.*

infantil, la confluencia de distintos factores impiden al menor proponer directamente este acto.

Por razones de orden físico, los menores de edad se encuentran imposibilitados para hacerlo. Esto es aún más cierto si se tiene en cuenta que dentro de la violencia y el maltrato infantil, la primera infancia es una de las más golpeadas por este fenómeno. Según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del total de niños afectados por la violencia intrafamiliar, los comprendidos entre los 0 y los 4 años representan el 20% del total de la población, cifra nada despreciable, habida cuenta de que en tal rango de edad no existe la más mínima posibilidad de defensa frente al agresor, y mucho menos de denuncia⁴⁵.

Además, por distintos factores de orden psicológico y emocional, usualmente los niños “no saben o no identifican estos actos como agresiones”⁴⁶. Como por regla general los victimarios son personas que integran su núcleo familiar o que hacen parte de su entorno social, de modo que quien ejerce violencia sobre el menor es al mismo tiempo la persona que le satisface sus necesidades emocionales, afectivas, materiales y económicas, calificar tales actos como reprochables, es un proceso complejo y difícil. Así por ejemplo, en las hipótesis de violencia sexual perpetrada por los padres u otros parientes próximos del niño, el vínculo entre el agresor y el agredido genera un mensaje contradictorio de afecto y protección, y de intimidación y violencia, que usualmente impide al menor reconocer dichas maniobras como auténticos actos censurables y reprochables.

A este ingrediente se añade que la estructura jerárquica y las dinámicas de la familia. **En un contexto de dependencia y subordinación, en el que los menores requieren de sus padres o de sus otros cuidadores para su subsistencia, y en el que el núcleo familiar se conforma a partir de relaciones verticales de poder, mediadas también por sentimientos de amor, cariño y apoyo, difícilmente se puede esperar que los menores superen estas barreras y acudan a las autoridades públicas para informar sobre las irregularidades ocurridas en su entorno cercano, y para incriminar a sus propios cuidadores o parientes.**

Incluso existen limitaciones de orden jurídico, pues el mismo ordenamiento prevé la incapacidad del menor de edad, y la necesidad de que éste

⁴⁵ [Cita del texto transcrito] Pedro A. Carreño Samaniego, Comportamiento de la violencia intrafamiliar. Colombia, 2011, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 2012. Documento disponible en: <http://www.Medicinalegal.gov.co/images/stories/root/FORENSIS/2011/4-F-11-VIF.pdf>. Último acceso: 10 de octubre de 2013.

⁴⁶ [Cita del texto transcrito] “Protegiendo a la niñez de la violencia sexual”, Observatorio del Bienestar de la Niñez, Boletín de Coyuntura No. 2, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2013, p. 4. Documento disponible en: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/PortallCBF/Bienestar/Programas%20y%20Estrat%C3%A9gias/ObservatorioBienestar/Boletines/OBSERVATORIO%20DE%20LANI%C3%91EZn2.pdf>. Último acceso: 8 de octubre de 2013.

interactúe en el mundo jurídico a través de otros actores, normalmente sus padres, quienes ejercen conjuntamente la patria potestad⁴⁷. Análogamente, en atención a sus particularidades, por regla general los niños no pueden trabajar, y su manutención y sostenimiento está a cargo de sus padres, a quienes corresponde la denominada “responsabilidad parental”. Aunque de manera progresiva, a los menores se les ha reconocido un ámbito irreductible de autonomía, que se incrementa en la medida en que adquieren consciencia de sí mismos y de sus preferencias e intereses vitales, tal reconocimiento es sustancial y cualitativamente distinto de la capacidad y de la facultad para defender directamente sus derechos e intereses legítimos.

Así las cosas, en condiciones regulares no es de esperar que el menor que ponga en conocimiento de las autoridades la comisión de los delitos cometidos en su contra. Antes por el contrario, es inusual es que un niño logre tal acto de denuncia⁴⁸.

Con fundamento, entre otras, en las anteriores razones, se viene reiterando el deber en el sentido de que en la investigación de los delitos sexuales contra los menores de edad se hagan prevalecer sus derechos fundamentales, fines a los que sirve el principio *pro infans* que impone a las autoridades judiciales “...la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, en especial la de dar credibilidad a sus declaraciones y resolver las dudas en su favor. Desconocimiento que los revictimiza, conduce a la vía de hecho, perpetúa la violencia, discriminación y puede comprometer la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario.

Así lo tiene decidido la Corte Constitucional⁴⁹ –se destaca-:

⁴⁷ El artículo 62 del Código Civil establece que “*las personas incapaces de celebrar negocios serán representados (...) por los padres, quien ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos (...)*”.

⁴⁸ Tan exótico resulta que, recientemente, un caso de denuncia por un menor de edad fue noticia de primera plana en un medio masivo de comunicación. No obstante, este hecho inusual ocurrió después de dos años de maltrato sistemático. Con el título “Niño de 11 años denunció que era violado por su papá”, en la versión digital de El Tiempo, el día 15 de octubre de 2013 se informó que un menor de edad acudió al CAI del Siete de Agosto en la ciudad de Bogotá para pedir ayuda, después de haber sido violado y maltratado por su padre durante cerca de dos años. Una vez activado el sistema de protección de derechos, el agresor fue llevado ante un juez de control de garantías que le dictó medida de aseguramiento por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, actos sexuales abusivos e incesto, y por orden del ICBF, quedó bajo la custodia de una de sus tías. Documento disponible en http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/menor-de-edad-en-bogota-dice-que-era-violado-por-su-papa_13125784-4. Último acceso: 18 de octubre de 2013.

⁴⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2010, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

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. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. 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.

(...)

La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.”

Una de las principales razones que finalmente soportaron la sentencia de primera instancia objeto de impugnación en este caso, tiene que ver con la disyuntiva para fallar y resolver el caso frente a la duda que le ofrecía el material probatorio al fallador de primer grado. Tales apreciaciones que constituyen no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del artículo 44 superior, ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña

víctima de un atentado sexual. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. Los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados.

Asimismo, se tiene por sentado que a los menores no se los puede someter a revivir las escenas de violencia sufridas y que la ampliación de la denuncia debe estar principalmente orientada a la protección de la víctima.

En efecto, conforme con las exigencias constitucionales de hacer prevalecer los derechos de los menores de edad, la investigación de los delitos de abuso sexual de los que son víctimas debe estar principalmente basada en el apoyo de profesionales especializados que aseguren la protección del derecho del menor, para evitar, en particular, martirizarlos con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, a revivir las escenas tormentosas, *so pretexto* de corroborar lo sucedido.

Así señala en la jurisprudencia⁵⁰ –se destaca–:

*Así pues, al tenor de las reglas de la sana crítica, son los profesionales de la salud, como cualquier perito, los que determinan qué técnicas utilizan pues son ellos quienes tienen los conocimientos que les permiten llegar a conclusiones que auxilian a la actividad judicial. Un sistema jurídico social y humanizado como el nuestro, que repara en la persecución del delito, no puede olvidar la situación del niño doliente. Martirizar con más preguntas a quien es ya hostigado con preguntas que apuntan a su intimidad sexual, es violar flagrantemente los derechos de una niña de tres años que logró en ambas entrevistas, a su manera, y con sus propias palabras, aportar elementos útiles en la reconstrucción de lo sucedido. Pretender un interrogatorio más exhaustivo es recorrer el laberinto de Dédalo, so pretexto de asegurar y corroborar lo sucedido; **ello viola la Constitución y acentúa a la postre el proceso de revictimización de la menor.***

Por esas mismas razones, se limita la ampliación de la denuncia a los fines principales de proteger y promover los derechos de la víctima⁵¹ –se destaca–:

*La inadmisión de denuncias sin fundamento, y **la limitación de la ampliación de denuncia a una oportunidad, persiguen uno o varios de los siguientes objetivos:** (i) garantizar que el acceso a la justicia penal, se realice con*

⁵⁰ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-078/10, ya citada.

⁵¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-1177/05, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

preservación de su ámbito propio, es decir como recurso extremo para la protección de derechos, cuya violación afecta las condiciones básicas de existencia de una colectividad; (ii) promover el orden social y los derechos fundamentales de los asociados al excluir la temeridad en la formulación de denuncias penales, que representan un alto costo para los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre; (iii) promover el ejercicio responsable del deber constitucional de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia; (iv) preservar el aparato jurisdiccional de usos indebidos que pueden generar dispersión de esfuerzos y recursos, y afectar su efectividad; (v) **promover los derechos de las víctimas de los delitos, al establecer presupuestos que propicien desde un comienzo una ruta exitosa para la investigación.**

Sucedec frecuentemente que las mujeres y niñas que acuden a la justicia se enfrentan a la libertad del agresor, pues sus afirmaciones no merecen credibilidad, así la denuncia es varias veces ratificada, la mujer revictimizada y enfrentada a un investigador que, además, la incrimina. Ratificación que, de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y el *MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALÍA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO*, no le corresponde a la denunciante, pues ha sido prevista para hacer constar la correspondencia de –se destaca– “...**los actos urgentes que realizó la Policía Judicial**, previamente a la elaboración del programa metodológico”⁵².

De donde, recibida la denuncia la Fiscalía no tendría que exigir el requisito de ratificación, dispuesto en el ordenamiento para las diligencias adelantadas ante la Policía Judicial, máxime cuando la ampliación de la denuncia no se sujeta a los fines de esa actuación, esto es el esclarecimiento de los hechos y la promoción de los derechos de la víctima.

Asimismo, es común observar que sin evacuar la totalidad de las pruebas decretadas se precluya las investigaciones por abuso sexual, buscando en las conductas normales de las víctimas elementos de reproche, tales como censurar la ropa, los modales y la confianza en el agresor.

2.5.3 La versión del sindicado y de quienes atestiguaron a su favor se sostiene en estereotipos que discriminan abiertamente a la menor afectada, por razón del género

⁵² Cfr., Fiscalía General de la Nación, 2005, ISBN 958-97542-5-2, pág. 23.

Como se indicó previamente, el bloque constitucional proscribía cualquier tipo de discriminación en contra de la mujer. Se trata de situaciones difícilmente detectables, en cuanto grabadas en el imaginario colectivo como estereotipos culturales o sociales en razón del género. Mismos que dieron lugar a los hechos que la menor Jazmín debió afrontar y por los que el actor pretende ser reparado.

Esto es así, porque las razones invocadas por el actor para acceder a la reparación demandada se sostienen en estereotipos culturales y sociales que datan al menos desde la fundación, en el siglo VIII a. C., de la ciudad que dio origen a la civilización en la que germinaron las instituciones patriarcales que legó la tradición jurídica latina a occidente, en el sentido de que la deificación de la fuerza masculina, exacerbada por la provocación que le despierta la presencia femenina, subroga la libertad sexual de la mujer en favor del macho y legitima la posesión sexual, al margen de la voluntad de la poseída⁵³. Mito, igualmente, extendido en el culto canónico adoptado en el siglo IV d. C., por el Imperio Romano, en el que se pregona el carácter accesorio de la mujer, se la maldice y condena al señorío varonil por tentadora⁵⁴.

⁵³ Cfr.: *“Un día, Rea, que probablemente tenía muchas ganas de marido y se resignaba mal a la idea de no poder casarse, tomaba el fresco a las orillas del río porque era un verano tremendamente caluroso, y se quedó dormida. Por casualidad pasaba por aquellos parajes **el dios Marte**, que bajaba a menudo a la Tierra, un poco para organizar una guerrita que otra, que era su oficio habitual, y otro **en busca de chicas, que era su pasión favorita. Vio a Rea Silvia. Se enamoró de ella, Y sin despertarla siquiera, la puso encinta.**”* // Amulio se encolerizó muchísimo cuando lo supo. **Más no la mató.** Aguardó a que parieses, no uno, sino dos chiquillos gemelos. Después ordenó meterlos en una pequeñísima almadía que confió al río para que se los llevase, al filo de la corriente, hasta el mar, y allí se ahogasen. Mas no había contado con el viento, que aquel día soplabla con bastante fuerza, y que condujo la frágil embarcación no lejos de allí, encallando en la arena de la orilla, en pleno campo. Ahí, los dos desamparados, que lloraban ruidosamente, llamaron la atención de una loba que acudió para amamantarlos. Y por eso ese animal se ha convertido en el símbolo de Roma, que fue fundada después por los dos gemelos. // **Los maliciosos dicen que aquella loba no era en modo alguno una bestia, sino una mujer de verdad, Acca Laurentia, llamada loba a causa de su carácter salvajino y por las muchas infidelidades que hacía a su marido, un pobre pastor, yéndose a hacer el amor en el bosque con todos los jovencuelos de los contornos. Mas acaso todo eso no son más que chismorreos**” –se destaca-; MONTANELLI, Indro; Historia de Roma, Plaza y Janés Editores S.A., 1996, págs. 12 y 13. Asimismo: *“Cierta día en que Rea Silvia descansaba junto a una fuente en el bosque sagrado, acertó pasar por allí **el dios Marte**, al que le gustaba mucho pasear por la Tierra, y **viendo la belleza de la hermosa vestal se le inflamó el corazón y sin reparar en promesas dejó en cinta a la pobre Rea.** Cuando llegó el tiempo señalado, la vestal dio a luz a dos hermosos gemelos: Rómulo y Remo. // Al enterarse de ello, Amulio mandó que Rea Silvia fuera arrojada al Tíber y que los gemelos fueran metidos en un cesto y los dejaran al capricho de la corriente fluvial. El dios Tiberino se apiadó de la desgraciada vestal y la tomó como esposa, concediéndole la eternidad”*; CARDONA, Francesc L., Mitología Romana, Colección Olimpo, 1996, págs. 34 y 35.

⁵⁴ Cfr., -se destaca- *«Entonces Jehová Dios hizo caer sueño profundo sobre Adán, y mientras éste dormía, tomó de sus costilla, y cerró la carne en su lugar. Y de la costilla que Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo Entonces Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; esta **será llamada Varona “porque del varón” fue tomada...** Y estaban ambos desnudos, Adán y su mujer, y no se avergonzaban. **Pero la serpiente era astuta, más que todos los animales del campo que Jehová Dios había hecho; la cual dijo a la mujer: ¿Conque Dios os ha dicho: no comáis de todo árbol del huerto? Y la mujer respondió a la***

Estereotipos que, como lo han venido poniendo de presente las Naciones Unidas, se manifiestan de manera exacerbada en las sociedades latinoamericanas, en el hombre autoritario y la mujer sumisa, dependiente⁵⁵.

Ello es así, porque la Sala observa que, aunado a que se niega credibilidad a su dicho, se reprocha a la menor haber provocado al denunciado al punto de ponerlo en incapacidad de resistir su apetito sexual y no haber seguido las instrucciones de su compañero. Al tiempo, se pretende negar la violencia dada la ausencia de signos exteriores, como si el estado de alicoramiento no contara y menospreciando hasta la inadvertencia la intimidación psicológica y moral, derivada del hombre mayor, paternal y protector. Así se construyó un sentimiento de culpa fundado en el carácter provocador, insinuante y la infidelidad de la mujer que exalta la fuerza masculina y legitima la violencia.

En esas circunstancias, antes que la protección debida a la libertad sexual y demás derechos prevalentes de la menor se la condena a padecer discriminación por razón del género, toda vez que se comulga con la idea de que se merece la violencia sexual que su naturaleza provocadora despierta en el macho.

*serpiente: Del fruto de los árboles del huerto podemos comer; pero del fruto del árbol que está en medio del huerto dijo Dios: No comeréis de él, ni le tocaréis, para que no muráis. **Entonces la serpiente dijo a la mujer: No moriréis; sino que sabe Dios que el día que comáis de él, serán abiertos vuestros ojos, y seréis como Dios, sabiendo el bien y el mal.** Y vio la mujer que el árbol era bueno para comer, y que era agradable a los ojos, y árbol codiciable para alcanzar la sabiduría; y tomó de su fruto, y comió; y dio también a su marido, el cual comió así como ella.... Mas Jehová Dios llamó al hombre, y le dijo: ¿Dónde estás tú? Y él respondió: Oí tu voz en el huerto, y tuve miedo, porque estaba desnudo, y me escondí. Y Dios le dijo: ¿Quién te enseñó que estabas desnudo? ¿Has comido del árbol de que yo te mandé no comieses? **Y el hombre respondió: La mujer que me diste por compañera me dio, y yo comí. Entonces Jehová Dios dijo a la mujer: ¿Qué es lo que has hecho? Y dijo la mujer: La serpiente me engañó, y comí. Y Jehová Dios dijo a la serpiente: Por cuanto esto hiciste, maldita serás entre todas las bestias y entre todos los animales del campo: sobre tu pecho andarás, y polvo comerás todo los días de tu vida. Y pondré enemistad entre ti y la mujer, y entre tu simiente y la simiente suya; ésta te herirá en la cabeza, y tú le herirás en el calcañar. **A la mujer dijo: Multiplicaré en gran manera los dolores en tus preñeces; con dolor darás a luz los hijos; y tu deseo será para tu marido, “y él se enseñoreará de ti”...**»;*** La Santa Biblia, Sociedades Bíblicas Unidas, 1960, págs. 3 y 4.

⁵⁵ Cfr., “The stereotype of the Latino family comprising an authoritarian man and a dependent, submissive woman (Bozett and Hanson, 1991) has been challenged in the face of urbanization and acculturation. Traditionally, Latino fathers were depicted as fighting roosters through terms like macho, borracho (drunk) and bien gallo (fighter) (Coltrane and others 2004)”. (El estereotipo de la familia latina que comprende un hombre autoritario y una mujer sumisa dependiente (Bozett y Hanson, 1991) ha sido impugnada en el contexto de la urbanización y la aculturación. Tradicionalmente, los padres latinos se representan como gallos de pelea a través de términos como machista, borracho (drunk) y buscapietos o “buen gallo” (luchador) (Coltrane y otros, 2004; traducción libre); United Nations, MEN IN FAMILIES, and Family Policy in a Changing World, págs. 53 y 54.

En efecto, el actor sostiene que no puede ser objeto de reproche por la penetración sexual a la que sometió a la menor de edad, cuando esta se encontraba en estado de embriaguez que le impedía oponerse, en razón a que ella i) lo visitaba frecuentemente en su apartamento, requería de su cocina y apoyo frente a la carencia económica y situación crítica por la que atravesaba la relación con su compañero; ii) lo incitó a comprar y consumir el licor y iii) se le acercó demasiado, lo acarició, le reprochó su falta de respuesta, lo excitó al punto de no poder resistirse a poseerla sexualmente, a pesar del respeto, no merecido por la mujer, sino por la amistad con su mejor amigo, el compañero de la menor⁵⁶.

Asimismo, las decisiones que el actor invoca en su beneficio comulgan con los referidos estereotipos masculinos conforme con los cuales i) a la mujer no se le debe reconocer libertad frente al varón; ii) la penetración viril solamente es violenta cuando deja evidencias físicas que deben ser constatadas en los genitales de la menor de edad, pues de no ser ello así tendría que entenderse, *per se*, consentida y iii) la afirmación de la mujer de no querer tener relaciones sexuales constituye insinuación, en fin, aceptación, de las mismas.

Fundado en esas discriminaciones odiosas se pretende desconocer que i) la adolescente Jazmín no se encontraba en condiciones de consentir la relación; ii) que el denunciado no se detuvo ante sus requerimientos y iii) que por el alto estado de embriaguez no tuvo fuerzas para forcejear o resistirse.

Así se lee en varios pasajes de sus declaraciones:

⁵⁶ Así se lee en los elementos probatorios del proceso penal –se destaca–: “...en ese momento ella me dice que le limpiara la cara, en ese momento le limpié con mi toalla, me dijo que también en el pecho y en el cuello que estaba sucia, ese fue el momento en que ella más insistía en que no me fuera, fue entonces cuando ella se me acercaba, hubo un momento en que nos besamos, yo decía que se calmara y que cogiera las cosas con calma y ahí fue entonces cuando ella comenzó a acercarse demasiado conmigo, yo la apartaba de mí y ella me hacía gestos de menosprecio porque yo no le prestaba atención y le decía que se calmara y ella insistía e insistía con eso, ella empezó a insinuarse, prácticamente que quería tener algo conmigo por despecho, por dolor, por lo que su compañero estaba con otra supuestamente, empezamos a tener caricias, ella hasta trató de ofenderme porque yo no le paraba bolas, la verdad que por respeto a ella y al marido no quería hacer nada, pero ella insistió de tal manera que prácticamente me excitó y llegamos al punto de estar en la intimidad...[me declaro] inocente, porque en ningún momento se utilizó la fuerza, en ningún momento la obliqué, antes por el contrario **evadí sus insinuaciones hasta el punto donde yo no pude aguantar porque ella me decía que yo no valía nada, que yo qué era y me hizo gestos de menosprecio y me sonsacó de tal manera que se dieron las cosas voluntariamente, no por mí sino por ella porque ella fue la que me incitó a hacer el acto, me siento arrepentido en este momento de haberme dejado llevar ante las insinuaciones de Jazmín, más por mi amigo que siento que lo he traicionado que cualquier otra cosa...** Nunca pensé que con las atenciones que me brindaba Jazmín en el apartamento con respecto a darme la cena y hasta quedarse hasta las nueve o diez de la noche en mi apartamento hablando iba a terminar en un ofrecimiento de ella así, porque todo esto lo tomaba yo como agradecimiento en préstamo de la cocina (sic) de mi cocina” -fls. 37 a 44-.

(...) cuando salía de orinar me caí y él me llevó hasta el cuarto de él y me acostó en la cama, de ahí yo empecé a decirle que llamara a Arturo porque me sentía mal, él dijo que si quería vomitar y yo le dije que sí, entonces me trajo un tanque y yo comencé a vomitar, yo paré y dejé de vomitar, y fue cuando él empezó a tocarme por el seno y me llamaba, yo quedé como inconsciente por unos segundos, cuando lo sentí fue besándome el cuerpo, después fue cuando me dijo que si quería que me hiciera cositas ricas, entonces yo le dije que no y que llamara a Arturo, yo sentí que él me bajó el pantalón y la pantaleta y me penetró, yo le decía que no, que no, pero estaba toda mareada y débil, no tenía fuerza para defenderme, yo creo que de pronto él le echó algo al trago cuando yo me fui hacia el baño, después que me hizo eso, él me subió la pantaleta y el pantalón y yo me quedé dormida,

(...) En ningún momento yo me le insinué, yo creo que mi marido y Luis José se pusieron de acuerdo para decir todo eso, porque mi marido desde hace rato quería separarse de mí y no tenía una buena excusa.

Él me ofreció licor y por rabia yo le recibía, nunca me le insinué ni nunca le dije nada (...).

En este punto cabe destacar la recriminación a la víctima por parte de la autoridad en forma de pregunta:

PREGUNTADO [por la Fiscalía]: Por qué acepta usted la invitación de tomar con Luis José en su apartamento hasta llegar a ingerir casi todo el licor y hasta altas horas de la noche, a sabiendas de que usted tiene su marido y que no estaba bien quedarse con Luis José en apartamento de él.

CONTESTÓ: De pronto por la rabia que Arturo se fue y porque nunca pensé que eso fuera a ocurrir y porque ellos son primos –fls. 53 a 57-.

Sin duda, se trata de estereotipos que rinden culto a la fuerza masculina, legitimadores del poder del hombre, al tiempo que pasan por alto el estado de dominación de la menor, no solo frente al agresor sino igualmente ante su compañero. Estado que deja de lado los mandatos de los artículos 13, 43 y 44 constitucionales, 21 del Código de Menor y 12 del Código de la Infancia y de la Adolescencia y deslegitima las pretensiones de reparación, así el favorecido las fundamenta en que mantuvo incólume su presunción de inocencia.

2.5.4 El actor omitió el imperativo constitucional de tener en cuenta la situación vulnerabilidad e indefensión de la mujer

Destaca la Sala en este punto que los elementos probatorios atrás reseñados ofrecen certeza en cuanto a que la investigación penal iniciada en contra del actor enmarca hechos que exoneran al Estado de la obligación de reparar, sin perjuicio de la preclusión de la investigación a su favor, toda vez que el señor Luis José actuó contra el deber constitucional de proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad e indefensión.

En efecto, la investigación penal da cuenta de que i) Jazmín denunció haber soportado una relación sexual sin su consentimiento; ii) se trata de una menor de edad; iii) además de la edad, Jazmín afrontaba un particular estado de vulnerabilidad, en cuanto (a) se separó a una edad inmadura de sus padres y temía regresar donde sus familiares cercanos, por razones que tienen que ver con el rechazo por su relación marital y maternidad tempranas; (b) carecía de los medios mínimos necesarios para conseguir los alimentos para ella y su hija, el sustento de su compañero y el actor le prestaba la cocina para preparar los alimentos; (c) tenía enfrentamientos con su compañero, mayor de edad, que la maltrataba física y psicológicamente; (d) para satisfacer sus necesidades básicas se exponía a la confianza y las invitaciones que le brindaba quien finalmente la accedió sexualmente y (e) fue accedida en grave estado de alicoramiento, propiciado por quien reclama reparación, sin perjuicio de su minoría de edad.

Como lo ha puesto de presente la Organización de las Naciones Unidas, el rol masculino marca el desarrollo y comportamiento de los menores de edad, en tanto proyecta en ellos sensación de confianza y seguridad, más allá de la paternidad biológica, habida cuenta que ese rol no solamente se asocia a la relación con los padres biológicos, sino, principalmente, con los hombres que deciden asumir el cuidado y la protección del menor o que, en todo caso, afectan su entorno social cercano.

Así se señala⁵⁷ -se destaca-:

La cuestión de los hombres, padres y la paternidad se ha convertido en un enfoque cada vez más importante de investigación de la familia, la práctica y la política. Comprometidos, los hombres que cuidan son importantes en la vida de las mujeres, los niños y el apoyo de la vida familiar, incluidas la salud y bienestar de los niños. Por el contrario, son evidentes, en varias partes del mundo las

⁵⁷ Cfr., United Nations, MEN IN FAMILIES, and Family Policy in a Changing World, 2011, págs. 49 y 57 (traducción libre).

consecuencias negativas para los niños de padres ausentes, disfuncionales o violentos. La formación de la familia no es aleatoria o arbitraria (...). Los seres humanos tienen desarrollada una estrategia específica de vida que implica la crianza intensiva de los niños durante un largo período de tiempo, e incluye la transferencia de los valores sociales y competencias intergeneracional (Belsky, 1997; Geary y Flinn, 2001). Las familias, en todas sus diversas formas e incluyendo los hombres, constituyen el contexto social para la supervivencia, la maduración y el desarrollo de los niños y son, a su vez, integrados en redes más amplias de los familiares, para de ese modo contribuir de manera importante a la sociedad más amplia. En mayor o menor medida, es dentro de este contexto más amplio que los padres biológicos pueden compartir la crianza con los demás y recibir asistencia en la protección y el cuidado de los niños (Taylor y otros, 2000).

Visto de esta manera, la formación de la familia es una expresión de la "estructura profunda" social (Bugental, 2000) que abarca disposiciones motivacionales y de comportamiento de los hombres y las mujeres a crear (y recrear) relaciones sociales que proporcionan no sólo para el sustento de cada niño en la generación inmediata, sino también para acumular el conocimiento, la seguridad a través del linaje y la continuación de la familia en el futuro (Foley y Lee, 1989). **La existencia de este patrón profundamente arraigada de la afiliación con el fin de apoyar y proteger a los niños implica que tanto los niños como los hombres y las mujeres adultas tratan de replicar los acuerdos de los padres y de la familia de un tipo u otro, incluso cuando la desgracia se produce y las familias se interrumpen o los niños son abandonados.** Por ejemplo, los adultos (hombres y mujeres) tienen una tendencia biológica a responder a los gritos de los niños y para consolar a los niños pequeños y tratar de aliviar su angustia (Boukydis y Burgess, 1982); infertilidad en las parejas es un fuerte predictor de su deseo de adoptar a un niño (Bausch, 2006); y, en general, las personas muestran una voluntad de fomentar y/o adoptar niños huérfanos, incluidos los huérfanos a causa del SIDA, especialmente cuando están relacionadas con los niños (Townsend y Dawes, 2004; Howard y otros, 2006). En la misma línea, en su esfuerzo por mantener los lazos familiares, los niños mayores asumirán responsabilidades de adultos en el cuidado de padres discapacitados, enfermos o mentalmente inestables (Burton, 2007), así como a sus hermanos menores (Donald y Clacherty, 2005); y los niños que viven en la calle con frecuencia replican las relaciones familiares a través de la provisión de cuidados y el establecimiento de autoridad entre ellos mismos (Scanlon y otros, 1998). Muchos hombres que tienen sexo con otros hombres tienen hijos (Baral y otros, 2007) y las parejas contemporáneas, incluyendo parejas del mismo sexo, tienen familias que comprenden los familiares biológicos, así como amigos (Levine, 1990).

(...)

Los niños son muy conscientes de la presencia de su padre, valoran su interés y orientación, y experimentarán dolor emocional e incluso sentirse estigmatizados como resultado de perder o sentirse descuidados o abusados por él (Richter y Morrell, 2006). Dentro de los tres primeros meses de vida, los bebés diferencian a sus padres desde sus madres, en términos de olor, la voz y la manipulación; y

para el final de los primeros años de los niños muestran un fuerte apego a los padres, que se diferencia del apego a su madre (Cox, Owen y Henderson, 1992). A este respecto, los bebés expresan un discernible reconocimiento de su padre, responden a las señales emocionales de sus padres con respecto a la seguridad de su entorno o de la amenaza planteada por las personas que los rodean u otros, y como lo hacen con sus madres, volverá a sus padres para sentir mayor comodidad. A lo largo de su el desarrollo, los niños transmiten la importancia de sus padres en sus vidas y buscan su compañía y aprobación.

Esa estrategia específica de vida en la que el rol masculino proyecta sensación de confianza y seguridad, si bien coadyuva en la sustentación del contexto social necesario para el desarrollo y la maduración de los menores de edad, también crea relaciones de dependencia y subordinación en las que los menores resultan vulnerables, en cuanto acuden desprevénidamente a la figura masculina en procura de cuidados necesarios para su sobrevivencia y terminan siendo víctimas de quienes asumen esos cuidados.

En efecto, la jurisprudencia y estudios atrás citados ponen de presente que –se destaca- “...por regla general los victimarios son personas que integran su núcleo familiar o que hacen parte de su entorno social, de modo que quien ejerce violencia sobre el menor es al mismo tiempo la persona que le satisface sus necesidades emocionales, afectivas, materiales y económicas”⁵⁸. Situación que se agrava en el caso de las mujeres menores edad por los arraigados estereotipos sociales y familiares que legitiman la sumisión al varón.

En el caso concreto, los elementos probatorios dan cuenta de que entre la denunciante y el denunciado existía una relación de confianza a la que fue llevada la menor por varias circunstancias, propiciadas por su entorno familiar, las necesidades por las que atravesaba y los ofrecimientos del señor Luis José orientados al cuidado de la menor y su hija.

En efecto, las pruebas que obran en el proceso penal allegado al expediente dan cuenta de que, además de que se trata de una menor de edad, la víctima carecía de los medios económicos necesarios para su subsistencia, al punto que no tenía cocina para preparar los alimentos y dinero para sus necesidades. Así lo demuestra el hecho acreditado en el sentido de que la menor acudía diariamente al apartamento del señor Luis José para preparar alimentos y el día de los hechos, cuando su compañero la abandonó, le dejó \$1.000 para que se fuera en bus a

⁵⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-848 de 2014, atrás citada.

donde su familia, además de que para ese momento ella y su menor hija no habían probado alimento y la madre no disponía de insumos para prepararlos.

Asimismo, está acreditado que para la satisfacción de las necesidades esenciales que no podía cubrir enteramente en su hogar, dadas la carencia y situación conflictiva por la que atravesaba la relación con su compañero, la menor no contaba con sus padres, dada la ruptura del vínculo filial en razón de la relación marital y la maternidad asumida desde temprana edad, empero, sí acudía donde el actor porque, además de ser vecino y reconocido como primo de su compañero, le permitía el acceso al apartamento para preparar la comida y refugiarse frente a las agresiones de aquel, compartían el alimento que ella preparaba, además de que el actor hacía las veces de mediador, consejero de la joven pareja e invitaba a la menor y su hija a comer.

Se sabe, asimismo, porque de ello dan cuenta los elementos probatorios allegados al proceso, que el actor conocía la precaria situación y las necesidades básicas que enfrentaba la menor, tan es así que, como está acreditado, este asumió cuidados que afianzaron la relación amistosa con la víctima⁵⁹. En ese

⁵⁹ Así señaló en su testimonio el señor Arturo, compañero de la menor –se destaca: “...comenzó la discusión y la pelea, forcejeamos, yo le grité, ella me gritó, yo le pegué ella me pegó a mí también, ella me dijo que me iba a hacer la vida imposible y que no me iba a dejar tranquilo y yo de la rabia yo la amenacé y le dije que se fuera que no quería saber nada de ella, ella se iba a poner su ropa y se iba a ir, pero al final dijo que no porque me dijo que ella me iba a ser (sic) la vida imposible y yo le dije que entonces me iba yo, pero tampoco me dejó, cogió un cuchillo en la mano, la golpeé la mano en la mesa para que soltara el cuchillo y a raíz de eso me cortó en el dedo y **entonces la cogí y la saqué del apartamento, vi la puerta del apartamento de Luis José abierta y le pedí el favor de que él la controlara... le pedí el favor a Luis José que le dijera a ella que se fuera para donde el papá y le dejé mil pesos para que se los diera a ella para que se fuera para donde su papá**, luego me fui...**al día siguiente me encontré a ella en la puerta del edificio esperándome y me dijo que subiera que al apartamento que tenía que comentarme algo, me dijo que creía que Luis José la había violado... yo me devolví para el apartamento con ella, me cambié de camisa y luego bajamos los dos con la niña, Jazmín y yo, yo la abracé, le di un beso en la mejilla y le dije que fuera a donde su papá y le comentara, porque creí que era lo mejor y él sabría que hacer en este caso, no me atreví a acompañarla donde el papá por los problemas que hemos tenido entre el papá de ella y yo**, volví a mi trabajo normal, luego llegó el papá de ella en una moto, me reclamó y me dijo que yo le había arruinado la vida a Jazmín, que todo había sido culpa mía... Volviendo al tema... [Luis José] **siempre nos ha dado consejos, nos ha querido orientar, lo que no sé hasta qué grado tuvo él confianza con Jazmín, a mí siempre me ha dicho que las cosas no se arreglan a los golpes ni violentamente, que si veía que las cosas estaban mal que me separara... Ella tenía que llegar al apartamento de Luis José primero porque ella ahí hacía la comida, segundo tenía una amistad con él también**....-fls. 27 a 31-.

En igual sentido, a lo largo del proceso penal el actor expuso que conocía a la menor **“...desde hace tres años más o menos**, y la relación era amistosa de quiobo (sic) cómo estás, **ahora último esa relación se tornó un poco más amistosa porque ella iba al**

entorno cercano de confianza, protección, propiciado por la precaria situación y necesidades de la víctima y los cuidados ofrecidos por el señor Luis José, ocurrieron los hechos de violencia sexual denunciados por la menor que comprometieron la libertad del denunciado en el proceso penal, por cuya afectación este reclama en el *sub lite*.

Aunado a lo anterior, pone de presente la Sala que los hechos ocurrieron cuando la víctima se encontraba bajo los graves efectos del licor que le suministró el

apartamento a cocinar y me guardaba de lo que ella cocinaba, un día se puso brava porque no me di cuenta y había dejado comida para mí y se perdió porque se quedó afuera... y ella me hizo el reclamo...**ella visitaba el apartamento todos los días, ella llegaba desde las diez y media de la mañana a cocinar en mi apartamento, se quedaba ahí y se iba para el apartamento de ella al medio día y después se presentaba en horas de la tarde para hacer la cena y se quedaba como hasta las seis y media o siete de la noche, inclusive ella a veces le llevaba la cena al marido en el apartamento y terminaba ella la cena conmigo en mi apartamento**...// Ese día (...) llegaron a mi apartamento nuevamente discutiendo esta muchacha y Arturo, estaban discutiendo, estaban peleando, Arturo decía que ella lo había agredido con un cuchillo él tenía una cortada en un dedo en la puerta de mi casa hay manchas de sangre de él, ella decía que lo iba a matar y que se iba a matar ella, estaban discutiendo y gritando fue cuando **yo intervine para acabar con esa discusión en mi apartamento en mi cuarto se ofendían mutuamente** y le dijo a ella me voy y tú verás para donde te vas ella se quedó llorando en mi cuarto y decía que le iba a quitar la niña, **yo le decía que se tranquilizara que no le podía quitar la niña porque ella era la mamá y en el momento llegó Arturo nuevamente con la niña, yo la cogí y le dije mira aquí está la niña cálmate no te desesperes más y ella lloraba y decía que no quería vivir más con él que se fuera que lo iba a matar y se iba a matar ella, fue cuando Arturo se fue para el apartamento y yo le dije a ella que se calmara que ya la niña estaba ahí, y me fui para el apartamento de ellos y estaba Arturo recogiendo la ropa de él en un maletín y llegué y le dije a él que se calmara que arreglaran las cosas por las buenas bien que un día de estos podía haber una tragedia que uno de los dos se iba a matar y él me dijo que no quería vivir más con ella que se iba a ir y le dije yo, para qué si ya se han separado varias veces y vuelven nuevamente para volver a discutir y a pelear si se van a separar sepárense ya y déjele la vida tranquila a los demás, fue entonces cuando él me dijo que se iba y me dejó mil pesos un billete de mil para que los entregara a ella** y que si se quería ir que se fuera y que si se quería quedar que se quedara que hiciera lo que quisiera él se fue y yo llegué nuevamente a mi apartamento y llego yo y la encuentro llorando todavía, **le entregué el dinero que él me había dado y ella se puso a llorar y decía que no tenía para dónde irse, yo le decía que primero se calmara que cogiera las cosas con calma que para todo había solución**... yo le decía y su papá y su mamá porque (sic) no podía ir allá, ella me decía que su papá vivía con otra persona y tenían diferencias y que su mamá también vivía con otra y sucedía lo mismo donde una abuela que tenía cerca decía que no podía ir porque todo se los hechaban (sic) en cara de las discusiones y problemas con el muchacho, entonces yo le dije quédese en su apartamento y mañana mira a ver qué hace... Regresó otra vez a mi apartamento, se puso a llorar que ahora qué hacía en fin llora porque está aquí, llora porque no está que no quería verlo más tampoco, **otra vez traté de calmarla y fue cuando me dijo que seguro se había ido para donde la otra que nunca lo iba a perdonar por eso y fue cuando me dijo que quería tomar esa noche, fue cuando yo le propuse digamos una opción mejor vamos comamos algo la niña también come algo y usted se calma le dije que se cambiara yo también me arreglé un poco**... cuando yo estaba en mi cuarto vistiéndome ella llegó porque se arregló primero que yo, terminé de cambiarme salimos, tomamos mi carro y nos fuimos (...) –fls. 37 a 44-.

denunciado, situación que no solo agrava la vulnerabilidad a la violencia sexual, dado que, en términos generales, el consumo de bebidas alcohólicas afecta en mayor grado a las mujeres que a los hombres, sino que, particularmente, resulta contraria al ordenamiento que proscribe el suministro de bebidas embriagantes como una medida de protección de la integridad de los menores, en especial contra la violencia y el abuso sexual, derecho que, al tenor de las disposiciones del bloque constitucional, **“prevalece sobre los derechos de los demás”** –art. 44 constitucional-.

En efecto, como lo advierten distintas investigaciones, el consumo de alcohol afecta más y representa un mayor riesgo para las mujeres que los hombres. Esto se debe, principalmente, a que por efecto de la menor actividad de la enzima alcohol deshidrogenasa el hígado y el estómago de la mujer procesan más lentamente el alcohol y permiten que mayores niveles pasen del tracto gástrico al torrente sanguíneo y viajen hasta el cerebro, afectando con mayor intensidad su sistema nervioso central. Situación que las pone en mayor riesgo de ser víctima de violencia o abuso sexual.

Así lo pone de presente el Departamento de Salud y Recursos Humanos de Estados Unidos, a partir de las investigaciones realizadas por la Oficina de Investigación de la Salud de las Mujeres del Instituto Nacionales de Salud y el Instituto Nacional sobre el Abuso de Alcohol y Alcoholismo:

El alcohol presenta otro desafío más para la salud de las mujeres. Aun en cantidades pequeñas, el alcohol afecta a las mujeres de manera diferente que a los hombres. Y el beber en exceso es, de alguna manera, mucho más arriesgado para las mujeres que para los hombres. En cualquier tema de salud, la información correcta es clave. Hay ocasiones y maneras de beber que son más seguras que otras. Cada mujer es diferente. Ninguna cantidad de alcohol es 100 por ciento segura, todo el tiempo, para cada mujer. Teniendo esto en cuenta, es importante saber cómo el alcohol puede afectar la salud y la seguridad (...).

La Guía de Nutrición [de Estados Unidos, publicada en www.nutrition.gov por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos, en colaboración con el Departamento de Salud y Recursos Humanos de Estados Unidos] define como bebida moderada no más de una bebida [un trago] alcohólica al día, para las mujeres, ni más de dos al día, para los hombres.

La Guía de Nutrición destaca que, para las mujeres, consumir más de una bebida alcohólica al día puede aumentar los riesgos de sufrir un accidente automovilístico,

otras lesiones, elevar la tensión arterial, sufrir derrames cerebrales, cometer o **ser víctima de un acto de violencia**, suicidio además de desarrollar ciertos tipos de cáncer (...)

¿Por qué se recomienda un nivel de consumo de bebidas alcohólicas más bajo para las mujeres que para los hombres? Porque las mujeres corren más riesgos de desarrollar problemas relacionados con el consumo de alcohol. El alcohol pasa a través del tracto digestivo y se dispersa en el agua del cuerpo. Cuanta más agua haya disponible, más se diluye el alcohol. Generalmente, los hombres pesan más que las mujeres, y, libra por libra, las mujeres tienen menos agua en su organismo que los hombres. Así, el cerebro de la mujer y otros órganos están expuestos a más alcohol y derivados tóxicos que se generan cuando el organismo está tratando de degradarlo y eliminarlo (...).

Se podría aseverar que beber en exceso es más riesgoso para mujeres que para hombres:

- **La mujer que bebe en exceso aumenta el riesgo de convertirse en víctima de violencia y de abuso sexual.**

- A largo plazo, las mujeres desarrollan enfermedades relacionadas con el alcohol más rápidamente, y con menor cantidad de alcohol, que los hombres.

Los efectos del abuso del alcohol y el alcoholismo en la salud son serios. Entre algunos de los problemas de salud específicos se incluye:

- **Hepatopatía por alcohol:** Las mujeres son más propensas que los hombres a desarrollar hepatitis alcohólica (inflamación del hígado) y a morir por cirrosis.

- **Enfermedad cerebral:** La mayoría de las personas alcohólicas sufren alguna pérdida de las funciones mentales, reducción del tamaño del cerebro y cambios en las funciones de las células cerebrales. **La investigación sugiere que las mujeres son más vulnerables que los hombres a los daños cerebrales causados por el consumo de alcohol.**

- **Cáncer:** Muchos estudios informan que el consumo excesivo de bebidas alcohólicas aumenta el riesgo de contraer cáncer de mama. El alcohol también está vinculado al cáncer en el sistema digestivo, cabeza y cuello (el riesgo es especialmente alto entre fumadores que, además, consumen bebidas alcohólicas en exceso).

- **Enfermedad coronaria:** El consumo crónico y excesivo de bebidas alcohólicas es la causa principal de enfermedad cardiovascular. Entre las personas que beben en exceso, tanto los hombres como las mujeres tienen incidencias similares de enfermedad cardiovascular, aun cuando las mujeres, a lo largo de la vida, consumen menos alcohol que los hombres (...).

- **Beber torna a las mujeres jóvenes más vulnerables a los ataques sexuales y a las relaciones sexuales peligrosas y no planeadas.** En el recinto universitario, los ataques, los avances sexuales no deseados y las relaciones sexuales no planeadas y peligrosas son más probables entre los estudiantes que, en ocasiones, beben excesivamente —para los hombres, cinco bebidas seguidas; para las mujeres, cuatro—. **Por lo general, cuando una mujer bebe en exceso, se convierte en una potencial víctima de violencia y abuso sexual (...).**

Las mujeres jóvenes de veinte años y ya cerca de los treinta son más propensas a consumir bebidas alcohólicas que las mujeres mayores. Ningún factor en particular predice si una mujer tendrá problemas con el alcohol, o a qué edad ésta corre mayor riesgo. Sin embargo, hay ciertas experiencias de vida que parecieran hacer más factible que las mujeres desarrollen problemas con el consumo de alcohol (...).

La composición genética de la mujer determina cuán rápido siente los efectos del alcohol, cuán placentero le resulta su consumo, cómo afectará éste su salud a largo plazo, y las posibilidades de tener problemas con el alcohol. Los antecedentes familiares de problemas con el alcohol, el riesgo de la mujer a enfermarse del corazón y de contraer cáncer de mama, los medicamentos que toma y la edad están entre los factores que cada mujer debe tener en cuenta al decidir cuándo, cuánto y cuán a menudo beber⁶⁰.

Asimismo, como lo advierte el Centro Nacional para Adicciones y Abuso de Sustancias de la Universidad de Columbia, las investigaciones muestran que “...las mujeres metabolizan el alcohol de manera menos eficiente en comparación con los hombres. Esto es así porque en las mujeres es menor la actividad de la enzima llamada alcohol deshidrogenasa, que descompone el alcohol en el hígado, el estómago y controla los niveles que entran al torrente sanguíneo. Los cuerpos de las mujeres también contienen menos agua y más tejido graso que los hombres de tamaños similares, lo que significa que mantienen las concentraciones más altas de alcohol en su sangre. Como resultado, las mujeres se intoxican más rápidamente y tienen peores resacas, incluso cuando beben la misma cantidad que los hombres”⁶¹.

⁶⁰ Cfr., *Alcohol - un tema de salud de la mujer*, Departamento de Salud y Recursos Humanos de Estados Unidos, en colaboración con los Institutos Nacionales de Salud e Instituto Nacional sobre el Abuso de Alcohol y Alcoholismo, Número de publicación del NIH 04-4956-S, Enero 2005, págs. 2 a 14.

⁶¹ Cfr., The National Center on Addiction and Substance Abuse, “WOMEN AND ALCOHOL. Research shows that women metabolize alcohol less efficiently as compared to men. This is because women have decreased activity of an enzyme called alcohol dehydrogenase, which breaks down alcohol in the liver and stomach and keeps it from entering the bloodstream. Women’s bodies also contain less water and more fatty tissue than men of similar sizes, which means they maintain higher concentrations of alcohol in their blood. As a result, women get intoxicated faster and have worse hangovers, even when drinking the same amount as men...// References: Foster SE, Richter L. Substance use disorders. In RT Senie (ed.), *Epidemiology of women’s health*. Burlington, MA: Jones & Bartlett Learning; 2013: 249-256; Kay A, Taylor TE, Barthwell AG, Wichelecki J, Leopold V.

Conocimiento este que, conforme con las pruebas allegadas al proceso, deviene en ajeno al compañero de Jazmín comoquiera que, según da cuenta su testimonio, los efectos del alcohol en la menor tenían que ver no con su edad y condiciones biológicas, sino con la falta de costumbre y sabiduría.

En efecto, en el testimonio su compañero, el señor Arturo, señaló –se destaca–:

*Las pocas veces que yo la vi borracha a ella, nunca vi cuánto licor había ingerido porque a las fiestas donde ella iba yo no iba, es decir donde ella ingería licor, pero en una ocasión ella llegó borracha de una fiesta, vomitó luego yo traté de acostarla, al día siguiente ella me estuvo preguntado exactamente qué me había hecho o qué me había dicho porque ella no se acordaba, **ella no está acostumbrada a tomar ella no sabe tomar**... (fls. 27 a 31).*

Asimismo, las versiones de la denunciante, el actor y los testigos señalan que aunque la pareja ingirió menos de media botella de ron, el alcohol produjo mayores efectos en la mujer, a tal punto que vomitó, perdió el equilibrio, le afectó su comportamiento y el control de su cuerpo⁶².

Substance use and women's health. J Addict Dis. 2010;29(2):139-63.// Perkins KA. Sex differences in nicotine versus non-nicotine reinforcement as determinants of tobacco smoking. Exp Clin Psychopharmacol. 1996;4:166-177.// DiFranza JR, Savageau JA, Rigotti NAFK, Ockene JK, McNeill AD, Coleman M, Wood, C. Development of symptoms of tobacco dependence in youths: 30 month follow up data from the DANDY study. Tob Control. 2002;11:228-235; //Hill SY, Smith TR. Evidence for genetic mediation of alcoholism in women. J Subst abuse. 1991;3:159-17; Mumenthaler, MS, Taylor, JL, O'Hara, R, Yesavage, JA. Gender differences in moderate drinking effects. Alcohol Health Res World. 1999;23:55-64.// Lewis B, Nixon SJ. Characterizing gender differences in treatment seekers. Alcohol Clin Exp Res. 2014;38(1):275-84; Keyes KM, Martins SS, Blanco C, Hasin DS. Telescoping and gender differences in alcohol dependence: new evidence from two national surveys. Am J Psychiatry. 2010;167(8):969-76; Schuckit MA, Daepfen JB, Tipp JE, Hesselbrock M, Bucholz KK. The clinical course of alcohol-related problems in alcohol dependent and nonalcohol dependent drinking women and men. J Stud Alcohol. 1998;59(5):581-90. // Khan SS, Secades-Villa R, Okuda M, Wang S, Pérez-Fuentes G, Kerridge BT, Blanco C. Gender differences in cannabis use disorders: results from the National Epidemiologic Survey of Alcohol and Related Conditions. Drug Alcohol Depend. 2013;130(1-3):101-8; National Institute on Drug Abuse. NIDA research report: prescription drugs: abuse and addiction. (NIH Pub. No. 05-4881). Bethesda, MD: U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Institute on Drug Abuse; 2001; Hanson GR. In drug abuse, gender matters. NIDA Notes. 2002:17"; <http://www.centeronaddiction.org/prevention/addiction-women>, traducción libre.

⁶² En la denuncia la víctima señaló: "...como a las 11 de la noche yo empecé a sentirme mal, es que casi toda la botella me la tomé yo, porque él me daba y no tomaba casi, entonces yo de ahí me fui para el baño a orinar, el baño queda en la sala, **cuando salía de orinar me caí y él me llevó hasta el cuarto de él y me acostó en la cama, de ahí yo empecé a decirle que llamara a Arturo porque me sentía mal, él dijo que si quería vomitar y yo le dije que sí, entonces me trajo un tanque y yo comencé a vomitar, yo paré y dejé de vomitar, y fue cuando él empezó a tocarme por el seno y me llamaba, yo quedé como inconsciente por unos segundos, cuando lo sentí fue besándome el cuerpo, después fue cuando me dijo que si quería que me hiciera cositas ricas, entonces yo le dije que no y que llamara a Arturo, yo sentí que él me bajó el pantalón y la pantaleta y me penetró, yo le decía que no, que no, pero estaba toda mareada y débil, no tenía fuerza para defenderme, yo creo que de pronto él le echó algo al trago cuando yo me fui hacia el baño, después que me hizo eso, él me subió la pantaleta y el pantalón y yo me quedé dormida**".

Ahora bien, para garantizar la integridad de la adolescente y prevenir el sufrimiento físico, sexual o psicológico, esto es, toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación, el Código de la Infancia y la Adolescencia –Ley 1098 de 2006- exige que, de conformidad con las disposiciones de la Constitución Política y, en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño –art. 6º-, se impida el acceso al consumo de bebidas embriagantes, atendiendo siempre el interés superior del menor.

Deberes de protección exigibles en todos los espacios y escenarios, incluso en la intimidad del hogar, cuyo desconocimiento debe reprocharse en mayor medida a los padres, compañeros sentimentales, familiares y amigos.

Así está previsto en la Ley 1098 de 2006 -se destaca-:

Artículo 6º. Reglas de interpretación y aplicación. *Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.*

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

Por su parte, el actor sostuvo en el proceso penal que "...ella misma destapó la botella y me brindó un trago a mí y tomó ella y de ahí empezamos a tomar los dos y hablar al rato de estar en ese momento otra vez se puso a llorar a maldecir porque todos los hombres eran así a decir barbaridades que Arturo se había ido con la otra para Restrepo me nombró a un persona llamada Rosa y que él seguro estaba allá con ella yo traté de calmarla me dijo en ese momento me dijo ojalá yo pueda conseguir un hombre como usted que lo entienda y lo escuche a uno y siguió tomando en esos momentos me dijo que tenía ganas de vomitar, yo fui por el balde y vomitó en el balde se recostó en la cama me dijo que no la dejara sola, seguía maldiciendo a Arturo, que no iba a volver con él, me dijo que si tenía minutos en mi celular, yo le pregunté que para qué y me dijo que para llamar a Arturo de mi teléfono y ella marcó y el teléfono de Arturo estaba apagado, eso fue cuando ella cortó y dijo que él estaba con la otra y seguí maldiciendo, seguía llorando y me dijo que tenía más ganas de vomitar y me dijo que esta se la iba a pagar bien caro y nuevamente volví con el balde y ella vomitó.

En el mismo sentido, el testigo Martín narró: "... él traía una botella de ron viejo de caldas pequeña, yo me entré a la habitación y escuché cuando una persona se cae, yo me asomé y se calló (sic) por la borrachera que tenía, pero ella con sus tragos se sentía contenta, después, yo fui a entrar al baño a orinar y ella venía también para el baño, Luis José le dijo está ocupado el baño estaba ocupado el baño (sic), a mí me tocó subirme la cremallera rápido y Jazmín entró y me salí de una vez, ella me dijo Luis José acompáñeme al baño (sic) y para que él le ayudara a bajarse los pantalones, porque no era capaz de bajárselos, después ellos se entraron a la habitación..."

Artículo 7°. Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

***Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.** Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.*

Artículo 16. Deber de vigilancia del estado. Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado.

***Artículo 18. Derecho a la integridad personal.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.*

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

***Artículo 30. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes.*

Igualmente, tienen derecho a que se les reconozca, respete, y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan.

Parágrafo 1°. Para armonizar el ejercicio de este derecho con el desarrollo integral de los niños, las autoridades deberán diseñar mecanismos para prohibir el ingreso a establecimientos destinados a juegos de suerte y azar, venta de licores, cigarrillos o productos derivados del tabaco y que ofrezcan espectáculos con clasificación para mayores de edad.

Disposiciones estas últimas que, si bien posteriores a los hechos y favorables al interés de la menor injuriada, están igualmente previstas en el Código del Menor, en especial en sus artículos 2º, 3º, 15, 16, 20 y 232 y en la Ley 124 de 1994.

En efecto, con meridiana claridad el Código de Menores, vigente en la época de los hechos, prohibió el acceso de los menores de edad a las bebidas alcohólicas, como una medida para proteger su integridad –se destaca-:

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

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

ARTICULO 15. Todo menor tiene derecho a ser protegido contra el uso de sustancias que producen dependencia. El Estado sancionará con la mayor severidad, a quienes utilicen a los menores para la producción y tráfico de estas sustancias.

ARTICULO 288. Son funciones de la policía de menores: (...)// 3. Controlar e impedir el ingreso y permanencia de menores en expendios de licores u otros lugares públicos o privados que atenten contra su integridad física o moral (...).

Artículo 323. Prohíbese la venta de bebidas alcohólicas a menores y su ingreso a sitios de diversión donde se presenten espectáculos que atenten contra su integridad moral o su salud física o mental.

Asimismo, las disposiciones de la Ley 124 de 1994 prohíben el acceso de los menores de edad a las bebidas embriagantes y ponen en cabeza de todas las personas el deber de acatar esa prohibición legal –se destaca-:

***Artículo 1º.- Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad. La persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición será sancionada** de conformidad con las normas establecidas para los expendedores en los Códigos Nacional o Departamental de (ilegible)*

***Artículo 2º.-** El menor que sea hallado consumiendo bebidas embriagantes o en estado de beodez, deberá asistir con sus padres o acudientes a un curso sobre prevención del alcoholismo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o a la entidad que haga sus veces.*

Artículo 3º.- Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente Ley.

Como lo ponen de presente distintos estudios, los adolescentes no deben ingerir alcohol, entre otras, por razones físicas y psicológicas, dado que el bajo nivel de tolerancia de su cuerpo y las expectativas que depositan en el consumo de alcohol aceleran e incrementan los efectos tóxicos progresivos.

Empero, la más importante razón por la que no deben hacerlo tiene que ver con que se incrementan sustancialmente las situaciones de riesgo que afectan su integridad, entre ellas la violencia sexual, habida cuenta que el consumo de licor afecta la percepción, el pensamiento, el juicio, la coordinación de los movimientos, los reflejos, la euforia, la desorientación, hasta la pérdida de conciencia de los adolescentes.

Así se señala⁶³ –se destaca-:

¿POR QUÉ LOS ADOLESCENTES NO DEBEN BEBER ALCOHOL?

Los adolescentes se encuentran todavía en una etapa de desarrollo, (podríamos decir que están "en construcción"), y sus cuerpos no tienen la suficiente tolerancia a los efectos tóxicos del alcohol como la que exhibe el organismo de un adulto. Su sistema nervioso y su hígado no han madurado suficientemente aún. Estudios recientes demuestran que los efectos del alcohol son mucho más fuertes en ellos, no sólo por las condiciones físicas todavía precarias para metabolizarlo, sino también por razones psicológicas: las altas expectativas que los chicos suelen depositar en el alcohol para relajarse, desinhibirse, divertirse más, etc., hacen que los efectos tóxicos progresivos aparezcan más rápidamente y con mayor intensidad.

Por otra parte, el constante proceso de cambio y transformación de su personalidad y de sus características fisiológicas facilita que se instale con mayor rapidez la dependencia psicológica y física al alcohol, generándose el proceso de adicción a la sustancia.

Pero el mayor riesgo que tiene un adolescente cuando toma alcohol es que potencia aún más la tendencia propia de los jóvenes a exponerse a situaciones peligrosas. *Los efectos del alcohol sobre la percepción, el pensamiento, el juicio, la coordinación de los movimientos, los reflejos, la euforia, la desorientación, hasta la pérdida de conciencia (dependiendo de la cantidad de alcohol ingerido, el tiempo en que se toma y otras condiciones orgánicas) **favorecen y multiplican las situaciones de riesgo para los jóvenes.** No hemos de olvidar que una de las mayores causas de muerte entre la población joven son los accidentes de tráfico por abuso del consumo de alcohol (en estas edades como pasajeros o conductores de ciclomotor). No obstante, los accidentes de tráfico no son las únicas situaciones de riesgo a las que se exponen los y las adolescentes, **la pérdida de reflejos y la falta de coordinación de movimiento facilitan las caídas y sus lesiones, asimismo, la euforia y las alteraciones de percepción, juicio y pensamiento pueden generar comportamientos y***

⁶³ Cfr., "ADOLESCENCIA Y ALCOHOL-Guía para el profesorado"; promotor: Fundación Alcohol y Sociedad, Madrid; "Materiales Revisados y Evaluados por la Fundación Bosch i Gimpera. Universidad de Barcelona. Dras: M^a Rosa Buxarrais, Ester Casals y M^a Cruz Molina, de la Facultad de Pedagogía - I.C.E", pág 14.

actitudes agresivas que desemboquen en peleas y agresiones o en comportamientos transgresores y violentos que pueden afectar la convivencia social o provocar daños materiales; ambos casos con sus respectivas consecuencias legales. Tampoco hay que olvidar que la responsabilidad legal de los actos de un menor de 18 años son asumidas por sus progenitores o tutores.

Por otra parte, y en general, **la falta de experiencias vitales hace que el adolescente esté menos preparado para establecer criterios de riesgo, hecho que, junto con los efectos del consumo de alcohol, le exponen a ser un blanco más vulnerable de hurtos, abusos sexuales** y otras situaciones de riesgo que suelen publicarse a diario en los medios de comunicación social.

Finalmente, sabemos que los daños puntuales que se produzcan por abusos en la salud del cuerpo en cortos espacios de tiempo, sobre todo en etapas tempranas de la vida, también pueden producir daños a largo plazo, que se podría traducir en enfermedades y trastornos diversos. Esto convierte el patrón de consumo adolescente (consumo concentrado en fines de semana) en peligroso.

Asimismo, entre las expectativas o razones que llevan a los adolescentes a beber alcohol, si bien se señala la de aumentar el deseo y superar la timidez de cara a la relación amorosa o sexual, las más importantes tienen que ver con divertirse y experimentar otras formas de placer, relativas a desinhibirse, emborracharse y hacer tonterías; lograr la afiliación y reconocimiento del grupo; sentirse adulto; huir o refugiarse de problemas, aliviar la tensión, el estrés y conseguir la aceptación social.

Así se expone en el estudio citado:

Estos y la mayoría de los datos estadísticos sobre adolescencia de esta Unidad han sido extraídos del Libro Blanco sobre la relación entre Adolescencia y Alcohol que la Fundación ha elaborado.

Para poder entender mejor por qué consumen alcohol los/las adolescentes es muy importante conocer cuáles son las EXPECTATIVAS SOCIALES Y PERSONALES que sostienen ante la bebida, y del mismo hecho de beber, delimitar cuáles son los mitos o creencias sobre la ingesta de alcohol y permitir comprender por qué el alcohol ejerce una atracción sobre los jóvenes. Bien es verdad que beber no sólo es privativo de los jóvenes contemporáneos; son muchos los relatos que muestran como los adolescentes de todos los tiempos han utilizado el alcohol como una forma de divertirse a la vez que adentrarse en el patrón adulto; incluso la bebida entre jóvenes no estaba tan mal vista ya que no eran pocos los padres que introducían a sus propios hijos en este tipo de consumo, al igual que ocurría con el tabaco.

Ahora bien, y volviendo a nuestra época, las creencias que hoy se sostienen sobre el consumo de alcohol se transmiten a los jóvenes principalmente a través de los medios de comunicación social (publicidad, programas, películas), a través de las figuras más importantes en la vida del joven (padres), y a través de los propios amigos/as. Analizando estos mecanismos de transmisión se puede observar que se comunica a los/las adolescentes una visión polarizada sobre el tema: una versión positiva en la que consumir alcohol es divertido, ligas, tienes amigos/as, etc.; y otra negativa por la cual los personajes que beben son problemáticos y marginales, siendo encarnados por personajes borrachos.

Entre estos mitos o expectativas se pueden distinguir los siguientes:

- Si bebo los demás me van a aceptar y no me sentiré diferente
- Si bebo me voy a divertir, estaré contento/a
- Si bebo perderé el miedo a hablar, haré más amigos/as
- Si bebo me desinhibiré, podré ligar⁶⁴ más y mejor porque seré más popular
- Si bebo aumentará mi deseo sexual
- Si bebo no perderé el control, por ejemplo, podré conducir
- Si bebo olvido mis problemas.

Las ideas que aquí se relatan son producto de la percepción subjetiva que, sobre su propio cuerpo y sobre su entorno social, tienen los adolescentes antes y después de la ingesta de alcohol, pero el problema estriba en cómo estas ideas actúan de motor que influye en el inicio del consumo de bebidas alcohólicas y luego pueden sostener e incrementar este consumo.

Estas expectativas permiten clarificar cuáles son los principales MOTIVOS que llevan a los adolescentes a beber. Veremos que muchos de ellos también son motivos que utilizan los adultos y algunos de ellos resultan peligrosos por sus consecuencias a corto plazo o por facilitar la adicción. Es importante resaltar que, aunque se trate de motivos para beber que los adolescentes expresan, no son las únicas causas, teniendo gran influencia en esta decisión otros factores como el modelo de los padres.

Desinhibirse: El alcohol en pequeñas cantidades tiene un efecto desinhibidor y provoca euforia (te atreves más, te haces más espontáneo), ayuda a perder el sentido del ridículo y crea ambientes más distendidos (¡te enrollas más!), y facilita que se inicien conversaciones o liques. En un momento de crisis e inseguridad el beber permite afrontar la timidez.

Búsqueda del riesgo: La desinhibición hace que crean escapar del aburrimiento y de la contención de la vida diaria. Este escape puede manifestarse a través de conductas de riesgo como una especie de reto para ponerse a prueba ante sí mismo/a y ante los demás. En la fiesta, bebiendo se abre la puerta a que pueda pasar cualquier cosa, lo que viene a crear un clima de riesgo que resulta atractivo.

⁶⁴ Nota al margen del texto: “Ligar: Establecer relaciones amorosas o sexuales pasajeras”, como lo define el Diccionario de la Real Academia Española.

Afiliación al grupo: El beber es un elemento de cohesión social, ritualiza la unión del grupo: compartir la bebida (efecto botellón) como una forma de comunión entre los/as miembros/as que forman el grupo. Es un consumo socializador: ¡estamos bien juntos/as! El efecto cohesionador y de afiliación implanta el hecho de que el grupo presione hacia la conducta de beber; y esto es especialmente evidente entre los/as adolescentes más jóvenes, ante los cuales la influencia del grupo condiciona el comportamiento de los/as adolescentes en este sentido. Sentirse adulto/a: Bebiendo el/la adolescente realiza una conducta propiamente adulta al igual que el fumar; a la vez estas conductas le alejan de la infancia y le inician en la dinámica adulta. El beber se articula como un ritual de paso hacia la adultez.

Conseguir placer: Entre los/las adolescentes beber es igual a diversión; si se bebe las reuniones son más divertidas ya que la gente se desinhibe, se puede emborrachar y hacer tonterías. El hecho de que el beber se asocie al tiempo de ocio viene a reforzar esta idea. Es la búsqueda del placer de forma inmediata, intensa y rápida.

Huida y refugio ante los problemas: La huida de la realidad cotidiana, de los problemas con los estudios o con los padres, de uno/a mismo/a, del aburrimiento, se puede conseguir mediante la bebida, instrumentalizándola. Es una forma de vencer el tiempo y de vivir el presente.

La aceptación social: Aunque se criminalice la bebida y los que beben, lo que es innegable es que la gente bebe y el beber forma parte de nuestra cultura gastronómica. Por ello, el alcohol está al alcance de cualquier joven dado su bajo precio y la facilidad para conseguirlo, a través de él/ella mismo/a, o de un/a adulto/a.

En el mismo sentido este otro estudio⁶⁵:

El alcohol en la vida de las mujeres: Bebiendo con prudencia a lo largo de la vida.

Las presiones para beber más de lo que se considera saludable —y las consecuencias— varían según cambian los papeles que marcan las distintas etapas en la vida de las mujeres. Estar consciente de las señales de que el consumo de bebidas alcohólicas puede resultar en un problema en vez de en un placer, puede ayudar a las mujeres que escogen beber a hacerlo sin perjudicarse a sí mismas o a otros.

Adolescencia

(...)

⁶⁵ Cfr., Alcohol - un tema de salud de la mujer, citado, pág. 8.

El atractivo del alcohol para los adolescentes. Entre las razones que los adolescentes ofrecen más comúnmente por beber se encuentran: el pasar un buen rato, el experimentar, el relajarse o aliviar las tensiones. La presión de los compañeros puede fomentar el consumo de alcohol. Los adolescentes que crecen con padres que los apoyan, vigilan y hablan con ellos tienen menor probabilidad de consumir bebidas alcohólicas que sus compañeros.

Mantenerse lejos del alcohol. Las mujeres jóvenes menores de 21 años no deberían beber alcohol. Entre las cosas más importantes que los padres pueden hacer está el hablar francamente con sus hijas acerca de no consumir alcohol.

Como se observa, el aumento del deseo sexual o el placer apenas si es un mito relacionado con el consumo del alcohol por parte de los adolescentes, en tanto, lo más importante tiene que ver con que no están capacidad de identificar plenamente los riesgos de la violencia o abuso sexual al que se enfrentan y que, efectivamente, constituye uno de los más graves a los que se los expone con el consumo de alcohol.

De donde no es dable el entendimiento en el sentido de que necesariamente las adolescentes consumen bebidas embriagantes motivadas por el deseo de tener una relación sexual, empero, sí que este es un riesgo al que se las expone por parte de los adultos que les suministran el licor, sin que ellas alcancen a dimensionar integralmente las consecuencias.

Los elementos probatorios allegados al expediente dan cuenta de que los actos sexuales denunciados por la menor Jazmín ocurrieron porque, además de conocer la situación de desprotección y vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer adolescente, el denunciado adquirió el licor que le suministró, ocasionándole graves efectos en su salud física, mental y emocional, al punto que perdió el control, le sobrevino vómito recurrente, perdió la noción del tiempo, además de que el licor desinhibió sus emociones, pudor y en esas circunstancias fue penetrada sexualmente por el procesado.

En efecto, las declaraciones de la denunciante y el dicho del procesado coinciden en que i) este adquirió ron en una cantidad de 375 cc para ingerirla con Jazmín y que efectivamente la ingirieron; ii) ese licor le produjo vómito recurrente a la adolescente y iii) la afectó en el control sobre su cuerpo, en tanto ambos coinciden en señalar que durante y después del vómito la menor permanecía acostada en la cama de su acompañante.

Asimismo, el testigo Martín, que habita en el apartamento donde ocurrieron los hechos, dio cuenta de la pérdida del control físico, emocional y púdico de la menor por los efectos del alcohol ingerido, en cuanto señaló que ella cayó al suelo, en el baño no fue capaz de bajarse los pantalones, se reía, le pidió a Luis José que la ayudara a desvestirse la parte inferior de su cuerpo, como lo requerían sus necesidades fisiológicas en el baño, porque no era capaz de hacerlo sola dado su estado de alicoramiento. Síntomas estos que resultan del todo coherentes con la intoxicación, manifiesta por el vómito recurrente sufrido por la ingesta de alcohol y el hecho de permanecer tendida en la cama.

Circunstancias que ponen de presente que, cuando fue accedida sexualmente por quien pretende la reparación en este proceso, la víctima no solo era vulnerable a la violencia sexual por ser menor de edad, como se señala en las disposiciones del artículo 9° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, sino que, además, su indefensión se agravó por el suministro de licor que puso a la mujer en condiciones de no poder consentir y oponer resistencia a la penetración sexual.

Conclusión que viene a ser reafirmada por la circunstancia de que las declaraciones de la menor y el procesado coinciden en señalar que la relación sexual se produjo bajo los efectos de la intoxicación con alcohol y la consecuente pérdida de control, si se considera que al unísono señalan que después de la penetración la mujer continuó soñolienta hasta quedar dormida, síntomas reveladores de su incapacidad para decidir conscientemente la relación, Ausencia de consentimiento que precedió a la penetración. De donde no queda sino concluir la situación de dominación en que se encontraba, la que de suyo excluye la acción libre y autónoma.

Situación agravada de vulnerabilidad e indefensión que no le valió la más mínima consideración al agresor; tampoco a la Fiscalía, fue pasada por alto en medicina legal y no ameritó reflexión alguna en el Ministerio Público. Último que aboga en esta instancia porque se mantenga la condena y confirme la indemnización. Al margen de la evidente culpa grave y dolo del demandante. Misma que tampoco fue considerada por el tribunal *a quo*. Develando en conjunto el estado de desconocimiento de nuestras autoridades de las prescriptivas constitucionales y legales, al igual que los tratados internacionales que denuncian la discriminación

de género que el Estado colombiano se comprometió a erradicar y advierten sobre la prevalencia de los derechos del menor.

Estado que no puede pasar inadvertido frente a las pretensiones de reparación y las decisiones que habrán de tomarse en este proceso, porque las disposiciones del bloque constitucional reseñadas exigen que sean tenidas en cuenta en todos los casos en los que se vean envueltas las mujeres y las menores, condición que en autos se conjuga. Omisión que constituye un abierto desconocimiento de los imperativos constitucionales que ordenan adoptar medidas de corrección.

Se reitera lo señalado por la jurisprudencia, ya citada:

La doctrina de la Corte Constitucional enseña que las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. De tal suerte, que constituyen actos de discriminación “cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria... lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa.

2.6 La autonomía del juicio de responsabilidad

De conformidad con las disposiciones del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 –se destaca-, “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”.

Conforme con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la privación de la libertad deviene en injusta cuando se precluye la investigación en favor del procesado o se lo absuelve porque el Estado, a través de la autoridad penal, no desvirtuó la presunción de inocencia que constitucionalmente protege la libertad de las personas, sin que de ello se siga indefectiblemente la reparación. Esto es

así porque acorde con la norma traída a colación, fundada en la culpa grave y el dolo, es claro que se impone al juez de la responsabilidad el análisis de los hechos, al margen de la presunción de inocencia y los imperativos de legalidad, juez natural, favorabilidad y *non bis in ídem* que la inspiran.

Esto es, para efectos de la reparación es menester considerar i) el descuido o negligencia del encartado en el cumplimiento de los deberes, en la vigilancia, cuidado o pericia, en los que no habrían incurrido las personas negligentes o de poca prudencia en sus actuaciones –culpa grave, equivalente al dolo- y ii) -se destaca- “...**la intención positiva de inferir injuria** a la persona o propiedad de otro” (art. 63, Código Civil), al margen de los elementos que configurados legitiman la pérdida de la libertad, habida cuenta que se trata de la culpa o el dolo de quien reclama como víctima y no del infractor de una conducta típica, antijurídica y culpable. Casos en los que, de conformidad con las disposiciones del artículo 70 del a Ley 270 de 1996, “...se exonerará de responsabilidad al Estado”.

Siendo así, habrá de tenerse en cuenta que, al margen de la configuración del delito que no es objeto de este proceso, conforme con las disposiciones de la Ley 248 de 1995, por la cual se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres:

i) se entiende por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que le cause **daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico**, tanto en el ámbito público como en el privado –arts. 1° y 2°-;

ii) la violencia comprende todo acto que manifieste dominación, injuria u ofensa a la dignidad de la mujer, como ocurre con cualquier imposición para tener relaciones sexuales, violación o tocamientos, entre otros, esto es todo acto de connotación sexual realizado a la mujer en incapacidad de comprender o sin su consentimiento –preámbulo; arts. 1° y 2°- y iii) toda mujer por el hecho de ser menor de edad está en situación de vulnerabilidad a la violencia sexual –art. 9°-;

Conforme con esas disposiciones de la Convención bajo análisis, es dable concluir que cualquier tipo de actividad sexual del que es objeto la mujer sin su consentimiento es abusiva, como ocurre con comportamientos de tipo sexual a los que se la somete bajo imposición, presión, coerción, subordinación, indefensión, amenazas, máxime si estas situaciones vienen agravadas por la incapacidad de

comprender o trastornos de conciencia provocado por el alcohol o cualquier otra sustancia.

De donde no cabe la menor duda, en cuanto a que cualquier acto de connotación sexual del que es objeto de la mujer, en condiciones en las que no está en capacidad de comprender, consentir, esto es en menoscabo de su libertad, es demostrativo de la intención positiva de inferir injuria a su dignidad.

Ello es así desde el ámbito normativo, por importantes razones:

i) en cuanto las disposiciones citadas definen como violenta o abusiva toda acción o conducta que cause daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, no resulta posible que se limite el enfoque de la violencia a la verificación de actos que dejan secuelas o rastros físicos en su cuerpo, porque con ello se excluye ofensas o injurias que causan daño, sufrimiento sexual o psicológico, como ocurre con los demás actos de dominación que tienen como fin la satisfacción de las apetencias propias del dominador, al margen de la capacidad de entendimiento, estado mental o consentimiento libre de la mujer;

ii) la concepción acogida por la citada Convención, en el sentido de que constituye ofensa o injuria todo acto de abuso, violación o contacto físico o psicológico llevado a cabo sobre la mujer en condiciones de incapacidad de comprender o consentir libremente, se fundamenta en el hecho inobjetable de que toda forma de violencia en su contra (a) *“...constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”*; (b) *“...es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”* y (c) *“...trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”*, como allí se señala y

iii) las disposiciones y políticas de que trata la Convención no solo se orientan a *“...la eliminación de la violencia contra la mujer [como] condición indispensable para su desarrollo individual, social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida”*, sino que exigen que se ofrezca a la mujer objeto de violencia el acceso efectivo a *“...resarcimiento, reparación del daño u otros medios de*

compensación justos... y programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social” –arts. 7º y 8º-. Fines que, en cuanto centrados en el reconocimiento efectivo de la dignidad, individualidad y protección de la mujer, van más allá del ámbito de la investigación y sanción de la violencia de la que es objeto, por las que también aboga la Convención.

Ahora, como se explica desde la filosofía y la sociología, la ampliación de la noción de víctima y el consecuente redimensionamiento del concepto de violencia contra la mujer obedece, precisamente, a las exigencias de dignidad y valoración, al compromiso ético-político de garantizar su desarrollo individual, el restablecimiento de su propia identidad y, en general, la reivindicación de sus derechos.

Así se señala⁶⁶ –se destaca-:

*¿Cabe asimilar pura y simplemente las obsesiones contemporáneas con la violación y el acoso sexual a la «aspiración a la condición de víctima», a una regresión de la autonomía? Querriamos proponer aquí otra interpretación. ¿Qué expresa, en efecto el feminismo victimista **sino una exigencia acrecentada de derechos individuales, a la par que la voluntad activista de modificar los usos y las leyes, de reformar y reeducar a los hombres, de cambiar incluso los gestos y los impulsos del varón?** La culture of complaint [«cultura de las quejas»] no puede reducirse a la valoración de la impotencia y de la pasividad, aun cuando vaya acompañada del rechazo de las costumbres machistas, así **como del empeño voluntarista de promover nuevas relaciones entre hombres y mujeres.** Cabe ciertamente considerar grotescas gran número de protestas relativas al acoso sexual y a la violación entre íntimos; podemos deplorar el clima de caza de brujas, de intimidación, incluso de terrorismo, que instaura la political correctness. Ello no basta para afirmar que, por el hecho de afirmarse como sujetos ofendidos, las mujeres no vuelvan la espalda a los ideales de autonomía, **sino que los prolongan al esgrimir una exigencia superior de respeto y seguridad, al denunciar las violencias masculinas, al rebelarse contra las normas de socialización heredadas, al apelar a sus deseos de nuevos códigos de comportamiento entre sexos. La victimología feminista continúa respondiendo a la ambición democrática de construir un mundo basado en el ideal de propiedad de uno mismo y de autoproducción de lo social por la acción autónoma de los individuos,** no cesa de participar en el proyecto individualista moderno que persigue la conquista de nuevos derechos y la toma soberana de sí misma por parte de la colectividad.*

⁶⁶ Cfr., Lipovetsky, Gilles; *La Tercera Mujer-Permanencia y revolución de lo femenino*, Ed. Anagrama, Barcelona, Traducción de Rosa Alapont, 1999, págs. 69 a 71.

Supone una gran imprudencia enarbolar en relación con todo esto el espectro del totalitarismo, siquiera «light». Aunque los llamamientos a que se ejerza control público sobre la esfera privada se multiplican, no vemos nada que estructuralmente se asemeje al empeño totalitario: no intervienen ni la identificación de la entidad y el poder, ni la abolición de las oposiciones y las reivindicaciones heterogéneas surgidas de lo social. **Por el contrario, prosigue el desintrincamiento democrático de la sociedad civil con respecto al poder político, el replanteamiento de las normas establecidas, la conquista de nuevos derechos, el reconocimiento de las aspiraciones de las minorías.** Nada de resurrección totalitaria, sino la expansión de las democracias jurídicas, que coincide con la explosión de la demanda social de derechos y recursos centuplicados a las acciones judiciales. Lo que se acrecienta no es tanto la influencia del Estado como el mercado de los procesos y las profesiones jurídicas, la protección de los derechos individuales, la acción autónoma de las mujeres que piden justicia. **Por todas partes, la extensión de la noción de víctima impulsa a las mujeres a constituirse en parte civil, a entablar pleitos, a reclamar indemnizaciones compensatorias.** Si bien es cierto que buena parte de las manifestaciones de la cultura victimista vehiculan la imagen de una feminidad infantil e impotente, ello no debe ocultar la otra cara del fenómeno, a saber, el desarrollo de un activismo sumarial, de un individualismo judicial, exactamente en los antípodas de las actitudes tradicionales de resignación. Evitemos hablar de involución del ideal de llevar las riendas del propio destino, pues en realidad dicho ideal no hace sino concretarse de manera novedosa en las protestas indignadas y la demanda de derechos. **La demagogia de las ideas políticas se ha visto sustituida por la de la autonomía a través del derecho: no cabe hablar de regresión de la autonomía, sino de reivindicación hiperbólica de los derechos de la mujer.**

Resulta imposible reducir el espíritu de la época a una apología del dolor y la impotencia. **¿A qué aspiran las mujeres heridas sino a recuperar el orgullo, el respeto y la propia estimación?** Su autorretrato como víctimas no obedece tanto a una voluntad de impotencia como a una voluntad de reafirmación y regeneración. **Recrear una conciencia de sí positiva, combatir la autodepreciación, recuperar la confianza, el amor y la autoestima, restablecer un sentido positivo de la propiedad identidad..., cualquiera que sea la fuerza del referente de género, el dispositivo victimista se sigue inscribiendo en la órbita de las aspiraciones individualistas, del self help, de las tecnologías de producción y reconquista de uno mismo.** Por un lado es posible que la retórica de la queja parezca depreciar los valores de responsabilidad individual; por otro, prolonga el ethos individualista con su rechazo de lo dado, su exigencia de dignidad y de valoración individual. El self-made man se creaba de la nada; en la actualidad, se trata de «reconstruirse» a partir de las propias heridas. **El ideal de posesión y autoconstrucción de uno mismo no declina, sino que anexiona, a través del psicologismo y lo judicial, el ámbito de la autoestima.** En la inflación del resentimiento y de las acusaciones formuladas contra los hombres, prosigue el proceso de egobuilding femenino.

Con similar orientación, desde la psicología se concibe como i) abusivo, en términos generales, todo acto sexual bajo fuerza, coerción o violencia que injuria a la mujer⁶⁷; ii) víctima, la mujer que ha sido coaccionada, sometida a la dominación y, por tanto, al daño o sufrimiento y iii) agresor, todo aquel que coacciona, intimida o impone la dominación a la mujer. Abuso que incluye “...un amplio rango de conductas que involucran contacto físico (no exclusivamente la penetración) y... otras... que también pueden ser abusivas sin implicar tocamientos o penetración (exposición de genitales o a pornografía, hostigamiento verbal, etc.)... que son llevadas a cabo o sufridas mediante algún tipo de coerción o presión...”⁶⁸, esto es al margen del consentimiento de la mujer.

Cabe precisar que, específicamente, en el caso de la mujer menor de edad se considera abuso sexual todo acto ejecutado con o sin su consentimiento por un adulto o adolescente que “...se vale de [aquella] para estimularse o gratificarse sexualmente”, precisamente, porque el abuso tiene que ver con que “...se trata de actos para los cuales carece de la madurez y el desarrollo cognoscitivo necesarios para evaluar su contenido y consecuencias”⁶⁹.

En el mismo sentido se señala que “...el abuso sexual de una niña no siempre desemboca en una violación y... la mayor parte de las veces se trata de acercamientos sexuales que ocurren de manera reiterada, crónica y no accidental, sin que el victimario recurra a la fuerza física, aprovechando una relación de confianza o de poder que ejerce sobre la víctima”⁷⁰.

Asimismo, cabe destacar que estudios en el área de la psicología ponen de presente que en el caso particular de Colombia, más allá del acto delictivo, la violencia sexual debe ser enfocada desde la óptica del trauma psicosocial y como

⁶⁷ Cfr., Finkelhor D, Dziuba-Leatherman J. *Victimization of children*. Am Psychol, 1994;49:173-183, citado en *Prevalencia de abuso sexual en estudiantes y su relación con el consumo de drogas*, por Luciana Ramos-Lira, Dra. en Psic., Gabriela Saldívar-Hernández, Lic. en Psic., María Elena Medina-Mora, Dra. en Psic.,(2) Estela Rojas-Guiot, Lic. en Psic., Jorge Villatoro-Velázquez, Lic. en Psic., publicado en la revista Salud pública de México, vol.40, n.º 3, mayo-junio de 1998.

⁶⁸ Cfr., *Prevalencia de abuso sexual en estudiantes y su relación con el consumo de drogas*, ob. cit. En sentido similar: Briere J, Evans D, Runtz M, Wall T. *Symptomatology in men who were molested as children: A comparison study*. Am J Orthopsychiatry 1988; 58:457-461 y Chandy JM, Blum R, Resnick, MD. *Gender-specific outcomes for sexually abused adolescents*. Child Abuse Negl 1996; 20:1219-1231, referenciados por Luciana Ramos-Lira, Dra. en Psic., Gabriela Saldívar-Hernández, Lic. en Psic., María Elena Medina-Mora, Dra. en Psic.,(2) Estela Rojas-Guiot, Lic. en Psic., Jorge Villatoro-Velázquez, Lic. en Psic., ob. cit.

⁶⁹ 18. González G, Azaola E, Duarte MP, Lemus JR. *El maltrato y el abuso sexual a menores: una aproximación a estos fenómenos en México*. México, D.F.: UAM/UNICEF/COVAC, 1993, citado en *Prevalencia de abuso sexual en estudiantes y su relación con el consumo de drogas*, ob. cit.

⁷⁰ Cfr., Intebi, Irene, *Abuso sexual infantil: en las mejores familias*, Ed. Granica S.A., España, 1998, pág. 24.

una problemática estructural, además de que la valoración, tratamiento o rehabilitación de la víctima debe hacerse en cada caso concreto, con el apoyo de un equipo interdisciplinario, atendiendo a la complejidad de las manifestaciones, la gravedad del impacto y las alteraciones que genera en la salud mental de la mujer.

Así se ha puesto de presente⁷¹ –se destaca–:

En Colombia el abuso sexual en cualquiera de sus formas es un fenómeno de alarmantes y escandalosas estadísticas. Según Sánchez (2010), quien se basa en las estadísticas elaboradas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Centro de Referencia Nacional sobre Violencia en ocho departamentos (Antioquia, Bolívar, Cauca, Chocó, Putumayo, Risaralda, Santander, Valle del Cauca) de los 32 que componen el mapa político colombiano y en Bogotá, se reportaron 119,870 casos de abuso sexual ejercidos contra la mujer entre los años 2002 y 2009. Pasando de 14,421 casos reportados en 2002 a 21,288 en el 2009. Las más afectadas eran niñas entre los 0 y 17 años de edad (84% de los casos), las ubicadas entre los 10 y 14 años representaron el 36% del total de casos, las mujeres de 18 a 39 años el 13% y las mujeres mayores de 40 años el 1%. El principal presunto agresor del abuso sexual es algún conocido cercano a los afectos de la mujer (familia, pareja, ex pareja y amigos cercanos) con el 34% de los casos, del 60% de los casos denunciados. En el 13.7% de los casos el presunto agresor era conocido (compañero de estudio, de trabajo, profesores, encargados del menor, entre otros) y en el 7.8% de los casos el agresor era algún desconocido (desconocidos, grupos guerrilleros, grupos delincuencia organizada, delincuencia común entre otros).

En Colombia, la violación sexual en mujeres debe ser entendida como uno de los síntomas del trauma psicosocial que ha dejado la guerra, el cual va más allá de simples actos delictivos callejeros y se constituye en una problemática de tipo estructural (...).

Diversos autores han coincidido en señalar que **el tratamiento para víctimas de violencia sexual debe hacerse con apoyo de un equipo interdisciplinario** (Assis et al., 2009; Bernik, Laranjeiras & Corregiari, 2003; Menicucci et al., 2005). La necesidad de un trabajo combinado para estas personas se hace aún más evidente cuando son diagnosticadas con Trastorno de Estrés Posttraumático. **El TEPT requiere de tratamientos de alta calidad para ser afrontado, pues la complejidad de sus manifestaciones y la gravedad de su impacto genera fuertes alteraciones en la salud mental de las personas** (Vallejo & Terranova, 2009). Se recomienda la combinación de técnicas como la relajación para reducir el nivel de estrés psicofisiológico, la reestructuración cognitiva, la psicoterapia psicodinámica, el uso de psicofármacos, la hipnosis, entre otras. Los autores aconsejan en los casos leves de TEPT el uso de psicoterapia, y en los casos

⁷¹ Cfr., Vallejo Samudio, Álvaro Roberto, Doctor en Psicología y Córdoba Arévalo, Martha Isabel, Psicóloga, *Abuso sexual: tratamientos y atención*, publicado en Revista de Psicología, Vol. 30 (1), (ISSN 0254-9247), Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2012, págs. 21 y 27.

moderados y graves el uso de tratamiento farmacológico y psicoterapéutico combinados por lo menos durante un período de doce meses, y con un seguimiento posterior (Foa, Davidson & Frances, como se cita en Mingote, Bogaña, Isla, Perris & Nieto, 2001).

En el marco expuesto, no cabe duda en cuanto a que el actor en este proceso de reparación actuó con la intención de injuriar la dignidad de Jazmín, como lo demuestran los hechos suficientemente acreditados, en el sentido de que la penetró sexualmente en situación de vulnerabilidad e indefensión manifiesta, por su edad y estado de alicoramiento que le impedían consentir libremente el acto sexual, en un entorno de confianza al que fue llevada la víctima por sus necesidades y los ofrecimientos del agresor, en circunstancias manifiestas de poder o dominación.

En efecto, en el *sub judice* está acreditado que el actor Luis José conocía a la menor Jazmín desde hacía tres años, esto es desde que ella tenía trece años de edad, asimismo, para la fecha de los hechos, se trataba de una menor adolescente de 16 años, edad confirmada con el examen forense de reconocimiento legal, en estado de alicoramiento y que, por lo mismo, se encontraba en situación agravada de vulnerabilidad a la violencia sexual.

Asimismo, está demostrado que el actor Luis José hacía parte del entorno social-familiar cercano de la mujer y que los hechos de violencia sexual por ella denunciados comprometieron efectivamente su libertad y permitieron al varón demostrar su dominación. Estado de inconsciencia y aprovechamiento en entorno de confianza y protección al que el demandante condujo a la mujer.

También está establecido que sobre el señor Luis José, de 34 años de edad, recaía i) el deber de abstenerse de suministrar bebidas embriagantes a la menor Jazmín que desconoció y, ii) estando la mujer bajo los efectos del alcohol, protegerla, incluso de sus propios instintos, que igualmente incumplió.

Para la Sala resulta claro, a todas luces, que se trata de advertir sobre el suministro de bebidas embriagantes a una adolescente, destacar la violencia, *per se*, derivada de una penetración sexual sin el consentimiento de la mujer y, asimismo, negar las pretensiones de reparación invocadas por los demandantes, entre estos por el señor Luis José, de 34 años de edad.

Es que los elementos probatorios reseñados a lo largo de esta providencia ofrecen certeza en cuanto a que el antes nombrado, actuando contra expresas prohibición legal y advertencia promocional –de conformidad con el mandato contenido en el artículo 3º de la Ley 124 de 1994 se entiende que la botella de ron adquirida advertía sobre la prohibición de suministrar bebidas embriagantes a menores de edad-, adquirió una bebida embriagante, la suministró a la menor e ingirió licor en su compañía. Y no es todo, sin perjuicio del estado de debilidad en el que fue puesta la mujer, en lugar de acudir al padre o a la madre e incluso a la abuela, la retuvo en su habitación y la accedió carnalmente.

No otra cosa se concluye de las afirmaciones del procesado y del testigo en el sentido de que, conforme con el entendimiento machista expresado por ambos, la decisión de la mujer de consumir alcohol en compañía conduce necesariamente a la relación sexual, al margen de la libre decisión porque, a juicio del actor y del testigo, el consumo de alcohol implica que la mujer consiente de antemano, en ser accedida carnalmente. De donde no queda sino que concluir que no tiene que ser reparado, pues infringió principios, valores y deberes constitucionales a título de dolo.

Esto es así, porque está claro que la penetración se produjo en tanto la mujer se encontraba bajo los efectos de la intoxicación alcohólica, la pérdida de control, estado de inconsciencia y somnolencia que continuó hasta el amanecer. Al punto que la víctima advirtió lo ocurrido en la mañana siguiente, debido a la presencia de semen entre sus extremidades⁷².

⁷² Así se lee en la denuncia: “...**cuando salía de orinar me caí y él me llevó hasta el cuarto de él y me acostó en la cama, de ahí yo empecé a decirle que llamara a Arturo porque me sentía mal, él dijo que si quería vomitar y yo le dije que sí, entonces me trajo un tanque y yo comencé a vomitar, yo paré y dejé de vomitar, y fue cuando él empezó a tocarme por el seno y me llamaba, yo quedé como inconsciente por unos segundos, cuando lo sentí fue besándome el cuerpo, después fue cuando me dijo que si quería que me hiciera cositas ricas, entonces yo le dije que no y que llamara a Arturo, yo sentí que él me bajó el pantalón y la pantaleta y me penetró, yo le decía que no, que no, pero estaba toda mareada y débil, no tenía fuerza para defenderme, yo creo que de pronto él le echó algo al trago cuando yo me fui hacia el baño, después que me hizo eso, él me subió la pantaleta y el pantalón y yo me quedé dormida, hasta cuando la niña se levantó, eran aproximadamente como las 3:30 de la mañana, yo no sé si se demoró haciendo eso conmigo, porque yo tenía la vista como nublada y no veía muy bien, ya a esa hora como a las 3:30 fue que yo tuve fuerza para levantarme y me fui para la casa, en la mañana cuando me levanté le conté a mi marido y él le fue a reclamar y el primo se lo negó, es más cuando me estaba cambiando, observé que en la pantaleta tenía un líquido amarillo característico al semen, y que yo sentí que me estaba bajando y no era flujo...”**

En este punto, relativo a la búsqueda de protección, llama la atención la soledad de la menor, esto es el abandono en todos los ámbitos, incluso por su compañero, si se considera que la mujer creyó encontrar en él el apoyo que le fue negado. Esto si se considera que el mismo declaró en su contra, produciendo en su ser, a la postre, el desengaño de quien, además, se sintió utilizada por los dos individuos.

Sostuvo el compañero:

Ella es violenta, hace las cosas sin pensar, por eso ella estuvo en tratamiento psicológico, él papá lo sabe, ya que en ese tiempo ella vivía con él, lo que yo creo que pasó de todo esto es que ella como estaba celosa pensando que yo me había ido con otra y llena de rabia se tomó los tragos y dio pie para que pasara lo que pasó, Luis José lo que hizo fue aprovechar el momento, si no fuera así, por qué ella no se fue para la casa una vez pasó lo que ella dice que pasó y fue inmediatamente donde el papá, sino que esperó a que yo llegara como la persona que está maquinando lo que va a decir ella lo que hizo fue preparar las cosas porque ella sabía que Luis José tenía testigos de que él no la violó ya que los muchachos que viven con Luis José la vieron que estaba borracha y que se cayó él se llama Martín... Quiero agregar que temo por mi vida y por la vida de mi papá de nombre Jorge porque el papá de Jazmín intentó matarme y me amenazó delante de un funcionario de la Fiscalía de los que fueron a capturar a Luis José a la casa de él (...) –fls. 27 a 31-.

La víctima de la agresión sostuvo:

*PREGUNTADO: Manifiesta también Luis José que usted se le insinuaba, que quería estar con él, que quería estar con él por despecho o por dolor, que empezaron a tener caricias, que él por respeto a usted y a su marido no quería hacer nada, pero usted e insistió de tal manera que lo excitó y llegaron hasta la intimidad, que usted le dijo que le gustaría hacer stripts (sic), que usted se quedó en su apartamento y en su cama y él tiró una colchoneta en el suelo, que eso ocurrió como a la una de la mañana y como a las cinco y media de la mañana se dio cuenta de que se había ido para su apartamento ¿qué tiene que decir al respecto? CONTESTÓ: En ningún momento yo me le insinué, yo creo que **mi marido y Luis José se pusieron de acuerdo para decir todo eso, porque mi marido desde hace rato quería separarse de mí y no tenía una buena excusa*** –fls. 53 a 57-.

Ahora bien, el actor Luis José niega la intención injuriosa, fundado en que la joven Jazmín lo indujo a comprar el licor y a ingerirlo. Empero, al margen de que esas afirmaciones no se probaron y deben descartarse por inverosímiles, lo relevante, a efectos de la responsabilidad que aquí se analiza, tiene que ver con que el

ordenamiento legal prohíbe el suministro de bebidas embriagantes a los menores de edad, como una medida de protección de su desarrollo e integridad -para el caso de la adolescente Jazmín-. Siendo así, la responsabilidad por el incumplimiento de la prohibición legal recae en el señor Luis José quien adquirió el licor y lo consumió con la menor.

Lo anterior, así el actor se haya pretendido defender argumentando que no suministró el licor a la menor, sino que ella se lo ofreció. Afirmación no solamente contraevidente frente al hecho cierto de haber sido él quien adquirió el ron, condujo a Jazmín y la mantuvo en su habitación donde ingirieron el licor, sino que, además, no resiste el menor análisis de credibilidad frente a otros elementos probatorios, comoquiera que en su testimonio el señor Martín, habitante del apartamento donde ocurrieron los hechos, de manera inobjetable señaló que cuando salieron de la habitación Jazmín y Luis José, después de haber estado bebiendo, este era el que llevaba la botella de licor en la mano.

Por otra parte, si bien el actor afirma que la ingesta de licor revelaba la intención aislada de la menor de tener la relación sexual, que él la rechazó con indiferencia, desinteresado en la misma, lo cierto es que el testigo Martín dio cuenta de que esa noche Luis José le coqueteaba a Jazmín, aunque, eso sí, desde la óptica machista y de menosprecio que revela su testimonio por la joven, a la que tildó de loca y violenta con su compañero. El testigo señaló que la que más se insinuaba era ella.

Pero es que, además, los elementos probatorios allegados al proceso revelan circunstancias que motivaron a la joven al consumo de licor, ajenas al deseo por una relación sexual, tales como la difícil situación personal que atravesaba, pues se trata de una adolescente tratando de satisfacer las necesidades básicas para su desarrollo y el de su hija, en un entorno desaprobado por sus padres, conflictivo por las agresiones psicológicas y físicas de su compañero, en el que actor se mostraba como el mediador y protector de la pareja.

Estado de dominación parental lamentable, tan es así que tanto el actor como la menor sostuvieron que Jazmín bebía en razón de la situación por la que pasaba su relación de pareja. Al tiempo que la compañía del primo de su compañero le inspiraba confianza a la menor.

En efecto, como ya se puso de presente, en respuesta al reproche de la autoridad sobre las razones por las cuales aceptó ingerir licor, la menor respondió tajantemente que por rabia con su compañero y porque confiaba en la amistad y el respeto que le merecía Luis José, primo de aquél.

Así se lee en el testimonio rendido por la menor ante la Fiscalía, atrás citado:

PREGUNTADO: Por qué acepta usted la invitación de tomar con Luis José en su apartamento hasta llegar a ingerir casi todo el licor y hasta altas horas de la noche, a sabiendas de que usted tiene su marido y que no estaba bien quedarse con Luis José en apartamento de él. CONTESTÓ: De pronto por la rabia que Arturo se fue y porque nunca pensé que eso fuera a ocurrir y porque ellos son primos.

En suma, los elementos probatorios ofrecen certeza a la Sala en cuanto a que el actor Luis José i) puso en grave riesgo la integridad de la menor Jazmín, con abierto incumplimiento de los deberes de respetar sus derechos prevalentes y ii) penetró a la mujer sin su consentimiento, en estado de inconsciencia debido al alicoramiento. Aunado a que el actor en este proceso utilizó en su defensa, en sede penal, que el suministro de bebidas embriagantes debía culminar en la relación sexual, porque la mujer que las acepta consiente de antemano la relación.

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.

En esas circunstancias, se impone revocar la sentencia impugnada y negar las pretensiones de la demandada.

3. Protección del derecho a la intimidad familiar de la menor y de la presunción de inocencia

En este punto, la Sala pone de presente las previsiones constitucionales, convencionales y legales sobre la protección de la intimidad familiar y de los menores, al igual que la presunción de inocencia⁷³, razón por la cual dispone que las copias que se expidan de esta decisión no permitan identificar a las personas involucradas, como se dispondrá en la parte resolutive.

4. Medidas para la prevalencia de los derechos de los menores y garantía de no discriminación contra la mujer

Para la Sala los hechos revelados en el plenario le imponen adoptar medidas de no repetición dirigidas a influir en el imaginario colectivo contribuyen así a que cese o por lo menos se mitigue la discriminación en contra de la libertad sexual de la mujer y los derechos sexuales prevalentes de los menores y adolescentes.

Por tal razón, la Sala procederá a:

- Exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que destine personal experto en la materia, con el objeto de que se considere la posibilidad de adoptar medidas para liberar las investigaciones por violencia sexual de estereotipos de género y, en todo caso, para que se adviertan las falencias en la investigación de este asunto que llevaron a la preclusión, con miras a poner de presente la prevalencia del interés superior de las menores y la perspectiva de género en las actuaciones que le competen. Actuaciones que deberán propender en todo momento por el respeto, la eficacia material de la dignidad y los derechos de las mujeres, las adolescentes y las menores.

Igualmente, para que adopte correctivos en orden a que los dictámenes de medicina legal sobre violencia sexual consideren todas las variables que influyen en la conducta, esto es más allá de los hallazgos visibles de lesiones físicas.

⁷³ Artículos 15 y 42 de la C.P., 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, 47.8 y 193.7 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y la Adolescencia-.

- Exhortar al Consejo Superior de la Judicatura o el órgano que haga sus veces para que analice desde la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia, la ley y los reglamentos, las intervenciones de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones adelantadas con ocasión de los hechos de violencia sexual en su contra denunciados, al igual que la decisión del tribunal *a quo*, para que adopte medidas de corrección, difusión y capacitación en orden a velar por el respeto de la libertad, integridad y no discriminación de la mujer, en todos los frentes de su competencia.

- Dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, enviar copias de esta decisión –con las restricciones impuestas- a (i) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer (ACPEM), con el fin de exhortar la promoción de políticas públicas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres en todas las instancias del poder público y (ii) la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial para su inclusión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

No se condenará en costas por no aparecer acreditadas.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Palenque del 9 de febrero de 2011, proferida por la Sala de Decisión y en su defecto:

PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. DISPONER que la difusión de esta providencia a los medios y observatorios no permita la identificación de los involucrados. De suerte que las copias omitirán los nombres, apellidos y lugares, salvo las dirigidas a autoridades públicas, obligadas a dar cumplimiento a la decisión y, en todo caso, a salvaguardar la intimidad de la menor Jazmín y las familias involucradas con los hechos de que trata este proceso, amén de la presunción de inocencia del denunciado.

TERCERO. DISPONER las siguientes medidas para el cumplimiento de las disposiciones de los artículos 13, 43 y 44 constitucionales:

- Exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que destine personal experto en la materia, con el objeto de que se considere la posibilidad de adoptar medidas para liberar las investigaciones por violencia sexual de estereotipos de género y, en todo caso, para que se adviertan las falencias en la investigación de este asunto que llevaron a la preclusión, con miras a poner de presente la prevalencia del interés superior de las menores y la perspectiva de género en las actuaciones que le competen. Actuaciones que deberán propender en todo momento por el respeto, la eficacia material de la dignidad y los derechos de las mujeres, las adolescentes y las menores.

Igualmente, para que adopte correctivos en orden a que los dictámenes de medicina legal sobre violencia sexual consideren todas las variables que influyen en la conducta, esto es más allá de los hallazgos visibles de lesiones físicas.

- Exhortar al Consejo Superior de la Judicatura o el órgano que haga sus veces para que analice desde la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia, la ley y los reglamentos, las intervenciones de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones adelantadas con ocasión de los hechos de violencia sexual en su contra denunciados, al igual que la decisión del tribunal *a quo*, para que adopte medidas de corrección, difusión y capacitación en orden a velar por el respeto de la libertad, integridad y no discriminación de la mujer, en todos los frentes de su competencia.

- Dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, enviar copias de esta decisión –con las restricciones impuestas- a (i) la Alta Consejera Presidencial para la Equidad de la Mujer (ACPEM), con el fin de exhortar la promoción de políticas públicas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia contra las mujeres en todas las instancias del poder público y (ii) la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial para su inclusión en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00369-01(41208)

Actor: LUIS JOSE Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO DANILO ROJAS BETANCOURTH

1. Si bien comparto el sentido de la decisión, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda por encontrar demostrado que el actor sí tenía la obligación legal de soportar la medida de aseguramiento que la Fiscalía impuso en su contra debido a que actuó con dolo, en los términos establecidos en el artículo 63 del Código Civil, al sostener relaciones sexuales con una menor de edad puesta en incapacidad de resistir y de consentir libremente el acto sexual, aclaro mi voto en relación con el valor probatorio de la indagatoria.

2. En anteriores oportunidades he sostenido que la indagatoria rendida dentro del proceso penal no puede ser objeto de valoración ya que no cumple con los requisitos de la prueba testimonial, en tanto se rindió sin el apremio del juramento. De esta forma he mantenido una postura acorde con lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 28 de abril de 2014⁷⁴, la cual a su vez reiteró lo mismo que sus distintas subsecciones han venido sosteniendo desde hace varios años atrás.

⁷⁴ Expediente 21896, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, con aclaración de voto del suscrito magistrado.

3. No obstante, las mismas razones que motivaron mi aclaración voto en aquella oportunidad, me condujeron recientemente a adoptar una postura distinta en torno al valor probatorio de la indagatoria con el fin de cumplir con una de las finalidades del proceso judicial, cual es establecer de la verdad de los hechos⁷⁵, y de evitar que la parte actora se beneficiara injustamente de su comportamiento doloso en un caso de privación injusta de la libertad. En la sentencia de 26 de noviembre de 2015⁷⁶ expuse sobre el particular:

(...) la indagatoria puede ser concebida como medio de defensa y a la vez medio de prueba de la cual pueden sustraerse no solo lo que al investigado le beneficia, sino eventualmente lo que le compromete jurídicamente, lo cual no contraría la protección del derecho a no auto incriminarse como lo ampara el artículo 33 constitucional, en la medida que no se obtenga una confesión forzada, por medios intimidatorios, y que en caso de querer el procesado contribuir con la recta administración de justicia, lo haga a sabiendas de que cuenta con garantías de defensa como es guardar silencio en lo que le perjudica, así como no declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, y que por ello mismo, no puede colegirse un indicio grave en su contra.

Por supuesto que la indagatoria no ofrece el grado de certeza probatoria que se exige para proferir sentencia condenatoria, razón por la cual la información allí vertida deberá corroborarse y profundizarse en el curso del proceso penal mediante otros medios allegados, de tal suerte que la misma no sea empleada como un instrumento represivo que aventaja al ente investigador sobre el procesado.

Ahora bien, en atención a que los anteriores presupuestos implican una modificación relativa de la posición imperante por esta Corporación, la Sala estima necesario delimitar en qué casos podrá aplicarse una excepción a la regla general mencionada.

Como quiera que el juicio que se imparte no versa sobre responsabilidad penal sino administrativa, la cual se rige por otros cánones distintos a fallar “más allá de toda duda razonable”, la Sala definirá los casos en que la indagatoria puede emplearse en el juicio de responsabilidad estatal, en los siguientes términos: (i) al otorgarle mérito probatorio a la indagatoria, deberá acreditarse la necesidad de su incorporación para el análisis integral del caso; (ii) la indagatoria no puede constituirse en la única prueba que defina la responsabilidad administrativa del Estado; (iii) se requiere del concurso de otros medios de convicción que apunten en un mismo sentido es decir, no deben haber contradicciones ostensibles entre lo vertido en la indagatoria y otros medios de prueba que favorecen al demandante en sede administrativa; (iv) deberá realizarse un examen integral del proceso lo cual incluye todas las pruebas válidamente incorporadas al proceso; (v) finalmente, podrá admitirse la indagatoria como medio de prueba en el juicio de responsabilidad estatal, cuando de ella: a) el procesado haya obtenido beneficios por colaboración con la justicia; o, b) que como consecuencia de los hechos afirmados en la indagatoria, se produzca posteriormente sanción penal o administrativa; por último, c) la indagatoria valorada no puede haber sido

⁷⁵ Michele Taruffo, *La Prueba*, editorial Marcial Pons, Madrid, p. 20.

⁷⁶ Expediente 36170, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

desestimada por razón de presión, confesión forzada del investigado, o cualquier otro medio atentatorio de los derechos fundamentales.

4. En el caso concreto, creo que la valoración de la indagatoria se justificaba con el fin de determinar si el hecho de la víctima, como causal eximente de responsabilidad, se encontraba demostrado y evitar, por esta vía, que la Fiscalía General de la Nación resultara injustamente condenada a indemnizar los perjuicios derivados de la privación de la libertad a que fue sometido el señor Wilman Andrés Quintero. Pero además, resultaba admisible en tanto existían más pruebas –todas de carácter testimonial– que respaldaban lo dicho por el sindicado en su injurada, por lo que razonablemente podía concluirse que él sí desconoció la prohibición legal de suministrar alcohol a una menor de edad y que sostuvo relaciones sexuales con ella pese a que sabía que, por razón de su estado transitorio de alteración de la conciencia, su capacidad de consentir libremente el acto sexual se encontraba viciado.

5. En los términos anteriores dejo consignada mi aclaración de voto.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado