

ACCION DE REPARACION DIRECTA POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRIVACION DE LA LIBERTAD - Acceso carnal violento / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Sentencia penal absolutoria / PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Valoración de la conducta del demandante / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA EN PRIVACION DE LA LIBERTAD - Demostración

[E]l señor Nicolás Payares Manotas fue privado de la libertad el 13 de agosto de 2005 por agentes de la Policía Nacional de El Copey en cumplimiento de la orden de captura n.º 0705112 expedida por la Fiscalía 25 Delegada ante el Juez Penal del Circuito de Valledupar con sede en Bosconia; ii) el fundamento de la detención fue la denuncia instaurada en su contra el 20 de septiembre de 2004 por la señora Faidith Esther Rentería Vides por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años; iii) el 28 de abril de 2005, la fiscalía de conocimiento le impuso medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación y, posteriormente, mediante providencia del 2 de junio de 2005 dictó resolución de acusación contra el sindicado; iv) el 11 de octubre de 2006, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar dictó sentencia absolutoria a favor del señor Payares Manotas y el 25 de octubre de 2006 fue puesto en libertad (...) [L]os daños por la privación de la libertad se originaron en un dolo civil del demandante, lo que deja sin fundamento cualquier pretensión indemnizatoria al estructurarse la causal exonerativa de culpa exclusiva de la víctima que libera de responsabilidad al Estado (...) [S]i bien no se demostró que el actor hubiere incurrido en el delito de acceso carnal violento contra la niña, sí se estableció, como el propio juzgado de conocimiento lo aceptó, que el señor Payares incurrió en la práctica de otro tipo de actos -como besos y caricias- de tipo erótico con su hijastra, bajo la justificación, según lo afirmado por Payares, que la menor lo buscaba "para divertirse" por lo cual, a juicio de la Sala, el demandante infringió claros deberes de carácter ético y jurídico (...) [N]o se ordenará la reparación solicitada por el actor porque está probado en el expediente que Payares Manotas actuó sin atender, proteger y preservar la libertad sexual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la niña, incluso si dichos actos hubieran sido consentidos por ella, pues según lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, disposición vigente al momento de los hechos, se trataba de un incapaz absoluto sin voluntad y existe mayor censura cuando este tipo de conductas se desarrollaron en el contexto intrafamiliar (...) [E]s claro para la Sala que aquí está configurada la causal de exoneración de responsabilidad estatal de la culpa exclusiva de la víctima a la luz del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, lo cual fue la causa determinante en la privación de la libertad, es decir, la medida restrictiva resulta imputable a su propia conducta, circunstancia que exonera de responsabilidad al Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 599 DE 2000 - ARTICULO 209 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 70

ACCION DE REPARACION DIRECTA POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Prelación de fallo / PRELACION DE FALLO EN PROCESO DE REPARACION DIRECTA POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Reiteración jurisprudencial / PRELACION DE FALLO EN PROCESO DE REPARACION DIRECTA POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Regulación normativa

[S]i bien el presente asunto entró para fallo el 7 de marzo de 2012, por tratarse de un caso de reiteración de jurisprudencia en materia de privación injusta de la libertad, se fallará con prelación a los demás de conformidad con lo dispuesto en sesión del 25 de abril de 2015 por la Sala Plena de la Sección Tercera del

Consejo de Estado (...) [L]a Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción a dicho orden, los proceso en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 - ARTICULO 16

INDAGATORIA RENDIDA EN PROCESO PENAL - Valoración probatoria en el proceso contencioso administrativo / VALORACION PROBATORIA DE INDAGATORIA EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - No es procedente por regla general / VALORACION PROBATORIA DE INDAGATORIA EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Excepciones / VALORACION PROBATORIA DE INDAGATORIA EN PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - Procede en casos de graves violaciones a los derechos humanos

[L]a Sala valorará la indagatoria del demandante conforme a las siguientes consideraciones (...) la posición dominante de esta Sección es la de no considerar como medio de prueba la indagatoria para fines de estudiar la responsabilidad estatal extracontractual, porque no se práctica bajo el apremio del juramento, requisito indispensable para para que pueda considerarse como prueba testimonial, y es deber del juez preservar la garantía constitucional de la no autoincriminación (...) Como excepciones a la regla señalada, la Sala ha sostenido pacíficamente que es posible valorar la indagatoria en el juicio de responsabilidad estatal, en los siguientes casos: i) cuando la indagatoria se equipara al testimonio al surtirse el trámite de la ratificación mediante juramento en el trámite contencioso administrativo; ii) cuando los indagados consientan hacer afirmaciones bajo la gravedad del juramento y se satisfagan los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia. Además, la Sala ha dicho que es posible valorar la indagatoria y otorgarle mérito probatorio siempre y cuando: i) se advierta que son indispensables para realizar un análisis integral del caso; ii) no se constituya en la única prueba que defina la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado; iii) coincidan con lo acreditado a través de otros medios de convicción; iv) hayan sido tenidas en cuenta como medios de prueba en procesos foráneos en los cuales fueron recaudadas y no hayan sido desestimadas por presiones indebidas o vulneraciones a derechos fundamentales, con el agregado que si la declaración es de quien es parte en el trámite contencioso administrativo, sólo se acordará credibilidad probatoria en lo desfavorable, puesto que podría eventualmente verse beneficiada por la sentencia favorable que eventualmente se profiera como conclusión del presente litigio (...) la Sala, teniendo en cuenta que el caso presente trata de delitos sexuales en contra de NNA, comprendidos como violaciones graves a los derechos humanos, valorará la indagatoria del señor Nicolás Payares Manotas dilucidando si existe un concurso de la indagatoria con otros medios de prueba que apunten en un mismo sentido, de modo que se puedan tener por ciertos los hechos narrados en la misma.

ABUSO SEXUAL INFANTIL - Regulación legal y convencional / ABUSO Y EXPLOTACION SEXUAL INFANTIL - Grave violación a los derechos del niño

La ley penal colombiana castiga de manera especial el abuso sexual en niñas y niños menores de 14 años por la realización de actos sexuales abusivos, prácticas sexuales que por lo general se acompañan de intimidación, chantaje, soborno, engaño, manipulación o amenazas (...) [L]a Corte Constitucional, (...) al estudiar la constitucionalidad de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 concluyó que los actos sexuales con menores de 14 años son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de impúberes, los cuales

son incapaces absolutos frente a la ley (...) La Corte Suprema de Justicia ha precisado que hasta esa edad el impúber debe estar libre de interferencias en materia sexual y por eso se prohíbe las relaciones o actos de esa índole con ellos en aras de preservar el desarrollo de su sexualidad, lo cual significa que no le es dado al juez penal que conoce de estos casos, discutir sobre la presunción de incapacidad de los menores para decidir y actuar libremente en materia sexual ni de estudiar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica por el hecho de haber el menor prestado su consentimiento (...) Según la UNICEF, el abuso sexual infantil es un fenómeno que se ha mantenido oculto e impune en nuestras sociedades a causa del estigma, el miedo y la falta de confianza en las autoridades (...) El abuso y la explotación sexual son definidos por el Comité de Derechos del niño, en su Recomendación n.º 13 (...) El abuso y la explotación sexual infantil representan graves violaciones a los derechos del niño, a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar y al derecho a ser protegido contra toda forma de violencia. Lo anterior, según lo dispuesto por la Convención sobre los derechos del niño de 1989 y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 24).

FUENTE FORMAL: LEY 599 DE 2000 - ARTICULO 208 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO / CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA - ARTICULO 24

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Normativa aplicable / IMPUTACION DEL DAÑO POR PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen de responsabilidad aplicable /

[L]a Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, establece en el artículo 68 que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios” (...) La Sala ha considerado que si bien el condicionamiento fijado por la Corte Constitucional traduce la privación injusta de la libertad en una actuación judicial “abiertamente arbitraria”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con los daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber incurrido en ninguna conducta punible (...) [E]n ejercicio de una interpretación y aplicación armónica de los fundamentos normativos de la responsabilidad, para que exista responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad bajo la égida de los artículos 90 constitucional y 68 de la ley 270 de 1996, en el presente caso es necesario que el actor haya acreditado los siguientes supuestos fácticos de relevancia jurídica, a saber: i) se haya impuesto en su contra una medida privativa de la libertad en el marco de un proceso penal; ii) que dicho proceso haya culminado con preclusión o absolución a posteriori, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, y iii) que el daño y los consecuentes perjuicios hayan surgido de la restricción al derecho fundamental de libertad, para que con esa demostración surja a cargo del Estado la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano (...) Así las cosas, cuando se da uno de los supuestos fácticos señalados, hay lugar a aplicar el régimen objetivo de responsabilidad.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 68 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 90

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD EN PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Culpa exclusiva de la víctima / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Actuación dolosa o gravemente culposa / DOLO CIVIL - Puede ser declarado de oficio

[L]a responsabilidad de las entidades públicas está comprometida por la privación de la libertad, bajo la condición de que la víctima no haya incurrido en dolo o culpa grave civil comoquiera que por el hecho de aquella no se compromete la responsabilidad estatal. La jurisprudencia constante de la Sección ha sostenido que para efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad es menester determinar si el proceder de aquella fue doloso o gravemente culposo, de modo que su comportamiento tuvo eficacia directa en la producción del daño que se intenta reclamar (...) Si bien al tenor del artículo 1516 del Código Civil el dolo civil debe ser demostrado por quien lo alega, esto es por las entidades demandadas -tal como sucedió en el presente caso-, también puede ser declarado aún de oficio. Al respecto, no existe un régimen de tarifa legal o prueba única para llevar al convencimiento al juez de su ocurrencia, razón por la cual, en aplicación de las reglas de la sana crítica y la libertad en la valoración probatoria, se puede llegar a su concreción como consecuencia de inferencias lógicas y razonables resultantes de los medios de convicción obrantes en el proceso. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad patrimonial del Estado en casos de privación injusta de la libertad, cita sentencia de 11 de diciembre de 2015, Exp. 41208, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1516

INTERROGATORIO A MENOR DE EDAD EN PROCESO PENAL - Revictimización / PROTECCION REFORZADA DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES VICTIMAS O TESTIGOS DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD LA INTEGRIDAD Y LA FORMACION SEXUAL / MEDIDAS DE SATISFACCION Y NO REPETICION - Reconocimiento

Si bien la niña a la luz del artículo 266 de la Ley 600 de 2000, estaba obligada a rendir testimonio bajo el apremio del juramento, el interrogatorio formulado por la autoridad judicial debió efectuarse salvaguardando el respeto y la dignidad de la deponente, sin incurrir en actos de revictimización mediante la remembranza de escenas evidentemente traumáticas y vergonzantes al preguntarle de manera reiterada -30 veces según la fiscalía- si el señor Payares había cometido actos sexuales diferentes al acceso carnal -besos o caricias-, teniendo en cuenta que se encontraba en presencia de su victimario y en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en razón de las amenazas recibidas con anterioridad, siendo que el artículo 274 de la Ley 600 de 2000 prohíbe a los funcionarios abstenerse de ejercer violencia sobre el testigo, la cual puede ser de orden físico o psicológico; además, el funcionario no le advirtió a la niña que, en virtud del artículo 267 de la Ley 600 de 2000, no estaba obligada a declarar contra parientes dentro del segundo grado de afinidad. Como consecuencia, la niña desalojó desesperadamente el recinto judicial sin que volviera a declarar (...) [O]bligaciones de respeto y garantía demandan del Estado una actividad de prevención y protección de los niños y niñas, sobre todo, en casos de violencia sexual. En ese orden, se debe salvaguardar los derechos de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales dentro del sistema penal, particularmente el principio de dignidad humana. Estos deberes por parte de autoridades judiciales se tornan en una “obligación reforzada” cuando se trata de prevenir y proteger a los niños y niñas

contra cualquier forma de violencia o discriminación en su contra, en atención a los artículos 2, 3 y 10 del Código del Menor - Ley 12 de 1991 (...) [E]l Estado, en aras de brindar protección efectiva a la niñez dentro de los procesos penales donde se investiguen casos de agresión y abuso sexual infantil, debe adoptar medidas adecuadas y eficaces para garantizar sus derechos. En atención a esto, la Sala ordenará las medidas tendientes a la satisfacción y la no repetición de los hechos que en esta oportunidad fueron objeto de estudio.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTICULO 274 / LEY 600 DE 2000 – ARTICULO 267 / CODIGO DEL MENOR – ARTICULO 2 / CODIGO DEL MENOR – ARTICULO 3 / CODIGO DEL MENOR – ARTICULO 10

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., primero (1º) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-31-000-2008-00263-01(42376)

Actor: NICOLAS PAYARES MANOTAS

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

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 7 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por medio de la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 20 de septiembre de 2004, la señora Faidith Esther Rentería Vides formuló denuncia penal ante la Inspección de Policía de El Copey, Cesar, por acceso

carnal violento de su sobrina¹ de 13 años por parte de su padrastro Nicolás Payares Manotas. El 2 de junio de 2005, la Fiscalía de conocimiento calificó el mérito del sumario con resolución de acusación. El 11 de octubre de 2006, el juzgado de conocimiento absolvió de responsabilidad penal al procesado al no haberse podido desvirtuar la presunción de inocencia.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. En escrito presentado el 11 de febrero de 2008 ante el Juzgado Administrativo del Circuito de Valledupar (fl. 68 a 84, c.1), el señor Nicolás Payares Manotas, mediante apoderado debidamente constituido (fl. 1, c.1), en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., formuló demanda contra la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados por la privación injusta de la libertad que sufrió desde el 13 de agosto de 2005 al 25 de octubre de 2006, en la ciudad de Valledupar, en virtud de la orden de captura emanada de la Fiscalía 25 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar, Bosconia – Cesar de fecha 13 de enero de 2005. En consecuencia de lo anterior, solicitó se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Que se declare que LA NACIÓN - LA RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son administrativamente responsables por los perjuicios materiales y morales causados al señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS, por falla en el servicio, por privación injusta de la libertad desde el trece (13) de agosto de 2005 al veinticinco (25) de octubre de 2006, fecha en la cual fue puesto en libertad luego de ser absuelto por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar.

SEGUNDO: Condenar en consecuencia a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación a pagar a título de perjuicios los siguientes:

PERJUICIOS MATERIALES

¹ El nombre y apellido de la niña ha sido omitido en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral segundo de esta sentencia, con el fin de que la difusión de esta providencia no permita su identificación y, en todo caso, salvaguardar la intimidad de la niña involucrada con los hechos de que trata este proceso, amén de la presunción de inocencia del denunciado.

DAÑO EMERGENTE CONSOLIDADO. Un total de \$6.000.000,00 de pesos como consecuencia del pago de honorarios para su defensa en el proceso penal donde fue absuelto.

LUCRO CESANTE

LUCRO CESANTE DEBIDO CONSOLIDADO. Se deberá condenar a la demandada y a favor de NICOLÁS PAYARES MANOTAS, a pagar las sumas que resulten por este concepto teniendo en cuenta lo que dejó de producir mi mandante durante el tiempo comprendido entre la fecha de su captura el trece (13) de agosto de 2005, y el veinticinco (25) de octubre de 2006, fecha en la cual fue puesto en libertad, teniendo en cuenta el salario mínimo legal de la época, el cual arroja un consolidado de CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS (\$5.985.000).

PERJUICIOS MORALES.- Que se condene a la demandada a pagar al señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS, CIENTO CINCUENTA (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

1.1. Los **hechos** en los que se fundaron las pretensiones de la demanda, se resumen así: *i)* el señor Nicolás Payares Manotas fue privado de la libertad el 13 de agosto de 2005 por agentes de la Policía Nacional de El Copey en cumplimiento de la orden de captura n.º 0705112 expedida por la Fiscalía 25 Delegada ante el Juez Penal del Circuito de Valledupar con sede en Bosconia; *ii)* el fundamento de la detención fue la denuncia instaurada en su contra el 20 de septiembre de 2004 por la señora Faidith Esther Rentería Vides por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años; *iii)* el 28 de abril de 2005, la fiscalía de conocimiento le impuso medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación y, posteriormente, mediante providencia del 2 de junio de 2005 dictó resolución de acusación contra el sindicado; *iv)* el 11 de octubre de 2006, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar dictó sentencia absolutoria a favor del señor Payares Manotas y el 25 de octubre de 2006 fue puesto en libertad.

II. Trámite procesal

2. Avocado el conocimiento por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante auto del 5 de febrero de 2009 (fl. 153 a 154 c.1), declaró la nulidad² de todo lo actuado a partir del auto de fecha 14 de febrero de 2008 proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Valledupar. El 7 de mayo de 2009 el Tribunal admitió la demanda y fijó el proceso en lista por el término de ley (fl. 156, c.1).

3. Surtida la etapa de notificación del auto admisorio de la demanda, las entidades accionadas presentaron **escrito de contestación de la demanda**, así:

3.1. El 16 de junio de 2009, la Fiscalía General de la Nación indicó que *i)* la entidad tiene la obligación de investigar los delitos, acusar a los presuntos infractores y asegurar su comparecencia y, en ese orden, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho investigado, las pruebas aportadas, el origen de la acusación y la observancia de los criterios fijados por la ley, era procedente la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al señor Payares; *ii)* en situaciones como la presente los ciudadanos tienen el deber de soportar, bajo ciertas circunstancias, las dificultades o perjuicios que en ejercicio de las funciones investigativas puedan causarse; *iii)* los perjuicios alegados por el actor tienen como fundamento el hecho de un tercero, esto es, el señalamiento realizado por la denunciante aunado al dicho de la niña abusada, quien afirmó que su padrastro, el señor Payares, era el autor del delito de acceso carnal abusivo, identificado como aquel que la agredió sexualmente, lo cual constituye una causal eximente de responsabilidad de la entidad demandada (fl. 166 a 172, c.1).

3.2. La Dirección Seccional de Administración Judicial de Valledupar señaló, mediante escrito del 29 de octubre de 2009, que no existe relación de causalidad entre el hecho y el daño que se le imputa, pues este último fue cometido por un funcionario de la fiscalía y no de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y, por tanto, la fiscalía tiene autonomía administrativa y presupuestal para responder por sus actos; no obstante al margen de este debate, la obligación del ente investigador, por la naturaleza del delito, era la de hacer comparecer al entonces encartado mediante la emisión de orden de captura. Las motivaciones

² Mediante auto del 30 de octubre de 2008, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Valledupar declaró la falta de competencia por el factor funcional para conocer del presente proceso, razón por la que ordenó el envío del expediente para su reparto a los magistrados del Tribunal Administrativo del Cesar (fl. 144 a 146, c.1).

de las decisiones tomadas por la fiscalía estuvieron ajustadas a la normativa vigentes para el momento de los hechos (fl. 220 a 227, c.1).

4. Vencido el término probatorio y dentro del plazo para presentar **alegados de conclusión** las partes intervinieron, así:

4.1. La Dirección Seccional de Administración Judicial de Valledupar alegó no estar probada la relación de causalidad entre la actuación de la entidad y los perjuicios reclamados por el actor, en razón a que el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar no cometió ninguna conducta antijurídica, por el contrario fue quien absolvió de todos los cargos al hoy demandante; indicó que dicho juzgado no fue el ente que dictó la medida de aseguramiento de detención preventiva pues este acto lo emitió un funcionario de la Fiscalía, entidad que puede representarse autónomamente. Finalmente, arguyó que el daño padecido por el actor no es antijurídico sino que se trata de aquellos que cualquier ciudadano tiene el deber de soportar, y como excepciones formuló la falta de legitimación en la causa por pasiva, la innominada y/o genérica, y la falta de relación de causalidad (fls. 250 a 255, c.1).

4.2. La Fiscalía General de la Nación indicó que su actuación se surtió conforme a derecho, por lo que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ningún error judicial ni mucho menos la privación injusta de la libertad del señor Payares Manotas. Señaló que no se observa ningún tipo de irregularidad en el procedimiento adelantado por el ente instructor, pues existían serios indicios que llevaban a predicar la existencia de la presunta responsabilidad del encartado. Argumentó que el señor Nicolás Payares Manotas fue favorecido no porque se hubiese concluido o colegido que dicho sindicado no tuvo participación en el hecho penal, sino porque pese a existir medios probatorios que lo comprometían en el hecho penal investigado, no se encontró la certeza requerida para condenar. Indicó que la medida de aseguramiento de detención preventiva y la resolución de acusación contra el señor Payares Manotas fueron decisiones proferidas dentro del marco de la ley represora y tuvieron como fundamento las pruebas allegadas a la investigación penal (fl. 259 a 265, c.1).

4.3. El demandante en su alegato de conclusión reiteró los argumentos señalados en la demanda (fl. 280 a 285, c.1).

5. Practicadas las pruebas decretadas, el Tribunal Administrativo del Cesar dictó **sentencia de primer grado** el 7 de julio de 2011, mediante la cual se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fl. 309 a 321, c.p.):

PRIMERO: Decláranse probadas las excepciones de "falta de legitimación en la causa por pasiva" y "falta de relación de causalidad", propuestas por la Nación – Rama Judicial.

Niéganse las demás excepciones propuestas por las entidades demandadas

SEGUNDO: Declárase administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad del señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS, desde el 13 de agosto de 2005 al 25 de octubre de 2006.

TERCERO: Condénase a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar al señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS, por concepto de perjuicios morales el equivalente en pesos de sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, y por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la suma de siete millones trescientos setenta y ocho mil doscientos treinta pesos (\$7.378.230).

CUARTO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Absolver de toda responsabilidad a la Nación – Rama Judicial, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin condena en costas

(...)

5.1. Las razones en las que se fundó la anterior decisión fueron que la medida de detención preventiva resultó desproporcionada, lo cual supuso un sacrificio especial para el detenido y superó las cargas que cualquier individuo tiene que asumir por el hecho de vivir en comunidad, razón por la que los daños irrogados deben ser calificados como antijurídicos y, por ende, susceptibles de ser indemnizados.

6. El 28 de julio de 2011, la Fiscalía General de la Nación interpuso y sustento oportunamente **recurso de apelación** contra la anterior decisión, así: *i)* la captura del señor Payares Manotas no se materializó durante la etapa de instrucción sino de manera posterior a que el ente investigador calificara con resolución de

acusación el mérito del sumario, es decir, en la etapa de juzgamiento, razón por la que no se debió exonerar a la Nación representada en la Rama Judicial por la excepción de falta de legitimidad por pasiva y ausencia de relación de causalidad, máxime cuando en decisión del 4 de mayo de 2006 el juez de la causa negó la solicitud de la defensa respecto al beneficio de libertad provisional del sindicado; *ii*) no se tomaron en cuenta las razones expuestas por esta entidad en desarrollo del presente trámite contencioso, pues el *a quo* declaró su responsabilidad y la condenó con fundamento en el régimen objetivo de responsabilidad; *iii*) en el presente caso existió una probabilidad seria de responsabilidad penal del implicado, al margen de que se cumplieron las exigencias del artículo 344 del C.P.P. para vincularlo a la investigación penal mediante la figura de persona ausente; *iv*) tanto la medida de aseguramiento como la resolución de acusación fueron decisiones ajustadas a derecho; *v*) el daño padecido por el actor no fue antijurídico dado que la medida que le fue impuesta de detención preventiva cumplió con la gradualidad propia del proceso penal y, por ende, el encartado estaba en la obligación de soportarla; *vi*) se configuró la culpa exclusiva de la víctima en los términos del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, así como la culpa de terceros, toda vez que la investigación a la cual fue sometido el actor se originó en las denuncias hechas por Faidith Rentería y la niña abusada (fl. 323 a 332, c.p.).

6.1. En cuanto a los perjuicios solicitados, alegó que: *i*) los reconocidos a título de perjuicios morales se encuentran sobre estimados de conformidad con los presupuestos establecidos por el Consejo de Estado en sentencia del 2 de mayo de 2007, la cual fijó el techo de los mismos en 100 salarios mínimos legales mensuales para los casos de mayor intensidad, lo cual no se evidencia en el caso concreto; *ii*) no existe prueba idónea que acredite los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por lo que deben desestimarse.

7. Mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2011, el demandante presentó **escrito de apelación adhesiva** con el objeto de que se modificara la sentencia de instancia y se condenara a la Nación - Fiscalía General de la Nación a pagar a su favor perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, con fundamento en la presunción de que toda persona percibe por lo menos el salario mínimo legal vigente, tal como lo expresó en su oportunidad la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de noviembre de 2009 (fl. 382 a 383 c.p.).

8. Luego de haber admitido los recursos interpuestos contra la decisión de primera instancia, el Consejo de Estado mediante auto del 6 de diciembre de 2011 corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días a fin de que presentaran sus **alegatos de conclusión** y al Ministerio Público para rendir concepto. Los sujetos procesales intervinieron, así:

8.1. La Nación - Fiscalía General de la Nación reiteró los argumentos expuestos en anteriores oportunidades procesales e insistió que para la procedencia de la indemnización no bastaba con que la providencia absolutoria o su equivalente estuviera fundada en la inexistencia del hecho, que el sindicato no lo cometió o que la conducta no constituyera delito, sino que, además, requería que la detención preventiva que le hubiere sido impuesta no la hubiera causado la víctima por dolo o culpa grave, pues de haberse dado por estas razones no procedería la indemnización solicitada y las pretensiones serían denegadas (fl. 394 a 399, c.p.).

8.2. La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 400, c.p.)

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales de la acción

9. Por ser la demandada una entidad estatal, el presente asunto es de conocimiento de esta **jurisdicción**, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo.

9.1. La Sala es **competente** para resolver el presente caso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón de la naturaleza del asunto. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos, y en

segunda instancia en el Consejo de Estado, sin que sea menester estudiar lo relacionado con la cuantía³.

9.2. La **acción de reparación directa** establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es la **procedente** en este caso, por cuanto las súplicas de la demanda van encaminadas a solicitar la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación y de la Rama Judicial por las acciones y omisiones en que incurrieron y que, según la parte actora, están representadas en la privación injusta de la libertad que sufrió el señor Nicolás Payares Manotas.

9.3. En cuanto a la **legitimación en la causa** por activa, está demostrado que el señor Payares Manotas fue privado de la libertad.

9.3.1. Frente a la legitimación en la causa por pasiva, la Sala encuentra que el actor atribuyó el daño por él padecido a la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, por cuenta de quienes estuvo sometido a una investigación penal y privado de su libertad, razón por la cual se encuentran legitimadas en el presente litigio.

9.4. Finalmente, en lo concerniente a la **caducidad** el ordenamiento jurídico consagra esta figura como una sanción por el no ejercicio oportuno de las acciones judiciales, para lo cual la ley establece taxativamente unos términos dentro de los cuales el interesado tendrá la carga de promover el litigio a través de demanda. Si el recurso judicial se ejerce por fuera de este lapso temporal, aquel perderá la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que intenta deprecar ante la administración de justicia.

9.4.1. En ese orden de ideas, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, instituye un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente), y vencido el cual ya no será posible solicitar que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, auto del 9 de septiembre de 2008, rad. 11001-03-26-000-2008-00009-00, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

9.4.2. Ahora bien, en tratándose de los eventos de responsabilidad por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el término de caducidad de la acción de reparación directa se cuenta a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que exonera al sindicado y le pone fin al proceso penal⁴, ya que la certeza del hecho dañoso se configura a partir del momento en que queda en firme dicho fallo⁵.

9.4.3 En ese orden de ideas, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, resulta acreditado que la ejecutoria de la sentencia absolutoria a favor del señor Payares Manotas proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, Cesar, está fechada del 25 de octubre de 2006⁶. (fl. 65, c.1) y la demanda fue presentada el 11 de febrero de 2008, por ende, no operó el fenómeno de caducidad.

9.5. En la actualidad, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico; no obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción a dicho orden, los

⁴ En este sentido ver auto de la Sección Tercera del 3 de marzo de 2010, rad. 36473, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y auto del 9 de mayo de 2011 de la Subsección C, Sección Tercera, rad. 40324, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵ “En ese contexto, en los eventos en que el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, lo cierto es que el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente; lo anterior, dado que es a partir del momento en que se califica dicha limitación como injusta o ilegal que la persona detenida tiene pleno conocimiento del daño que se le ha ocasionado y, por consiguiente, puede acudir al aparato jurisdiccional en procura de que dicho detrimento sea resarcido. Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad -y por ende, declaró la ilegalidad de la medida- no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias” (auto de 19 de julio de 2007, rad. 33918, M.P. Enrique Gil Botero).

⁶ Constancia expedida por la secretaría del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar: “el señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS procesado en este juzgado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y absuelto mediante sentencia del 11 de octubre de 2006 fue capturado el 13 de agosto de 2005, permaneciendo recluso en la cárcel judicial de esta ciudad hasta el día 25 de octubre de 2006, fecha en que fue liberado por orden de este juzgado en virtud de absolución (...) La suscrita Secretaria del Juzgado 4º Penal del Circuito Especializado de Valledupar, HACE CONSTAR lo siguiente: (...) 2. Igualmente que la sentencia absolutoria dictada a favor del señor Payares Manotas el día 11 de octubre de 2006 se encuentra debidamente ejecutoriada. CONSTE”. (fls. 65 y 66, c.1).

proceso en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

9.6 Por lo tanto, si bien el presente asunto entró para fallo el 7 de marzo de 2012, por tratarse de un caso de reiteración de jurisprudencia en materia de privación injusta de la libertad, se fallará con prelación a los demás de conformidad con lo dispuesto en sesión del 25 de abril de 2015 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

II. Sobre la validez de los medios de prueba

10. En relación con algunos medios de prueba que se relacionarán en el acápite de hechos probados, la Sala valorará la indagatoria del demandante conforme a las siguientes consideraciones:

10.1. Merece atención especial la indagatoria recogida en la respectiva investigación penal y aportada por el demandante, frente a la cual la entidad demandada asintió expresamente su conformidad; no obstante, en relación con ese tipo de prueba, el ordenamiento superior establece en el artículo 33 la garantía de no autoincriminación, lo que significa que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

10.1.1. La regla general

10.1.1.1. En una primera fase, la Corte Constitucional, en sentencias C-426 de 1997, C-622 de 1998 y C-1287 de 2001, siguiendo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 129 del 17 de octubre de 1991, señaló que la garantía de no autoincriminación solo podía ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía⁷. Sin embargo, posteriormente, en la sentencia C-422

⁷ “Ahora bien, a pesar de que la redacción el artículo 33 de la Carta pareciera dar a entender que la garantía que contiene resulta aplicable a cualquier tipo de declaraciones en juicio, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en la interpretación histórica de la norma, y en otros argumentos complementarios, ha precisado que su alcance se restringe a las declaraciones que deben producirse en asuntos penales, correccionales y de policía. En efecto, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 202 y 203 del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), referentes al interrogatorio y careo de las partes por decreto oficioso del juez y al interrogatorio a instancia de parte, respectivamente, dentro del proceso civil, la Corte, en la Sentencia C-426 de 1997, descartó el cargo de inconstitucionalidad esgrimido en contra de dichas

de 2002, la Corte hizo algunas precisiones sobre el alcance del principio de la no autoincriminación y explicó que esta garantía se aplica a todos los ámbitos de la actuación de las personas y puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas, es decir, el ciudadano puede abstenerse voluntariamente de suministrar a las autoridades competentes información que lo incrimine⁸.

10.1.1.2. Al tenor de lo señalado por la Corte Constitucional, la posición dominante de esta Sección es la de no considerar como medio de prueba la indagatoria para fines de estudiar la responsabilidad estatal extracontractual, porque no se práctica bajo el apremio del juramento, requisito indispensable para para que pueda considerarse como prueba testimonial, y es deber del juez preservar la garantía constitucional de la no autoincriminación⁹.

normas por desconocimiento del artículo 33 de la Constitución, considerando que esta disposición superior no resultaba aplicable a tal procedimiento”: Corte Constitucional, sentencia C-1287 de 2001, MP, Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁸ “Entonces, ante diversas disposiciones del ordenamiento que concretan el deber constitucional de la persona y del ciudadano de colaborar con la administración de justicia en la obligación de rendir declaración sobre los hechos objeto de investigación o de litigio, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado destacando el valor de la prueba testimonial en el esclarecimiento de la verdad, sin perjuicio del derecho del detenido, sindicado o procesado a no ser obligado a incriminarse, como tampoco a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. // Ahora bien, debe la Corte llamar la atención acerca de que no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orientador de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no auto incriminación “solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía” es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas // Así las cosas, considera la Corte que más que a la naturaleza específica de los asuntos de que se trate debe atenderse como criterio preponderante, definidor del ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 33 constitucional, el carácter relevante de la información en función de la protección de la garantía de no autoincriminación, que se repite, puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas con el Estado // Ahora bien, en la medida en que, en atención al requerimiento de la autoridad competente, la información personal que se suministre pueda significar autoincriminación considera la Corte que la interpretación conforme a derecho implica precisar que la norma acusada se aviene con la Constitución bajo el entendido de que el requerido podrá abstenerse de suministrar información que lo autoincrimine”: Corte Constitucional, sentencia C-422 de 2002, MP, Alvaro Tafur Galvis.

⁹ “Sobre las indagatorias y versiones libres de los suboficiales Ever Augusto Méndez Velosa y Manuel de Jesús Carvajal Mendieta, que obran en el proceso penal adelantado en su contra, se aclara que no podrán ser valoradas, en vista de que la indagatoria es un medio de defensa del procesado y la veracidad de su contenido se encuentra, en general, influida por la necesidad de la exculpación. Adicionalmente, la indagatoria carece de las exigencias propias de la práctica de testimonios, a saber, la de rendirse bajo la gravedad del juramento”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 9 de

10.1.2. Las excepciones

10.1.2.1. Como excepciones a la regla señalada, la Sala ha sostenido pacíficamente que es posible valorar la indagatoria en el juicio de responsabilidad estatal, en los siguientes casos: *i)* cuando la indagatoria se equipara al testimonio al surtir el trámite de la ratificación mediante juramento en el trámite contencioso administrativo¹⁰; *ii)* cuando los indagados consientan hacer afirmaciones bajo la gravedad del juramento y se satisfagan los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia¹¹. Además, la Sala ha dicho que es posible valorar la indagatoria y otorgarle mérito probatorio siempre y cuando¹²: *i)* se advierta que son indispensables para realizar un análisis integral del caso; *ii)* no se constituya en la única prueba que defina la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado; *iii)* coincidan con lo acreditado a través de otros medios de convicción; *iv)* hayan sido tenidas en cuenta como medios de prueba en procesos foráneos en los cuales fueron recaudadas y no hayan sido desestimadas por presiones indebidas o vulneraciones a derechos fundamentales, con el agregado que si la declaración es de quien es parte en el trámite contencioso administrativo, sólo se acordará credibilidad probatoria en lo desfavorable, puesto que podría eventualmente verse beneficiada por la sentencia favorable que eventualmente se profiera como conclusión del presente litigio.

octubre de 2014, rad. 29033. M.P. Ramiro Pazos Guerrero, criterio reiterado en varias providencias: sentencias de 29 de mayo de 2014, rad. 24078; 9 de febrero de 2011, rad. 16934; 20 de febrero de 2014, rad. 30615; 29 de agosto de 2012, rad. 23686 y de 28 de abril de 2014, rad. 21896. Igualmente pueden consultarse: Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, rad. 12789; 25 de enero de 2001, rad. 12831; 3 de mayo de 2007, rad. 25020; 18 de octubre de 2007, rad. 15528, entre muchas otras.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, rad. 22597, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2014, rad. 24078, M.P. Ramiro Pazos Guerrero: "(...) En cuanto a las indagatorias. La indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela, arrimada a este proceso, proveniente de la Dirección Nacional de Fiscalías, la cual contribuyó a desvirtuar que el demandante Enrique Mancera estaba relacionado con el "cartel de narcotráfico de Cali", no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que se trata de una versión que se obtuvo sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúne las características necesarias para que pueda considerársela como testimonio. Lo anterior no es impedimento para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación a contrario sensu de la regla antes aludida".

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, rad. 36170 y del 25 de julio de 2016, rad. 37125, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

10.1.2.2. La Sala considera que en la gran mayoría de casos, las graves violaciones de derechos humanos y particularmente las concernientes a delitos sexuales en niños, niñas y adolescentes -NNA- acaecen en escenarios cerrados o aislados donde el agresor y los menores son los únicos testigos directos. Lo anterior ha producido que las víctimas, como sujetos con debilidad manifiesta, queden en la imposibilidad fáctica de acreditar estas afrentas a su dignidad humana e integridad física con otros medios probatorios. Además, es muy preocupante cuando no se ha tenido dentro del proceso penal consideración especial a un NNA y se lo ha sometido, como en este caso, a un interrogatorio circular y repetitivo, lo cual se traduce en un inadecuado acceso a la administración de justicia.

10.1.2.3. Por tal razón, el juez administrativo, consciente de esa inexorable realidad, deberá acudir a criterios flexibles y valorar, tal como se expuso en las anteriores reglas, la indagatoria como un medio de prueba idóneo cuando tenga un vínculo de conexidad con otros elementos probatorios obrantes en el plenario.

10.1.2.4. Esta postura resulta razonable y justificada, ya que en casos de graves violaciones de derechos humanos se rompe el principio de la dogmática jurídico procesal tradicional según el cual las partes acceden al proceso en igualdad de condiciones y armas, en especial en casos de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes -NNA-, quienes quedan en una relación diametralmente asimétrica de cara a la prueba; estas circunstancias imponen al juez de la reparación la necesidad de ponderar la situación fáctica concreta y flexibilizar los estándares probatorios.

10.1.2.5. Esta postura resulta acorde con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, que al respecto ha señalado que en casos de responsabilidad por graves violaciones a los derechos humanos, el juez goza de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba:

[L]os tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, [y] han evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo. Este criterio es especialmente válido en relación con los tribunales internacionales de derechos humanos, los cuales disponen, para efectos de la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por violación de derechos de la persona, de una amplia flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante ellos sobre

los hechos pertinentes, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia¹³.

10.1.2.6. Por otro lado, es importante señalar que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 175, permite que *“cualesquiera otros medios de prueba que sean útiles para el convencimiento del juez”* tengan la capacidad de acreditar los hechos objeto del proceso y, por lo tanto, el juez sin tener una tarifa legal¹⁴ podrá acudir a los medios de prueba que crea pertinentes para establecer los hechos de relevancia jurídica del proceso.

10.1.2.7. En consideración a los criterios de valoración expuestos, la Sala, teniendo en cuenta que el caso presente trata de delitos sexuales en contra de NNA, comprendidos como violaciones graves a los derechos humanos, valorará la indagatoria del señor Nicolás Payares Manotas dilucidando si existe un concurso de la indagatoria con otros medios de prueba que apunten en un mismo sentido, de modo que se puedan tener por ciertos los hechos narrados en la misma

IV. Hechos probados

11. De acuerdo con las pruebas incorporadas al expediente, están acreditados en el proceso los siguientes hechos relevantes:

11.1. El 20 de septiembre de 2004, la señora Faidith Esther Rentería Vides formuló denuncia ante la Inspección de Policía de El Copey, Cesar, por acceso carnal violento de su sobrina -13 años- por parte de su padrastro Nicolás Payares Manotas. En la referida querrela se narró lo siguiente:

¹³ Esta postura de flexibilización de los medios de prueba ante graves violaciones a los derechos humanos fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes sentencias: 15 de septiembre del 2005, caso Mapiripán vs. Colombia, párr. 73; sentencia del 24 de junio del 2005, caso Acosta Calderón vs. Ecuador, párr. 41; sentencia del 23 de junio del 2005, caso Yatama vs. Nicaragua, párr. 108; sentencia del 20 de junio del 2005, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, 45; sentencia del 2 de julio del 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr. 57.

¹⁴ Según Taruffo *“El juzgador ya no está obligado a seguir reglas abstractas: tiene que determinar el valor de cada medio de prueba específico mediante una valoración libre y discrecional. Esa valoración tiene que hacerse caso por caso, conforme a estándares flexibles y criterios razonables. La idea básica es que esta clase de valoración debe conducir al juzgador a descubrir la verdad empírica de los hechos objeto del litigio sobre la única base del apoyo cognitivo y racional que ofrecen los medios de prueba disponibles”*. TARUFFO, Michele, *La prueba*. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. 135

La niña me comentó que el padrastro señor NICOLAS PAYARES MANOTAS, la tiro a la cama y en contra (sic) su voluntad, abuso de ella y la amenaza que si la niña dice algo la mata a ella y a sus hermanitos, la niña le comentó a su mamá señora CELINDA GUETTE y ella le respondió que eso era mentira y que era que la niña se quería ir de la casa y los mismo lo hacía con la hermana menor de 9 años (fl. 2, c.1).

11.2. El 13 de enero de 2005, la Fiscalía 25 Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar con sede en Bosconia - Cesar proferió resolución de apertura de instrucción contra del señor Nicolás Payares Manotas por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y ordenó su captura. El 17 de marzo de 2005, la misma fiscalía, teniendo en cuenta que no fue posible hacer comparecer al imputado para su vinculación mediante indagatoria, procedió a declararlo persona ausente¹⁵ y le nombró defensor de oficio para que lo representara durante la etapa de investigación. El 28 de abril de 2005, el mismo ente investigador, resolvió imponer medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional contra el sindicado Payares Manotas y reiteró la orden de captura. Las consideraciones que se tuvieron en cuenta para proferir esta decisión fueron las siguientes:

La precitada denuncia motivó a esta agencia fiscal a proferir resolución de apertura de instrucción, en contra del citado NICOLAS PAYARES MANOTAS, contra quien se ordenó captura, la cual no se materializó, por lo que hubo necesidad de declararle persona ausente y nombrarle un defensor de oficio. (...) De conformidad con el texto del tipo penal transcrito, son dos las circunstancias que deben acreditarse para que se estructure el punible correspondiendo aquellas a la demostración material del acceso carnal y a la edad del sujeto pasivo del acceso, la cual no debe llegar a los catorce años; encontrándonos en este caso de autos, que el acceso carnal se conoce a través de la denuncia formulada por la señora FAIDITH ESTHER RENTERIA VIDES, quien da cuenta de los hechos delictivos ejecutados por el sindicado, así mismo contamos con el escrito enviado por el señor FELIX JOAQUIN VIDES PEREZ, quien informa sobre los hechos que hoy se investigan y que tiene que ver con el abuso sexual de que son víctima (sic) los hermanos (...), por parte de su padrastro NICOLÁS PAYARES MANOTAS. El examen médico legal practicado a la menor (...) nos demuestra que la menor tiene una edad clínica aproximada de 13 años, que presenta himen con desgarros múltiples evidentes en los cuadrantes 3:00 y a las 7:00

¹⁵ “Como quiera que se han cumplido las exigencias del art. 344 del C. de P.P., sin lograr resultado positivo alguno, es el caso de declarar persona ausente al señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS y nombrarle un defensor de oficio para que lo represente durante la sumaria, tal como lo establece la disposición procedimental citada, para tal efecto se nombra como defensor de oficio al doctor PEDRO ANTONIO GUTIERREZ PIÑEREZ, residente en esta municipalidad (...)” (fl. 11, c.19).

según las manecillas del reloj de características antiguas, desfloración antigua. // Amén de lo anotado, no podemos desconocer que lo sancionado en la conducta es el acceso carnal como satisfacción erótico sexual sin compromiso alguno entre los protagonistas de tales relaciones. Aunque esta haya consentido en su ejecución ello no es óbice para que no se sancione su comportamiento, puesto que lo que en esta menor se presume es la incapacidad para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad (...). // En este momento procesal, considera el despacho que de acuerdo con las pruebas legal y oportunamente allegadas al plenario se ha establecido que la menor (...) presenta desfloración antigua, himen con desgarros múltiples. Y en cuanto a la sindicación que se hace en contra del sindicado, tenemos la denuncia formulada por la señora FAIDITH ESTHER RENTERIA VIDES tía de la menor y del escrito que enviara el señor JOAQUÍN VIDES PEREL a la Fiscalía, Procuraduría e Inspección de Policía, donde da cuenta de los hechos que viene desarrollando NICOLÁS PAYARES MANOTAS, sobre los menores de edad (...) de lo cual son conocedores su abuelo ÁNGUEL GUETTE OSWALDO FONSECA y NORMAN TROCHA quienes residen en El Copey. De lo anterior entonces, se puede concluir anotando, que la materialidad de la conducta punible endilgada está demostrada; y en lo referente a la responsabilidad del sindicado, contamos con la denuncia y el escrito, y ambos incriminan al padrastro de la menor, como el autor de estos hechos delictivos, no contamos con el relato de la menor afectada, pero no obstante de ello, se conoce que estos viven con el sindicado y su madre, y de lo que éste ejecuta en la menor lo que movió a JOAQUÍN VIDES PÉREZ, a informar al Instituto de Bienestar Familiar, a fin de que se prestara la ayuda necesaria para evitar que el hoy sindicado siguiera ejecutando tales hechos. Es creíble entonces lo indicado en la denuncia formulada bajo la gravedad del juramento, por lo que consideramos que debe dársele aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del C.P.P. para decretar en contra del sindicado medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional¹⁶.

11.3. El 2 de junio de 2005, la fiscalía de conocimiento calificó el mérito del sumario con resolución de acusación. Al respecto, el fundamento de esta decisión fue:

[E]n lo que tiene que ver con la responsabilidad del sindicado, para el despacho las pruebas recaudadas, demuestran a las claras que NICOLÁS PAYARES MANOTAS en su calidad de padrastro de la menor (...) aprovechando dicho parentesco accedía carnalmente a la menor antes mencionada, situación ésta que era conocida no solo por sus familiares, sino por los

¹⁶ Resolución de calificación jurídica provisional de la Fiscalía 25 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar, Bosconia, Cesar, en contra del señor Nicolás Payares Manotas (fl. 13, c.1).

habitantes del pueblo de El Copey, quienes como JOAQUÍN VIDES PÉREZ, envía escrito a la Fiscalía a fin de que se tomen los correctivos del caso para evitar que sigan maltratando a los menores por parte del hoy sindicado, quien accede a las hermanas (...). De lo anterior se concluye que, no solo está demostrada la materialidad de la conducta punible, que afecta la libertad y el honor sexual, sino también la responsabilidad del sindicado, pues la denuncia así lo indica como también el documento, firmado por FÉLIX JOAQUÍN VIDES, donde lo incrimina como el autor de estos hechos delictivos. Tal como se indicara al momento de resolver la situación jurídica, no contamos con el dicho de la menor, pero no obstante de ello se conoce que viven con el padrastro hoy sindicado y su madre, de la cual no se dio ningún tipo de información a los investigadores del C.T.I. Y fue esta situación lo que motivó a que FÉLIX JOAQUÍN VIDES enviara una comunicación al Bienestar Familiar, a fin de que prestaran la ayuda necesaria para evitar se sigan ejecutando tales hechos delictivos. // Actuado el hoy sindicado, con la intención precisa de vulnerar un bien jurídico tutelado, con conocimiento y voluntad de que no se debe ejecutar tales actos y sin embargo lo realizó, pues por la naturaleza mismo del delito se sabe que no se debe acceder carnalmente a una menor de edad menos aun si funge como padrastro¹⁷.

11.4. El 13 de agosto de 2005, el Comandante de la Estación de Policía, El Copey, puso a disposición del fiscal de turno al capturado Nicolás Payares Manotas sindicado del delito de acceso carnal violento con menor de catorce años, según orden de captura n.º 0705112¹⁸.

11.5. El 23 de noviembre de 2005, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar negó la petición de suspensión de la medida de aseguramiento que pesaba contra el señor Nicolás Payares Manotas.

11.6. El 11 de octubre de 2006, el mismo juzgado de conocimiento absolvió de responsabilidad penal al señor Nicolás Payares Manotas y le concedió la libertad provisional. Las razones que motivaron esta decisión se ilustran a continuación:

¹⁷ Resolución de Acusación proferida el 2 de junio de 2005 por la Fiscalía 25 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar, Bosconia, Cesar (fls. 17 a 19, c.1).

¹⁸ Acta derechos del capturado y oficio mediante el cual la Policía Nacional dejó a disposición de la Fiscalía General al señor Nicolás Payares Manotas: "Respetuosamente me permito dejar a disposición de ese despacho al señor NICOLAS PAYARES MANOTAS (...) quien es solicitado por ese despacho según orden de captura N° 0705112 por el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO CON MENOR DE 14 Años, el cual fue capturado el día 13-08-05 a las 07:00 horas de la mañana en el mercado del municipio" (fls. 20 y 21, c.1).

El estudio razonado y justo de estas probanzas nos permite observar en primer lugar que las declaraciones de la señora FAIDITH ESTHER RENTERÍA VIDES constituyen pruebas testimoniales que sirvieron de pilar a la presente investigación, pero que no resultan suficientes para deducir la responsabilidad del sindicato, a pesar de que lo esencial es la calidad y no la cantidad de los testimonios. Para el caso en estudio, esta testigo no alcanza a ofrecer la certeza y convicción que se requiere para proferir un fallo de estirpe condenatorio, dado que nunca fue testigo presencial del hecho que se endilga al enjuiciado, su dicho es difuso y totalmente de oídas, careciendo de la fuerza probatoria para decidir en tal sentido, ya que la misma menor que se dice ofendida, manifestó no haber tenido relaciones sexuales con el sindicato de autos y, por el contrario, afirma haber tenido relaciones sexuales con varios hombres, los cuales cita y da algunas referencias.

No existe claridad acerca del por qué [la niña] cae en un estado depresivo en la declaración que ofreció, puesto que muy a pesar de corta edad (15 años) [edad para el momento de la sentencia], haya tenido una experiencia amplia en lo que tiene que ver con relaciones sexuales (tanto es así que ya es madre soltera), tal como ella misma lo afirma.

Podría pensarse que dicho estado depresivo devino por el recuerdo de algún hecho transcendentamente negativo para ella, o por la presión anímica que para el común de las personas implica el solo hecho de encontrarse ante un estrado judicial, máxime si este corresponde al de la solemnidad de una audiencia de juzgamiento, donde todos los presentes concentraron su atención en ella, o por sentirse acosada con las preguntas, en fin, todo ello es posible dentro del análisis de una sana crítica, siendo la realidad el que nada nos haya querido decir al respecto, pues se rehusó a querer seguir declarando.

En este orden, cabría preguntar ¿el sí, sí...que significa? ¿Qué pasó realmente? Es decir ¿tuvo relaciones sexuales con NICOLÁS PAYARES MANOTAS, o fueron otros actos diferentes? En cuyo caso no se configuraría el delito, pues como viene advertido en el cuerpo de esta sentencia, los solos besos y caricias y aun la aproximación del miembro viril con las partes pudendas de la ofendida no constituye acceso carnal, que es el delito por el cual ha sido investigado y juzgado el procesado de autos. ¿O no pasó nada en realidad? Lo cierto es que esta situación genera un indefectible manto de dudas. Es más ¿por qué no se volvió a presentar en la continuación de la mentada diligencia de audiencia pública, para terminar o completar su declaración, habiendo sido citada para ello al igual que su madre?

Así las cosas, ha de observarse, también, como el Juzgado ha desplegado ingentes esfuerzos para tratar de recopilar algunas pruebas que permitieran dar mayores luces y claridad dentro de la investigación en estudio, sin que hasta el momento se hayan obtenido resultados en redor de dicha actividad, por tanto, ante el transcurso de los términos procesales y en respeto por los demás

derechos de los sujetos procesales que impelen la definición jurídica del caso sub examine, hemos debido acometer sin más dilaciones el proferimiento de la providencia que en derecho y justicia hemos encontrado correspondiente.

Conforme a todos lo que viene expuesto, indefectiblemente ha de concluirse que los autos no conducen a la demostración en el grado de certeza de la responsabilidad penal de NICOLÁS PAYARES MERCADO (sic), lo que constituye una duda como garantía legal a su favor, que en aplicación al principio universal del in dubio pro reo, y de la presunción de inocencia, debe resolverse conforme los intereses favorables del encartado, profiriendo por ello una sentencia absolutoria.

La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4º de la Constitución Política, mandato por el cual “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance.

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario, ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del in dubio pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado (...) ante una duda razonable de responsabilidad del actor en el proceso, surge la obligación para el juzgador de aplicar el principio de in dubio pro reo, en relación con la presunción de inocencia, a este Despacho no le queda camino distinto que el de absolver de toda responsabilidad al enjuiciado en este proceso, por todas la circunstancias anotadas anteriormente, pues para el proferimiento de una sentencia condenatoria es necesario que brote, sin lugar a dudas, la certeza sobre la misma requerimiento legal que no se cumple en este caso¹⁹.

11.7. El señor Nicolás Payares Manotas permaneció recluido en la cárcel de Valledupar desde el 13 de agosto de 2005 hasta el 25 de octubre de 2006, luego

¹⁹ Sentencia del 11 de octubre de 2006 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar (fl. 53-63).

de que la sentencia del 11 de octubre de 2006 proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar quedara debidamente ejecutoriada²⁰.

IV. Problema jurídico

12. La Sala debe determinar si la privación de la libertad que soportó el señor Nicolás Payares Manotas en el marco de la investigación penal que siguió en su contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial por el delito de acceso carnal violento en menor de 14 años, que culminó con sentencia absolutoria a su favor en aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, fue injusta y, en consecuencia, le es imputable a las entidades demandadas, o si, como se alega en el recurso de alzada, la víctima con su comportamiento doloso o culposo se expuso a la medida de aseguramiento, lo que dará lugar a exonerar de responsabilidad a las entidades demandadas.

V. Análisis de la Sala

13. Dado que en el presente caso la Sala estudia la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad originada en el contexto de un abuso sexual con menor de 14 años, estima necesario, previamente a resolver el caso concreto (15), hacer un breve análisis acerca de este tipo de violencia infantil (14) y, finalmente, se examinarán los deberes que tienen las autoridades judiciales de investigar y sancionar cuidadosamente este tipo de asuntos (16).

14. El contexto de violencia sexual de niñas, niños y adolescentes en Colombia

14.1. La violencia sexual contra los niños y niñas denota la grave decadencia de valores en la sociedad. El riesgo de victimización de estos sujetos de especial protección se presenta en su mayoría cuando existen condiciones de vulnerabilidad e indefensión como lo son la orfandad, la precariedad económica, el abandono, el conflicto armado, el pertenecer a comunidades indígenas donde se práctica cotidianamente las mutilaciones sexuales femeninas²¹, la incapacidad

²⁰ Constancia expedida por la secretaría del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar (fl. 65, c.1).

²¹ Según el ICBF, en 2007 murieron dos niñas de la comunidad Embera a causa de la ablación o mutilación genital femenina.

menguada o absoluta como en el caso de los niños, niñas o adolescentes que todavía no pueden expresarse verbalmente o que padecen situaciones de discapacidad física y psíquica, etc.

14.2. Los hechos de violencia en contra de este segmento de la población pueden estar relacionados con maltrato físico y psíquico intrafamiliar, abuso y explotación laboral, económica o sexual, y pueden ser temporales o permanentes.

14.3. La ley penal colombiana castiga de manera especial el abuso sexual en niñas y niños menores de 14 años²² por la realización de actos sexuales abusivos, prácticas sexuales que por lo general se acompañan de intimidación, chantaje, soborno, engaño, manipulación o amenazas.

14.4. Según la jurisprudencia constitucional²³, el carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser perpetrados en persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han alcanzado de modo suficiente su madurez volitiva, cognoscitiva y sexual. Las características y condiciones del agresor, por lo general, aventajan al niño o niña en lo físico, emocional e intelectual y, en la mayoría de casos, es quien los induce precozmente a experiencias tempranas para las que, según estudios científicos, no están evidentemente preparados y cuyos efectos impactan a nivel físico -embarazos prematuros, asunción de

Cfr: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Prensa1/AvancesContraAblacion_251113.pdf consultado el 11 de julio de 2016.

²² Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”. Artículo 209: Actos sexuales con menor de catorce años: “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5)”. Estos artículos fueron modificados por la Ley 1236 de 2008 “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. Artículo 4°. El artículo 208 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así: “Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”. Artículo 5°. El artículo 209 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así: “Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

²³ Corte Constitucional, sentencia C-876 de 2011 por medio de la cual se estudió la constitucionalidad de los artículos 208 (parcial) y 209 (parcial) de la ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*”.

responsabilidades paternas a edad temprana-; y psicológico -miedos, fobias, síntomas depresivos, ansiedad, etc.-.

14.5. Según la Organización Mundial de la Salud²⁴, los menores entre 10 y 14 todavía no han comenzado su actividad sexual y si bien no se define claramente una edad promedio de inicio, es justificable que el legislador establezca que los menores de 14 años no pueden ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su consentimiento. Por esta razón, la Corte Constitucional en sentencia citada anteriormente al estudiar la constitucionalidad de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 concluyó que los actos sexuales con menores de 14 años son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de impúberes, los cuales son incapaces absolutos frente a la ley.

14.5.1. Para la legislación civil, son incapaces absolutos los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no puedan darse a entender de conformidad - artículo 1504 del Código Civil. El profesor Fernando Hinestrosa manifiesta:

El artículo 34 c.c. llama “infante o niño al que no ha cumplido siete años”, pero dicha categoría, que se ha mantenido por inercia, carece de toda significación. En cambio, en lo que hace a los impúberes o adolescentes, la distinción entre varones y mujeres que hacía la misma norma (desde los doce años aquellas y desde los catorce estos), atendiendo al desarrollo físico e intelectual más temprano de la mujer, fue eliminada por decisión de la Corte Constitucional (C-534 de 2005), que parificó el comienzo de esa etapa en los catorce años, y la norma fue objeto de nueva modificación por el art. 3º de la ley 1098 de 2006: “Sin perjuicio de lo establecido en el art. 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” (...) El hecho es que conforme al citado art. 34 c.c., “los impúberes son absolutamente incapaces, y son también incapaces los menores adultos [...] pero

²⁴ http://www.who.int/hiv/pub/me/nayoungpeople_sp.pdf “Como ya se ha mencionado, es mejor analizar estos indicadores dividiendo los datos por edad, sexo, estado civil y otras características importantes de los jóvenes. El desglose por edad es especialmente importante porque la conducta sexual puede variar ampliamente entre los diferentes grupos de edad. En general, es probable que los adolescentes entre 10 y 14 años sean mucho menos activos sexualmente que los que están entre los 15 y 19 años, quienes a su vez difieren de los que tienen entre 20 y 24 años. Este desglose por grupos de edad permite a los directores de programas nacionales buscar tendencias de cohortes que ocurren con el paso del tiempo. Por ejemplo, si los encuestados entre 15 y 19 años indican una menor proporción de iniciación sexual antes de cumplir los 15 años que los encuestados entre 20 y 24 años, esto puede sugerir que ha habido una disminución del debut sexual temprano”. Citado por la Corte Constitucional en la sentencia C-876 de 2011 que estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 208 (parcial) y 209 (parcial) de la ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”. Prevención que la ley 1306 [de 2009] dejó intacta, o sea que la situación del impúber es la de incapacidad absoluta, lo que significa una negación, de pleno derecho, de cualquiera eficacia a los actos que pueda llegar a celebrar²⁵.

14.6. La Corte Suprema de Justicia ha precisado que hasta esa edad el impúber debe estar libre de interferencias en materia sexual y por eso se prohíbe las relaciones o actos de esa índole con ellos en aras de preservar el desarrollo de su sexualidad, lo cual significa que no le es dado al juez penal que conoce de estos casos, discutir sobre la presunción de incapacidad de los menores para decidir y actuar libremente en materia sexual ni de estudiar la ausencia de antijuridicidad de la conducta típica por el hecho de haber el menor prestado su consentimiento²⁶.

14.7. Según la UNICEF, el abuso sexual infantil es un fenómeno que se ha mantenido oculto e impune en nuestras sociedades a causa del estigma, el miedo y la falta de confianza en las autoridades²⁷. Estudios científicos²⁸ revelan que este tipo de maltratos suelen ser cometidos por familiares o por personas relacionadas con la víctima (profesores, entrenadores, etc.); incluso que en muchas ocasiones la madre tiene conocimiento de los abusos sexuales cometidos en contra de sus hijos menores sin que esta lo denuncie, ya sea por pánico a la pareja, miedo a descomponer la familia, temor de no ser capaz de enfrentar por sí sola la familia o por el estigma social negativo que pueda llegar a generarse en su entorno social, laboral y familiar. Por tanto, los abusos que se realizan en el entorno familiar tienden a mantenerse en secreto por diferentes razones: recibir beneficios en contraprestación, temor a no ser creído, represalias del agresor, miedo insuperable a no soportar las detracciones, etc.

²⁵ HINESTROSA, Fernando, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, V. II, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 228.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de septiembre de 2000, acta, n.º 164, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

²⁷ Sitio de la UNICEF: “Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso”, http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_58006.html, consultado el 11 de julio de 2016.

²⁸ ECHEBURÚA, Enrique, “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”, *Cuaderno de Medicina Forense*, n.º 12, España, 2006, pp. 75-82.

14.8. El abuso y la explotación sexual son definidos por el Comité de Derechos del niño, en su Recomendación n.º 13, así:

Constituye abuso sexual toda actividad sexual impuesta por un adulto a un niño contra la que este tiene derecho a la protección del derecho penal. También se consideran abuso las actividades sexuales impuestas por un niño a otro si el primero es considerablemente mayor que la víctima o utiliza la fuerza, amenazas y otros medios de presión. Las actividades sexuales entre niños no se consideran abuso sexual cuando los niños superan el límite de edad establecido por el Estado parte para las relaciones consentidas.

- a. Incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial.
- b. La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial.
- c. La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños.
- d. La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo²⁹.

14.9. El abuso y la explotación sexual infantil representan graves violaciones a los derechos del niño, a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar y al derecho a ser protegido contra toda forma de violencia. Lo anterior, según lo dispuesto por la Convención sobre los derechos del niño de 1989³⁰ y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 (art. 24)³¹.

²⁹ En el análisis jurídico de la Observación General n.º13 hace énfasis en los siguientes puntos: *i)* la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial; *ii)* la utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial; *iii)* la utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños; *iv)* la prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado.

³⁰ Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño. Colombia ratificó la Convención sobre los derechos del niño por medio de la Ley 12 de 1991. La Declaración de los Derechos del Niño precisa "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

³¹ El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, señaló que el abuso sexual "es la realiza[ción de] actividades sexuales con un niño que de conformidad con las disposiciones aplicables del derecho nacional, no haya alcanzado la edad legal para realizar dichas actividades, i) recurriendo a la coacción, la fuerza o la amenaza; ii) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o

14.10. Según estadísticas oficiales, en el año 2015 en Colombia se registró un alarmante crecimiento de violencia sexual contra niños y niñas. El Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia (CRNV) del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través del Sistema de Vigilancia Epidemiológica (SIVELCE), encargado de recopilar la información relacionada con el ejercicio médico legal, reportó que las estadísticas por delitos sexuales en contra de NNA crecieron respecto al año 2014³². En el año 2015 se realizaron 22.155 exámenes médico legales por presunto delito sexual con una tasa de 46 casos por cada cien mil habitantes y un incremento de 1.040 casos respecto del año 2014, siendo las mujeres las más afectadas en un 85,2%. Lo que es sorprendente es que en promedio cada día del año pasado, más de 60 víctimas de ataques sexuales fueron atendidas por el Instituto Nacional de Medicina Legal.

14.10.1. Los exámenes médico legales por presunto delito sexual practicados a niños/niñas en primera infancia (0-5 años) se incrementaron en un 12,46%. El 10,65% de los casos corresponden a niñas de 4 años de edad o menos, lo cual asciende a 2.011 casos, cifra que triplica el número de casos valorados en niños (597), lo que significa que por cada niño, hay cuatro niñas atacadas por los agresores sexuales.

14.10.2. El informe revela que el presunto agresor en el 88% de los casos (16.813), es decir, nueve de cada 10 casos denunciados en 2015, corresponde a una persona cercana como lo es un familiar, la pareja o expareja, un amigo o el encargado del cuidado de la víctima. El principal escenario para la ocurrencia de este tipo de violencia fue la vivienda de la víctima. Dentro de la violencia sexual incestuosa se observó que el principal presunto abusador fue el padre con 1.582 casos, seguido del tío con 1.278 casos, siendo las niñas y adolescentes entre los 10 y 14 años las principales víctimas.

influencia sobre el niño, incluso en el seno de la familia; y/o iii) abusando de una situación de especial vulnerabilidad del niño, en particular debido a una discapacidad psíquica o mental o una situación de dependencia”: Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. Es el primer tratado internacional que desarrolla el abuso sexual infantil, celebrado en Lanzarote, España, el 25 de octubre de 2007.

³² Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, *Forensis 2015, Datos para la Vida*, Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia, v. 17, n.º 1, Imprenta Nacional, julio de 2016.

14.10.3. Otro informe dado a conocer en octubre de 2016 por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)³³ y difundido por los medios de comunicación revela de modo alarmante las cifras de agresión sexual de niñas ubicadas entre los rangos de los 10 y los 14 años en Colombia y señala que cada día son violadas por lo menos 21 niñas con edades ubicadas en dicha rango de edad.

14.11. Uno de los mayores desafíos que tiene Colombia es garantizar que la niñez ejerza con plena efectividad sus derechos; no obstante, también uno de los mayores obstáculos para alcanzar este desafío es la violencia sexual y, particularmente, la falta de denuncia por amenaza, temores, vergüenza, desconfianza o exposición de la intimidad. Así lo puso de presente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- en un informe de gestión:

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF recibió 7.409 denuncias por presunta violencia sexual en el año 2010 de las cuales ingresaron 2.582 niños, niñas y/o adolescentes en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos - PARD y en el 2011, aumentó el número de denuncias a 12.759, de las cuales ingresaron 6.004 niños, niñas y/o adolescentes en el PARD. Las niñas entre 10 y 14 años son tal vez la población etaria más vulnerable dada la gran proporción de las denuncias. En el año 2010 se recibieron 2.484 denuncias y 4.574 en 2011, correspondiente a un crecimiento del 84,1%. Los niños son más vulnerables entre los 5 y 9 años. Durante 2010 se recibieron 588 denuncias y 1.000 durante el año 2011, con un crecimiento del 70,1%. Durante el primer semestre de 2012 se han presentado 6.568 denuncias por este mismo hecho. Este aumento en las denuncias es un avance si se tiene en cuenta que éste tipo de delitos se producen generalmente en el entorno familiar o comunitario, es decir, en el medio más cercano a la niña, niño o adolescente. Incluso en algunos casos el agresor se trata de un familiar o conocido. Por lo tanto, la denuncia es compleja por razones como persuasión, amenaza, temores, vergüenza, desconfianza o exposición de la intimidad. Lo cual hace deducir que el registro de denuncias no es fiel a la realidad de la problemática. El Instituto de Medicina Legal realizó exámenes médicos legales en el año 2010, para 17.318 casos con una tasa de 110,5 por cada 100.000 habitantes, donde 3.024 fueron varones menores de edad y 14.294 fueron mujeres menores de edad. De 2010 a 2011 los casos por presunto delito sexual

³³ Fondo de Población de las Naciones Unidas, "Estado de la Población Mundial. Refugio en la tormenta", 2015.

https://www.unfpa.org/sites/default/files/sowp/downloads/State_of_World_Population_2015_SP.pdf (03/11/16). [http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/educacion/ninas-violadas-de-entre-10-y-14-anos/16734731\(03/11/16\)](http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/educacion/ninas-violadas-de-entre-10-y-14-anos/16734731(03/11/16)).

disminuyeron de 19.617 a 17.318. Sin embargo, para 2011 los casos por presunto delito sexual aumentaron a 19.617 con una tasa de 125,5 por cada 100.000 habitantes 5, 3.405 de estos casos fueron varones menores de edad y 16.212 mujeres menores de edad. Los niños, niñas y adolescentes siguen siendo la población etaria más afectada por este delito, donde el 94% de los exámenes totales realizados por Medicina Legal en el sexo masculino son realizados a niños y adolescentes, el 85% de los exámenes al sexo femenino son realizados a niñas y adolescentes. Los últimos años las denuncias por delitos sexuales en todas las edades, así como en la niñez, han mostrado un aumento progresivo como señalan los exámenes practicados por Medicina Legal, las denuncias realizadas ante la Policía Nacional y las denuncias ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF. Las cifras generales señalan que las víctimas de los delitos sexuales siguen siendo en su gran mayoría del género femenino, y la distribución por sexo a lo largo de los últimos años se mantiene en un 85% en el género femenino y 15% en el género masculino con leves variaciones. Durante los años 2010 y 2011 el ICBF emprendió el restablecimiento de derechos de 1.686 niños y niñas en 2010 y 5.231 niños y niñas en 2011, con un crecimiento del 210,3%. Para el periodo comprendido entre enero y septiembre del presente año, el número total de niños y niñas que ingresaron al PARD es de 4.061, correspondiente a 3.466 niñas y 594 niños. Es decir, que el 22% de las denuncias recibidas en el 2010 fueron efectivamente casos de violencia sexual, porcentaje que casi se duplica al año siguiente, dado que el 40% de las denuncias resultaron verídicas. Es importante mencionar que todos los casos de violencia sexual que han sido verificados, son atendidos y se brinda el acompañamiento por el respectivo Centro Zonal en todo el proceso. Asimismo, el Centro de Atención Integral a Víctimas de Violencia Sexual – CAIVAS, recibe la denuncia, realiza la entrevista al acompañante o acompañantes del niño, niña o adolescente e igualmente acompaña a la víctima a Medicina Legal para el realizar el correspondiente examen sexológico. La violencia sexual afecta el desarrollo físico, emocional, psicológico y social de cualquier ser humano y en los casos de niños, niñas o adolescentes el impacto es trascendental. Es evidente la existencia de numerosos estudios que comprueban una relación directa entre la experiencia de abuso sexual y posterior desarrollo de problemas psicológicos a largo plazo (Pereda, 2010, p. 191-201). La etapa infantil está determinada por el desarrollo de habilidades cognitivas, aprendizaje emocional y relacional, cuestiones que se ven interrumpidas por un hecho violento como éste. Las consecuencias para los menores son de tipo físico, conductuales, emocionales, sexuales y sociales. En el corto plazo, pueden manifestar problemas como pérdida del control de esfínteres, cambios en hábitos de comida, problemas de sueño, consumo de drogas y/o alcohol, huidas del hogar, hiperactividad, bajo rendimiento académico, miedo generalizado, depresión, culpa y vergüenza, rechazo al propio cuerpo, conocimiento sexual precoz o inapropiado para su edad, problemas de identidad sexual, déficit en habilidades sociales, retraimiento social, conductas antisociales, entre otras. (Echeburúa E y Corral P, 2006, p. 79) En el largo plazo, pueden manifestarse problemas

como desórdenes ginecológicos, desórdenes alimentarios, abusos de sustancias psicoactivas, trastornos de ansiedad, baja autoestima, conductas autodestructivas, trastornos afectivos, trastornos de personalidad, maternidad temprana, prostitución, revictimización, entre otras. (Pereda, 2010, p. 193) (...)

Las implicaciones a las que conduce la violencia sexual son un fenómeno devastador para el ser humano al igual que cualquier otra forma de violencia, siendo aún más cuando acontece en etapas de la niñez donde se está gestando el desarrollo físico, mental, emocional y comportamental como determinantes de sus vidas³⁴ -se subraya-.

14.12. El *Estudio sobre la Violencia contra los Niños*, elaborado por Naciones Unidas, reveló, según datos de la OMS³⁵, que 150 millones de niñas y 73 millones de niños menores de 18 años han experimentado relaciones sexuales forzadas u otras formas de violencia sexual con contacto físico³⁶.

³⁴ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Protegiendo a la niñez de la violencia sexual*, Observatorio del Bienestar de la niñez, n.º 2, 2012. V: <http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Observatorio1/Archivo/2012/publicacion-25.pdf> consultado 20 de julio de 2016.

³⁵ WHO, Global Estimates of Health Consequences Due to Violence against Children, Background Paper to the UN Secretary-General's Study on Violence against Children, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, citado por la Organización de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, Informe Mundial sobre la Violencia contra los niños y niñas, 2012.

³⁶ "El abuso sexual, la violencia física y psicológica y el acoso sexual son formas de violencia que tienen lugar en todos los entornos. En la mayoría de las sociedades, el abuso sexual de niñas y niños es más común dentro del hogar o es cometido por una persona conocida por la familia. Pero la violencia sexual también tiene lugar en la escuela y otros entornos educativos, tanto por parte de los padres como de los educadores. Es frecuente que se produzca en entornos laborales muy cerrados, éste es el caso de los niños y niñas trabajadores empleados como trabajadores domésticos en hogares de terceros. También tiene lugar en instituciones y en la comunidad, por parte –pero no exclusivamente– de personas conocidas de las víctimas. Las niñas sufren considerablemente más violencia sexual que los niños y su mayor vulnerabilidad a la violencia en muchos entornos es en gran parte producto de la influencia de relaciones de poder basadas en el género, profundamente arraigadas en la sociedad. Al mismo tiempo, los niños tienen mayor probabilidad de ser víctimas de homicidio y particularmente de la violencia que involucra armas (...). Los datos disponibles sugieren que los niños y las niñas más pequeños sufren mayor riesgo de violencia física, mientras la violencia sexual afecta predominantemente a quienes han llegado a la pubertad o la adolescencia. Los niños parecen tener mayor riesgo de sufrir violencia física que las niñas, mientras las niñas tienen mayor riesgo de sufrir trato negligente y violencia sexual. Los patrones sociales y culturales de comportamiento, los factores socioeconómicos (incluyendo la desigualdad y el desempleo) y los estereotipos de género también desempeñan un papel importante (...). La exposición a la violencia durante la niñez también puede provocar mayor predisposición a sufrir limitaciones sociales, emocionales y cognitivas durante toda la vida, a la obesidad y a adoptar comportamientos de riesgo para la salud, como el uso de sustancias adictivas, tener relaciones sexuales precoces y el consumo de tabaco (...)": Organización de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, Informe *Mundial sobre la Violencia contra los niños y niñas*, 2006.

15. El caso concreto: el dolo civil de la víctima-demandante

15.1. El **daño** está claramente acreditado al comprobar que el señor Payares Manotas fue privado de la libertad el 13 de agosto de 2005, por virtud de la orden de captura n.º 0705112 con fines de indagatoria expedida por la Fiscalía 25 Delegada ante el Juez Penal del Circuito de Valledupar con sede en Bosconia, por su presunta autoría en el delito de acceso carnal violento en menor de 14 años. También está probado que el 11 de octubre de 2006, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar absolvió de responsabilidad penal al señor Payares Manotas en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*, mediante sentencia que según los hechos probados se encuentra debidamente ejecutoriada.

15.2. Por lo anterior, al estar acreditado que el señor Payares Manotas estuvo privado de la libertad durante 379 días -entre el 13 de agosto de 2005 y el 25 de octubre de 2006- y que, posteriormente, fue exonerado de responsabilidad penal mediante sentencia absolutoria, se evidencia claramente que hubo un daño. En consecuencia, la Sala debe estudiar si la lesión al bien jurídico tutelado de la libertad le es imputable a las entidades demandadas. Lo que pasará a revisarse a continuación.

15.3. En cuanto a la **imputabilidad** del daño a las entidades demandadas habida consideración de que el mismo es atribuido a una responsabilidad sin falla, considera la Sala oportuno poner de presente que en los eventos de privación de la libertad, especialmente aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar por aplicación del principio *in dubio pro reo*, se debe examinar el eximente de responsabilidad, según el caso concreto, de suerte que si se demuestra, tal como lo alega la entidad recurrente, que existió un hecho exclusivo y determinante de la víctima como lo es el dolo o culpa grave, el Estado podría ser absuelto de responsabilidad.

15.4. En efecto, la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, establece en el artículo 68 que “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar del Estado la reparación de perjuicios”. En la revisión del proyecto de dicha ley estatutaria, la Corte Constitucional condicionó la declaratoria de exequibilidad de la citada disposición, en estos términos:

Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención. (...) Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible³⁷.

15.5. La Sala ha considerado que si bien el condicionamiento fijado por la Corte Constitucional traduce la privación injusta de la libertad en una actuación judicial “abiertamente arbitraria”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con los daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber incurrido en ninguna conducta punible³⁸.

15.6. De conformidad con el anterior análisis, en ejercicio de una interpretación y aplicación armónica de los fundamentos normativos de la responsabilidad, para que exista responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad bajo la égida de los artículos 90 constitucional y 68 de la ley 270 de 1996, en el presente caso es necesario que el actor haya acreditado los siguientes supuestos fácticos de relevancia jurídica³⁹, a saber: i) se haya impuesto en su contra una medida

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2011 rad. 21653, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁹ Taruffo al referirse al fenómeno de relevancia jurídica afirma: “El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la misma norma prevé. Es la norma, en otros términos, la

privativa de la libertad en el marco de un proceso penal; *ii*) que dicho proceso haya culminado con preclusión o absolución *a posteriori*, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, y *iii*) que el daño y los consecuentes perjuicios hayan surgido de la restricción al derecho fundamental de libertad, para que con esa demostración surja a cargo del Estado la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el ciudadano.

15.7. Así las cosas, cuando se da uno de los supuestos fácticos señalados, hay lugar a aplicar el régimen objetivo de responsabilidad⁴⁰ pues, como ya se señaló, en virtud de la sentencia absolutoria, o su equivalente, que se funda en una de las hipótesis mencionadas, la privación de la libertad de que fue objeto el sindicado devino injusta y ello constituye un daño antijurídico, sin que sea necesario analizar la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta. Al respecto vale la pena transcribir las consideraciones de la Sección Tercera⁴¹:

El concepto de daño antijurídico, como se ha señalado en la jurisprudencia y en la doctrina se desliga de su causación antijurídica⁴². Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera

que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación. Si, y sólo si, en la concreta situación planteada en juicio, este criterio funciona con resultados positivos, entonces la norma es aplicable a ese hecho y éste es objeto de la decisión y, por tanto, objeto de prueba". TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, pp.97-98.

⁴⁰ Sobre el particular ver, entre muchas otras, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de mayo de 2012, rad. 20569, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 6 de 2011, rad. 21653, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴² [24]“...lesión indemnizable...se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate. Estas causas de justificación han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado”. García de Enterría, Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial. Cívitas. Tomo II, Madrid, 1995, pág. 373. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado: “este concepto [daño antijurídico] armoniza sistemáticamente con la regulación constitucional de los derechos individuales, pues se entiende que ante el incremento de la actividad del poder público se impone la necesidad de reforzar los mecanismos de protección de los particulares, “al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades”. Sentencia C-254 de 2003.

proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno.

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, cuando se profiere sentencia absolutoria o su equivalente, por haberse demostrado que esa persona no ha incurrido en ninguna conducta digna de reproche penal, porque en tal caso la medida devendrá injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido, porque en tal caso los daños causados con su detención serán antijurídicos.

15.8. Cabe advertir que aún en los casos en los que la persona privada de la libertad hubiera sido absuelta mediante sentencia, o su equivalente, con fundamento en la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, la Sección Tercera, en sentencia de unificación consideró que había igualmente lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque la persona afectada en tales circunstancias no tenía el deber jurídico de soportar dicha carga, en tanto no se había desvirtuado en su contra la presunción de inocencia que la amparaba:

Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el sub judice en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, es uno objetivo basado en el daño especial -como antes se anotó-, no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad -y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado, de la excepcionalidad de la privación de la libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolución, con base en el beneficio que impone el postulado *in dubio pro reo*, pero con evidente

ruptura del principio de igualdad-, también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación - además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto- determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable.

Pero dicha posibilidad resulta completamente diferente a sostener que, por solo el hecho de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción a los mandatos legales vigentes y, por tanto, mediante un proceder lícito, el Estado estaría eximido de responder por los perjuicios que le hubiere ocasionado a la víctima por razón de dicha detención, a pesar de que el correspondiente juicio penal hubiere concluido con la expedición de fallo de inocencia a favor del sindicado, incluso en aplicación del principio in dubio pro reo (...)

Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio in dubio pro reo—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴³.

15.9. Si bien pueden estar acreditados los supuestos fácticos de relevancia jurídica, en consonancia con los artículos 90 constitucional y 68 de la Ley 270 de 1996, el artículo 70 de esta última ley advierte que se repara la lesión del derecho

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, rad. 23.354, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que el afectado no está en obligación de soportar a condición que la misma no haya sido causada por dolo o culpa grave de la misma víctima:

CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El 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.

15.10. En ese orden, se observa que la Ley 270 de 1996 consagra un sistema legal de responsabilidad estatal por los daños antijurídicos imputados a la administración de justicia con ocasión de una privación injusta de la libertad, la cual se califica de injusta cuando se precluye la investigación o se absuelve al procesado, pero puede exonerarse de responsabilidad a la entidad estatal cuando la víctima con su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al daño.

15.11. La Sala advierte que la decisión tomada por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Valledupar de absolver de responsabilidad penal al señor Payares Manotas no es objeto de controversia en este debate procesal y tampoco lo es la presunción de su inocencia; la decisión penal está en firme y no es susceptible de ser enjuiciable, tal como esta Sala lo ha venido sosteniendo en reiteradas decisiones⁴⁴. En ese orden, los efectos de la sentencia que se profirió dentro del proceso penal, en este caso absolutoria, no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos, porque esta última es autónoma y con identidad

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 41208, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo: “Las decisiones de la entidad demandada, relativas a la definición de la situación jurídica y preclusión de la investigación que lo favorecieron penalmente y que el actor invoca como fundamento de la privación injusta, en conjunto con los demás elementos probatorios allegados al sub iudice, ofrecen certeza a la Sala en cuanto que este actuó contra la protección del interés superior de la menor Jazmín, sin consideración a las situaciones de vulnerabilidad e indefensión en las que se encontraba y, asimismo, prevalido en estereotipos sociales que anulan la identidad, cercenan la individualidad, subrogan en favor del hombre la libertad de la mujer y contrarían los valores y principios que impone el ordenamiento. Siendo así y sin perjuicio de la preclusión proferida por el juez natural y por ende indiscutible en esta sede, las pretensiones de reparación habrán de negarse, porque el actor incurrió en hechos reprochables a título de dolo con identidad suficiente para negar la reparación invocada. // Para la Sala, al margen de las decisiones de la Fiscalía en las que el actor Luis José fundamenta la reparación y sin discutir que las mismas favorecen al procesado, tratándose de la pretensión de reparación patrimonial debe considerarse la protección debida a la libertad sexual y demás derechos prevalentes de la menor ofendida, de donde lo acontecido amerita ser tenido como concluyente de dolo y poner de presente que el dolo de la víctima exonera al Estado de la indemnización”.

propia⁴⁵. Según se ha sostenido en diferentes providencias⁴⁶, estas dos acciones son diferentes en cuanto a las partes, el objeto, el fundamento, la carga probatoria y la exoneración de responsabilidad, así: *i)* en cuanto a las partes y el objeto, a través del ejercicio de la acción penal, el Estado *procede de oficio* y pretende la protección de los bienes jurídicos de la sociedad con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad, mientras que a través del ejercicio de la acción de reparación directa, la cual *procede solamente a instancias de la víctima*, se pretende la reparación de los perjuicios imputables al Estado donde no haya operado la causal exonerativa de responsabilidad; *ii)* el fundamento de la responsabilidad penal es la conducta típica, antijurídica y culpable del encartado, mientras que en el juicio de responsabilidad estatal es el daño antijurídico; *iii)* en cuanto a las cargas probatorias se advierte que en el proceso penal la carga de la prueba de la responsabilidad del sindicado la tiene el Estado, quien deberá desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, en tanto que en la acción de reparación directa, la tiene el demandante; y *iv)* las causales de ausencia de responsabilidad penal (artículo 32 Ley 599 de 2000) pueden ser demostrados tanto por el sindicado como por el ente investigador (Ley 600 de 2000) quien tiene además una obligación de imparcialidad, por cuanto éste debe recaudar tanto los elementos de convicción que le son desfavorables al indiciado como los que pudieran descartar su responsabilidad penal, mientras que en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio si se encuentran debidamente demostradas.

15.12. Así las cosas, si bien una persona puede ser exonerada penalmente - porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o en aplicación del principio de *in dubio pro reo*- lo cual es indiscutible en esta sede judicial y siempre se preservará el carácter incólume de

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

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. 16533, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver igualmente, sentencia del 28 de enero de 2009, 30340, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 3 de mayo de 2013, rad. 27074, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

la garantía judicial de la presunción de inocencia, no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por la privación de la libertad y condenado a indemnizar el daño causado, ya que habiéndose configurado la causal exonerativa que contempla la Ley 270 de 1996, la entidad demandada será liberada de responsabilidad. Mal haría en considerarse que la libertad es un derecho absoluto que no admite restricciones donde poca importancia adquiere el hecho determinante de la víctima en la producción del daño.

15.13. Es cierto que el Estado puede ser declarado responsable por la privación de la libertad, pero también lo es que los individuos deben actuar de *bona fides*, en estricta observancia de las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone y no participar con su conducta dolosa o gravemente culposa en la materialización del daño, para después solicitar una indemnización de perjuicios que ellos mismos originaron.

15.14. En consecuencia, la responsabilidad de las entidades públicas está comprometida por la privación de la libertad, bajo la condición de que la víctima no haya incurrido en dolo o culpa grave civil comoquiera que por el hecho de aquella no se compromete la responsabilidad estatal. La jurisprudencia constante de la Sección ha sostenido que para efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad es menester determinar si el proceder de aquella fue doloso o gravemente culposos, de modo que su comportamiento tuvo eficacia directa en la producción del daño que se intenta reclamar. Así lo ha entendido esta Sección en diferentes pronunciamientos. Al respecto, esta Subsección afirmó lo siguiente⁴⁷:

Conforme con el principio universal “*nemo auditur propiam 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.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 41208, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Asimismo, en el *sub judice* quedó establecido que en el momento de los hechos y la denuncia, Jazmín era una menor, adolescente de 16 años, 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 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 (...).

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

15.15. En el presente caso, como se demostrará a continuación, los daños por la privación de la libertad se originaron en un dolo civil del demandante, lo que deja sin fundamento cualquier pretensión indemnizatoria al estructurarse la causal exonerativa de culpa exclusiva de la víctima que libera de responsabilidad al Estado. Si bien al tenor del artículo 1516 del Código Civil el dolo civil debe ser demostrado por quien lo alega, esto es por las entidades demandadas -tal como sucedió en el presente caso-, también puede ser declarado aún de oficio. Al respecto, no existe un régimen de tarifa legal o prueba única para llevar al convencimiento al juez de su ocurrencia, razón por la cual, en aplicación de las reglas de la sana crítica y la libertad en la valoración probatoria, se puede llegar a su concreción como consecuencia de inferencias lógicas y razonables resultantes de los medios de convicción obrantes en el proceso.

De acuerdo con lo anterior, obran los siguientes medios de prueba:

15.15.1. Habían, según la denuncia penal, rumores entre los habitantes del área rural de El Copey que el señor Payares Manotas, padrastro de la niña y quien convivía con ella, cometía agresiones sexuales en contra de la menor. Al respecto, en ampliación de denuncia, bajo la gravedad de juramento, la señora Rentería Vides declaró:

[M]e enteré de lo que le pasaba a la niña por rumores, cierta oportunidad trajimos a mi abuelita enferma al Copey, y vinieron a visitarlas la niña (sic) y mi otra sobrina, ahí tuvimos la oportunidad de hablar con [la niña], mi tío FÉLIX y JOSÉ VIDES a la niña le preguntamos si era cierto lo que se rumoraba por la calle y la niña dijo que sí, que el (sic) la abusaba sexualmente y ahí los pusimos (sic) de acuerdo con ella para poner la denuncia, y que tuvo que ser a escondida (sic) de la mama (sic) porque la mama (sic) no dejaba que hiciéramos nada de esto, la llevamos al médico y el

médico le hizo el examen médico legal y me dijo verbalmente que sí había que (sic) desgarre⁴⁸ (fl. 7, c.1).

15.15.2. En el momento de los hechos y de la interposición de la denuncia, la niña tenía 13 años de edad, por lo cual se trataba de una impúber, esto es, tenía el rango legal de incapaz absoluto. Lo anterior fue confirmado con el examen forense sexológico realizado en la Empresa Social del Estado, Hospital de San Roque de El Copey, el mismo día de la presentación de la denuncia. En dicho examen se consignaron los siguientes datos:

I. IDENTIFICACIÓN: [nombre], sexo: femenino, edad aproximada 13 años, residente en el municipio de El Copey Cesar. Paciente que es traída por familiar a reconocimiento médico legal, (examen sexológico), 20 de septiembre de 2004, por haber sido presuntamente víctima de abuso sexual.

II. EDAD: Por características antropométricas, presenta una talla de 1,30 mts y un peso (sic) de 38 kg, caracteres sexuales secundarios presenta: Vello axilar, mal definido, en glándulas mamarias sin diferenciación pezón-areola, vello púbico incipiente en monte de Venus, para una edad clínica de aproximadamente 13 años.

III. EXAMEN FÍSICO. Clínicamente normal, no hay lesiones.

IV. GENITOURINARIO, HIMEN: Himen con desgarros múltiples, evidentes en los cuadrantes: 3:00 y a las 7:00 según la manecilla del reloj, de características antiguas (No hay edema ni eritema), desfloración antigua. A la fecha no hay estigma de un embarazo o enfermedad venérea⁴⁹.

15.15.3. La niña convivía con su padrastro, señor Nicolás Payares Manotas, su mamá y sus hermanos menores, bajo el mismo techo. Al respecto, en declaración rendida en audiencia pública de juzgamiento, manifestó:

Preguntada. Sírvase hacer un relato de las condiciones en que usted, sus hermanos y su madre CELINDA han convivido con el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS. Contestó. Nosotros hemos vivido en una finca de nombre el Darien allí hay una casa de condiciones bien, es de palma hay una tabla y la otra de barro, tiene dos cuartos en una dormía yo con los hermanos míos y en la otra él con mami (fl. 37, c.1).

⁴⁸ Diligencia de declaración jurada rendida por la señor Faidith Esther Rentería Vides el 3 de marzo de 2005 (fl. 9, c.1).

⁴⁹ Obra en el expediente oficio (sin número) del 20 de septiembre de 2004 suscrito por el galeno adscrito a la Empresa Social del Estado, Hospital San Roque, Baltazar Villazón Maestre (fl. 3, c.1).

15.15.4. El señor Nicolás Payares Manotas también confirmó este hecho en su declaración, así:

PDO. Sírvase manifestar en donde residía usted y en compañía de quien o quienes antes de ser capturado en razón a los hechos que dieron origen al presente proceso. CTO. Yo vivo o vivía en la finca el Andariego, finca de propiedad de WILLIAM GAMEZ, en compañía de la señora Celinda y 7 muchachos que ella tiene, los muchachos se llaman (...) y la que tiene conmigo de nombre (...) (fl. 34, c.1).

PDO. Diga que hacía usted como trabajador del a (sic) finca Darien. CTO. Yo el oficio que hago me ocupaba de la agricultura de sembrar maíz, yuca, plátano en fin so (sic). PDO. Como es la casa de la finca Darién. CTO. Una casa grande de palma grande de dos piezas, PDO. Donde dormía dentro de esa casa usted Celinda y los niños. CTO. Ellos dormían en una pieza y nosotros en la otra (fl. 36, c.1).

15.15.5. De la declaración rendida bajo la gravedad de juramento por la niña se desprende que el señor Payares Manotas ejerció sobre ella otro tipo de actos sexuales diferentes al acceso carnal. En efecto, se dijo:

Obra en autos a folio # 3 del cuaderno original que a usted le fue practicado un examen médico legal el día 20 de septiembre de 2004, en donde una vez examinada físicamente le fue encontrado un himen con desgarros múltiples con antecedentes de una desfloración antigua. De acuerdo con esto sírvase manifestar cuándo fue la primera vez que usted tuvo relaciones sexuales, es decir que fuera accedida carnalmente. Contestó. Tenía 11 años. Preguntado: Teniendo en cuenta la respuesta anterior sírvase manifestar si usted recuerda quién fue esa persona con la que por primera vez tuvo esa relación sexual. Contestó: con un muchacho de nombre POLO eso fue en el monte y él andaba por ahí, y no fue voluntaria él me obligó, él era de esa gente. Preguntado: Después de esa primera vez en que fue accedida carnalmente en cuántas otras oportunidades ha tenido relaciones sexuales o ha sido accedida carnalmente y concretamente si en alguna o alguna de esas oportunidades ha sido el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS aquí presente el autor de ese acceso carnal. Contestó. Si he tenido después de esa más relaciones varias, después con otro y después con el papá de la niña, quien se llama BENJAMÍN no sé, BENJAMÍN se fue con otra mujer en estos momentos no sé dónde está dicen que se fue para el Banco, no yo no he tenido relaciones con el señor NICOLÁS nunca. Preguntado: sírvase manifestarle a la audiencia si diferente a un acceso carnal concluida en alguna oportunidad el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS ha ejercido sobre usted algún tipo de actividad sexual.

Contestó: Sí, sí, en este estado de la diligencia la declarante se pone a llorar y manifiesta el deseo de retirarse del recinto. En estado de la diligencia en razón de que es notable el estado de alteración y en un constante llanto profuso incontenible se decreta un receso de 5 minutos para tratar de que la misma se calme un poco y pueda continuar con el interrogatorio que se le haga y esté en condiciones de ofrecer las respuestas al mismo. Reanudada la secuencia de la presente diligencia y en consideración del estado emocional de la testigo persiste y teniendo en cuenta que tanto de (sic) de las respuestas ofrecidas por el procesado NICOLAS PAYARES MANOTAS como las de la [niña] se desprende la necesidad de la práctica de varias pruebas que resultan necesarias en orden pertinente y conducente para el esclarecimiento total de los hechos materia de investigación (...) [la niña] será citada nuevamente para tratar de concluir el interrogatorio que no fue posible terminar en desarrollo de la presente diligencia por las razones que han quedado como constancia en los autos (fl. 38, c.1)⁵⁰ -se subraya-

15.15.6. Obra petición elevada por Félix Joaquín Vides Pérez, familiar de la niña, dirigida al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en la cual solicitó protección para la niña y sus hermanas por la angustiosa y tenebrosa situación que padecían. El escrito refirió lo siguiente:

Con la presente me permito dirigirme a ustedes con el fin de solicitar la protección a la dignidad de unos menores en la ciudad de El Copey, los cuales relaciono a continuación

1. Son tres menores de 14, 13 y 10 años que vienen siendo sometidos al parecer a vejámenes y abusos sexuales del padrastro NICOLÁS MANOTAS (sic) PAYARES y comentan los menores que los amenaza con violencia si dan a conocer el caso a las autoridades.
2. El niño de 14 años es varón y los de trece y 10 años son de sexo femenino y son abusados según ellas por su padrastro.
3. La señora madre es conocedora de los hechos, pero parece que comparte y está de acuerdo con lo que el padrastro hace con los menores.
4. Tengo conocimiento que el caso ha sido denunciado en la inspección de de (sic) policía de El Copey, pero no se ve la solución pronta de la situación de estos menores.

⁵⁰ El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar absolvió de responsabilidad penal al señor Nicolás Payares Manotas. Afirmó que no pudo continuar con la recepción de la declaración de la niña porque “la declarante cayó en un estado de alteración, acompañado de llanto” (fl. 38, c.1).

5. El depravado vive en su casa en El Copey. Frente al colegio del barrio las Mercedes de El Copey o En (sic) su defecto en La finca El Darién de la vereda la Legua de El Copey.

Para todo lo anterior solicito como testigo a los señores: Gustavo Silva - Vive en La finca el imperio y los esfuerzos colindante con el barrio las mercedes de El Copye. // Oswaldo Fonseca - vive en el barrio porvenir de El Copey. // Norman Trocha, vive frente a la caseta central de El Copey // Ángel Goethe - Abuelo de los niños. Ruego a ustedes hagan tolo (sic) pertinente para garantizar la honra y bienestar de los menores de esa Pareja (sic)⁵¹.

15.15.7. El 7 de abril de 2006 en audiencia pública de juzgamiento en donde se escuchó en indagatoria al sindicado, este manifestó que era la niña la que lo buscaba para “divertirse”:

Preguntado: Sírvase manifestar que dice usted acerca de la sindicación que se le hace de ser el autor responsable del acceso carnal abusivo con menor de 14 años en perjuicio de la [niña] e incluso de las hermanas de esta, quién en su condición de padrastro de dicha menor. Que tiene que decir. Contestó: No yo nunca he hecho eso al contrario siempre las he cuidado a ella de que no tengan problemas, yo jamás y nunca siempre me he preocupado por ellas de buscarle todos los días su comida (...)

Preguntado. El examen médico legal practicado a la [niña] demostró además de la edad de la misma la cual es de aproximadamente 13 años el desgarró múltiple evidente en los cuadrantes 3 y a la 7 según las manecillas de reloj esto es con características de una desfloración antigua. De conformidad con ello es claro que dicha menor ha venido siendo accedida carnalmente. Sírvase manifestar de acuerdo a la negativa que usted nos ha presentado de ser el autor de dicha conducta, si usted sabe o conoce quién ha podido ser el autor o los actores de dicho hecho delictivo. Contestó. No conozco nada de eso (...)

Procede a concederle el uso y el ejercicio (...) a los demás sujetos procesales presentes para interrogar al procesado de conformidad. En primer lugar lo hace el fiscal de la causa (...) quien haciendo uso de la palabra pregunta. Sírvase manifestar como eran sus relaciones con FAIDITH ESTHER RENTERIA. Contestó. Acabo de decir que yo con ellas (...) relaciones no tengo si no que la conocí porque ella tiene una tienda. Preguntado. Sírvase manifestar como era un día suyo dentro del hogar conformado con la madre de la [niña]. Contestó: Normalmente sin peleas ni discusiones jamás he discutido con ella. Preguntado. Cómo transcurría un día de la [niña]. Contestó. Cuando ella estaba conmigo ella quería divertirse y yo le decía que se dejara de eso (...)

Se le concede la palabra al Procurador Delegado en lo Penal (...) Preguntado. Diga si para el mes de septiembre de 2004 los hijos de CELINDA GUETTE, en cantidad de 6 asistían a algún colegio. Contestó. No iban al colegio porque en la finca no había

⁵¹ V. fl. 4, c.1.

colegio, antes sí. Preguntado. Qué distancia hay de la finca Darién al colegio. Contestó. 50 minutos a pies (sic)⁵² -se subraya-.

15.15.8. En diligencia de juzgamiento del 18 de agosto de 2006, el fiscal de la causa puso de presente que si bien inicialmente la niña negó que Payares Manotas la ultrajó sexualmente, terminó por confirmar que es cierto que el procesado había ejercido sobre ella actividad sexual diferente del acceso carnal:

Corresponde a esta Delegada la representación del Estado Colombiano a nombre de la Fiscalía General de la Nación que residió en juicio al hoy procesado mediante resolución de fecha 2 de junio de 2005, por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, (...) la investigación (...) con base en los hechos dados a conocer por FAIDITH RENTERÍA VIDES (...). Se recaudó la declaración jurada de la denunciante quién bajo la gravedad y la solemnidad que el juramento le impone fue clara en aseverar que tuvo conocimiento de los hechos porque la misma niña (...) se los confirmó luego de que ella basada en los rumores populares la indagara al respecto, en esta vista pública se escuchó en declaración jurada a la [niña] victimada quien si bien es cierto que en un principio niega que el sindicado la haya ultrajado sexualmente, termina por confirmar a la audiencia pública que es cierto que este ha ejercido sobre ella actividad sexual, lo que da a entender que sus declaraciones iniciales están influenciadas por las presuntas amenazas que el encausado ejerce sobre ella y sus hermanos y no se necesita tener demasiados conocimientos psicológicos para advertir como se desprende de las constancias dejadas en el acta de la audiencia que la menor al afirmar el hecho cometido por el sindicado en su integridad se encontraba completamente conmocionada hasta el punto de irrumpir el llanto y el deseo de retirarse de la diligencia. Nótese señora juez que esto es un fiel reflejo de la situación emocional en que se encuentra la menor por las aberraciones sexuales a que ha sido sometida la menor y aunque el sindicado en esta vista pública haya manifestado su total amenidad a la comisión de los hechos considera esta delegada que el acervo probatorio recaudado es suficiente no solo para la demostración de la materialidad del hecho sino para comprometer la responsabilidad de PAYARES MANOTAS en el delito que se le imputa es así como se erigen en su contra no solo indicios sino pruebas testimoniales como lo son la declaración de la señora FAIDITH RENTERÍA VIDES y la declaración de la [niña], que como tales deben ser valoradas de conformidad a las leyes de la sana crítica y a las reglas del testimonio, teniendo en cuenta que las leyes de la experiencia nos ilustran que cualquier persona e incluso adulta si es amenazada de muerte hacia ella y sus familiares puede en un principio negar los hechos que se le han venido cometiendo que es lo que ha sucedido con la víctima al inicio de su declaración en la vista pública pero las mismas leyes de la experiencia nos indican que

⁵² Copia autentica de la audiencia pública de juzgamiento en contra del señor Nicolás Payares Manotas (fls. 33 a 39, c.1).

cuando una persona y más que todo un menor se encuentra con esas presiones emocionales termina por manifestar la realidad de los hechos como lo hizo la menor víctima al afirmar completamente inundada en llanto que ha sido abusada sexualmente por el señor sindicado además de la prueba testimonial para el momento ha manifestado que fue el señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS LA PERSONA QUE ABUSÓ DE ELLA SEXUALMENTE a quien en la intervención de la niña la señora Juez le pregunta que si el señor NICOLÁS PAYARES MANOTAS la besó algún momento y ella decía que sí, que sí, que sí, pero al leer el expediente me doy cuenta que a folio 120 por eso surgen ciertas dudas sobre la pregunta ella (sic) por la dra (sic) y dice así, preguntado. Sírvase manifestarle a la audiencia si diferente a un acceso carnal concluido en alguna oportunidad el señor NICOLÁS PAYARES ha ejercido algún tipo de actividad sexual. Contestó. Sí, sí, la declarante se pone a llorar y manifiesta el deseo de retirarse no fue una sola vez que le preguntó a la [niña] si el señor NICOLAS la había besado, fue una pregunta que se hizo como 30 veces y al final se para llorando y dice si, si, si (...) (se destaca)⁵³.

15.15.9. En la sentencia calendada del 11 de octubre de 2006, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar consideró:

En este orden, cabría preguntar: ¿El Sí, Sí.... qué significa? ¿Qué pasó realmente? Es decir, ¿tuvo relaciones sexuales con NICOLAS PAYARES MANOTAS, o fueron otros actos diferentes? En cuyo caso no se configuraría el delito, pues como viene advertido en el cuerpo de esta sentencia, los solos besos y caricias, y aún la aproximación del miembro viril con las partes pudendas de la ofendida no constituyen acceso carnal, que es el delito por el cual ha sido investigado y juzgado el procesado de autos.

15.15.10. El señor Nicolás Payares Manotas tenía conocimiento de la denuncia que cursaba en su contra por abuso sexual de la menor de catorce años. La Fiscalía, ante la imposibilidad de lograr que el sindicado compareciera a rendir indagatoria, lo declaró persona ausente durante la etapa de investigación hasta su captura en la etapa de juicio⁵⁴. Consta en la versión libre rendida por el sindicado el 7 de abril de 2006 en la audiencia pública de juzgamiento lo siguiente:

PDO. Sírvase manifestar si usted sabe o conoce los motivos por los cuales se encuentra privado de la libertad en estos momentos.

⁵³ Copia auténtica de la audiencia de juzgamiento en contra del señor Payares Manotas fechada agosto 18 de 2006 (fls. 49 a 52, c.1).

⁵⁴ Resolución del 17 de marzo de 2005, expedida por la Fiscalía Veinticinco Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Valledupar (fl. 11, c.1).

CTO. Si los motivos que me dieron a mi callejeros (sic) de que la señora [tía] vino y me puso un denunció de que yo había violado a la sobrina de ella de nombre [X], no más hasta ahí a mi me capturaron el 13 de agosto en el mercado haciendo compras para llevarles de comer a ellas (fl. 34, c.1)

PDO. Cuando se entera usted de que en contra suya se seguía un proceso por acceso carnal con menor de 14 años. CTO. Yo me enteré porque la gente comentaba pero a mi nadie me dijo nada, me enteré dos meses antes de que me habían puesto un denunció. PDO. Porque si sabía que existía denuncia en su contra no averiguó para ver en que fiscalía o autoridad judicial cursaba esa investigación. CTO. Porque lo supe antes a mi nadie me había dicho nada (fl.36, c.1).

15.15.11. Esta exposición es determinante y conduce a la Sala a un grado de convicción de que el señor Payares tuvo la intención de afectar los intereses superiores y prevalentes de la niña. El análisis conjunto de estos medios de prueba permiten afirmar que: *i)* según la denuncia penal de la tía de la niña habían rumores entre los habitantes del área rural de El Copey donde convivían la niña y su padrastro de que se presentaba abuso sexual en contra de la niña por este último; *ii)* la niña tenía 13 años al momento de los hechos y vivía en compañía de su madre, padrastro y hermanos menores en una casa de condiciones modestas, desprovista de las garantías básicas como lo son, entre otras, la educación secundaria; *iii)* el padrastro afirmó que era la niña la que lo buscaba para "divertirse", aseveración que coincide con el testimonio vertido por esta última al decir que el señor Payares Manotas sí ejerció en su contra "actividad sexual" diferente a un acceso carnal violento, lo que es también confirmado por la denuncia interpuesta por la familiar de la niña; *iv)* la conducta pasiva y negligente del actor, quien a sabiendas de que cursaba una denuncia penal instaurada en su contra por el delito de acceso carnal violento en menor de 14 años, no le interesó investigar o al menos presentarse ante la autoridad judicial competente a fin de defenderse, lo que se corrobora con la imposibilidad que tuvo la Fiscalía de lograr que Payares Manotas compareciera a rendir indagatoria en la etapa de investigación, por lo que fue declarado persona ausente.

15.16. De conformidad con las pruebas anteriormente referenciadas y analizadas en su conjunto, la Sala estima que en el caso de autos, debido al rol que desempeñaba al interior del grupo familiar, el actor tenía una carga especial de desarrollar conductas acordes con los deberes que como buen padre de familia le habían sido impuestas por el ordenamiento jurídico como lo es la Convención

sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), en donde se prescribe que las NNA deben crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad⁵⁵. Además, obra la obligación de los integrantes del núcleo familiar de proteger a los niños contra toda forma de explotación y abuso sexual (art. 19), quienes no deben ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni de ataques a su honra y a su reputación (art. 16.1).

15.17. En el caso *sub judice*, si bien no se demostró que el actor hubiere incurrido en el delito de acceso carnal violento contra la niña, sí se estableció, como el propio juzgado de conocimiento lo aceptó, que el señor Payares incurrió en la práctica de otro tipo de actos -como besos y caricias- de tipo erótico con su hijastra, bajo la justificación, según lo afirmado por Payares, que la menor lo buscaba "para divertirse" por lo cual, a juicio de la Sala, el demandante infringió claros deberes de carácter ético y jurídico, toda vez que siendo una persona mayor de edad y, que había asumido voluntariamente el rol de compañero de la madre de los niños bajo el mismo techo y, en consecuencia, la condición de padrastro de los mismos, estaba llamado a cumplir los deberes de un buen padre de familia; sin embargo, su comportamiento quebrantó los derechos de especial protección que amparan a los menores dentro de su núcleo familiar y, por ende, su conducta es abiertamente dolosa desde el punto de vista civil, por lo cual está obligado a soportar el daño.

15.18. La Sala no puede restarle importancia a la violencia que se ejerce contra los niños y niñas, pues ellos por su fragilidad dependen de los adultos para hacer realidad sus derechos fundamentales a la vida, honra, dignidad, igualdad e integridad física; además de gozar de la protección contra el abandono, violencia física o moral, abuso sexual, entre otros.

15.19. En síntesis, al margen de la decisión absolutoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar que la Sala no controvierte ni es objeto de discusión, no se ordenará la reparación solicitada por el actor porque está probado en el expediente que Payares Manotas actuó sin atender, proteger y preservar la

⁵⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 12 de 1991 "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989". Preámbulo: "(...) el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (...)".

libertad sexual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la niña, incluso si dichos actos hubieran sido consentidos por ella, pues según lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley 599 de 2000⁵⁶, disposición vigente al momento de los hechos, se trataba de un incapaz absoluto sin voluntad y existe mayor censura cuando este tipo de conductas se desarrollaron en el contexto intrafamiliar. El señor Payares tuvo consciencia de quebrantar una obligación de protección de la menor, esto es, su conducta es dolosa desde el punto de vista civil, puesto que incurrió en un comportamiento totalmente opuesto al estricto cumplimiento de sus obligaciones como buen padre de familia.

15.20. La privación de la libertad de la que fue objeto el señor Payares Manotas no compromete la responsabilidad de la Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, pues sus actos fueron determinantes para la imposición de dicha medida.

15.21. En conclusión, es claro para la Sala que aquí está configurada la causal de exoneración de responsabilidad estatal de la culpa exclusiva de la víctima a la luz del artículo 70 de la Ley 270 de 1996, lo cual fue la causa determinante en la privación de la libertad, es decir, la medida restrictiva resulta imputable a su propia conducta, circunstancia que exonera de responsabilidad al Estado.

15.22. Hechas las anteriores precisiones, la Sala procederá a revocar la sentencia impugnada y negar las pretensiones de la demandada.

16. La protección reforzada de niños, niñas y adolescentes, víctimas o testigos de delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales

16.1. Los niños tienen el derecho a una vida libre de violencia, es decir, el derecho a no sufrir acciones o conductas que afecten su integridad física, sexual o psicológica⁵⁷; así, frente a un derecho tan esencial como lo es la libertad sexual, el Estado tiene una obligación de doble naturaleza: por una parte, abstenerse de vulnerarlo por la acción directa de sus agentes (obligación negativa o interdicción

⁵⁶ Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. "El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años".

⁵⁷ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículos 2 y 3. Ley 12 de 1991. Artículos 2, 3 y 4.

de lesión) y, por otra, garantizar el pleno ejercicio de los derechos a través de la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales para protegerlo y preservarlo (obligación positiva o de prestación)⁵⁸, lo que supone un avance en serio en la conquista de la protección efectiva de los derechos de niñas y niños.

16.2. Estas obligaciones de respeto y garantía demandan del Estado una actividad de prevención y protección de los niños y niñas, sobre todo, en casos de violencia sexual⁵⁹. En ese orden, se debe salvaguardar los derechos de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales dentro del sistema penal, particularmente el principio de dignidad humana. Estos deberes por parte de autoridades judiciales se tornan en una “obligación reforzada” cuando se trata de prevenir y proteger a los niños y niñas contra cualquier forma de violencia o discriminación en su contra, en atención a los artículos 2, 3 y 10 del Código del Menor –Ley 12 de 1991-.

16.3. En este caso específico, se observa que la Rama Judicial, lejos de honrar su compromiso de prevenir una posible revictimización durante el trámite judicial y, en especial, velar por el amparo de los derechos de la niña, no tomó las medidas necesarias para evitar que, en aplicación del principio *pro infans*⁶⁰, el interés

⁵⁸ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, cit., párr. 345; *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, serie C n.º 205., párr. 246; *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C n.º 155, párr. 79.

⁵⁹ El deber de prevención, según la Corte Interamericana: “abarca todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”. *Ibidem*, párr. 252.

⁶⁰ "7.3. La aludida ponderación resulta más evidente cuando garantías como las referidas, entre otras, se contraponen a los derechos fundamentales de los menores de edad y la prevalencia de los mismos, máxime cuando se trata de procesos penales originados por delitos sexuales o similares, donde, como se ha visto, prevalece el interés superior y herramientas hermenéuticas forzosas—como el principio *pro infans*. // En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio *pro infans* deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces (...)8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio *pro infans*, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta": Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2014, estudió la constitucionalidad del artículo 1º y algunos segmentos del artículo 2º de la Ley 1652 de 2013 “*Por medio de la cual se dictan disposiciones acerca de la entrevista y el testimonio en procesos penales de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*”.

superior de aquella fuera menoscabado, y tampoco ponderó sus garantías como sujeto de protección reforzada frente a las garantías procesales del otro sujeto procesal a quien sí se le garantizó debidamente la presunción de inocencia. En efecto, si bien la niña a la luz del artículo 266 de la Ley 600 de 2000⁶¹, estaba obligada a rendir testimonio bajo el apremio del juramento, el interrogatorio formulado por la autoridad judicial debió efectuarse salvaguardando el respeto y la dignidad de la deponente, sin incurrir en actos de revictimización mediante la remembranza de escenas evidentemente traumáticas y vergonzantes al preguntarle de manera reiterada -30 veces según la fiscalía- si el señor Payares había cometido actos sexuales diferentes al acceso carnal -besos o caricias-, teniendo en cuenta que se encontraba en presencia de su victimario y en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en razón de las amenazas recibidas con anterioridad (v. párr. 15.19.8), siendo que el artículo 274 de la Ley 600 de 2000 prohíbe a los funcionarios abstenerse de ejercer violencia sobre el testigo⁶², la cual puede ser de orden físico o psicológico; además, el funcionario no le advirtió a la niña que, en virtud del artículo 267 de la Ley 600 de 2000, no estaba obligada a declarar contra parientes dentro del segundo grado de afinidad⁶³. Como consecuencia, la niña desalojó desesperadamente el recinto judicial sin que volviera a declarar.

16.4. La ligereza en recabar el testimonio de la niña, sin tomar en cuenta las medidas necesarias de prevención, de atención especial por su edad y su estado de vulnerabilidad e indefensión, evidencia el desconocimiento de los derechos prevalentes que la amparaban, lo que amerita un pronunciamiento de la Sala.

16.5. El testimonio de una niña, víctima de un delito sexual, puede llegar a constituirse en el epicentro central del debate probatorio, como quiera que la

⁶¹ Artículo 266. Deber de rendir testimonio. "Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento, el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales. Al testigo menor de doce (12) años no se le recibirá juramento y en la diligencia deberá estar asistido, en lo posible, por su representante legal o por un pariente mayor de edad a quien se le tomará juramento acerca de la reserva de la diligencia".

⁶² Artículo 274. Prohibición. "El funcionario se abstendrá de sugerir respuestas, de formular preguntas capciosas y de ejercer violencia sobre el testigo".

⁶³ Artículo 267. Excepción al deber de declarar. "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. // El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio" – se subraya-.

autoridad judicial puede lograr de la fuente originaria una versión sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar del desarrollo fáctico, por lo cual es una gran oportunidad para dicho esclarecimiento, siempre y cuando se realice de manera adecuada, acorde con las condiciones psicológicas del menor y en un ambiente que le genere confianza, protección y respeto a su integridad. En el caso concreto, el funcionario judicial, al margen que su objetivo haya sido obtener una información directa, pronta y veraz, resguardado por el principio de inmediatez y concentración de la prueba, formuló preguntas sin mayor consideración, mesura y dignidad de la niña, sin tener en cuenta sus condiciones psicológicas y el precario desarrollo volitivo, cognoscitivo y emocional.

16.6. Es cierto que los principios de concentración y de inmediación de la prueba resultan bastiones fundamentales de la investigación penal, en la medida que permiten que los testimonios sean valoradas directamente por el juez a fin de formarse un grado de convicción respecto de la verdadera situación fáctica; sin embargo, lo cierto es que para recibir la declaración de la niña se debió tener en cuenta su índole y preservar el interés superior de esta, así como las garantías procesales del sindicado para un correcto desarrollo del juicio penal.

16.7. Al respecto, el 11 de octubre de 2006 cuando la juez del conocimiento se aprestaba a dictar sentencia absolutoria en favor del señor Payares Manotas, se refirió al estado de la menor, quien en la audiencia rompió en llanto y se abstuvo de seguir declarando:

Podría pensarse que dicho estado depresivo devino por el recuerdo de algún hecho transcendentamente negativo para ella, o por la presión anímica que para el común de las personas implica el solo hecho de encontrarse ante un estrado judicial, máxime si este corresponde al de la solemnidad de una audiencia de juzgamiento, donde todos los presentes concentraron su atención en ella, o por sentirse acosada con las preguntas, en fin, todo ello es posible dentro del análisis de una sana crítica, siendo la realidad el que nada nos haya querido decir al respecto, pues se rehusó a querer seguir declarando (...) (se destaca).

16.8. A su vez, el 18 de agosto de 2006, el órgano acusador resaltó que la juez encargada de adelantar el desarrollo de la etapa de juicio interrogó de modo intimidante a la niña con el propósito de establecer si existieron otras actividades sexuales diferentes al acceso carnal:

[L]as mismas leyes de la experiencia nos indican que cuando una persona y más que todo un menor se encuentra con esas presiones emocionales termina por manifestar la realidad de los hechos como lo hizo la menor víctima al afirmar completamente inundada en llanto que ha sido abusada sexualmente por el señor sindicado además de la prueba testimonial para el momento ha manifestado que fue el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS LA PERSONA QUE ABUSÓ DE ELLA SEXUALMENTE a quien en la intervención de la niña la señora Juez le pregunta que si el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS la besó en algún momento y ella decía que sí, que sí, que sí, pero al leer el expediente me doy cuenta que a folio 120 por eso surgen ciertas dudas sobre la pregunta ella (sic) por la dra (sic) y dice así (sic), preguntado. Sírvase manifestarle a la audiencia si diferente a un acceso carnal concluido en alguna oportunidad el señor NICOLAS PAYARES ha ejercido algún tipo de actividad sexual. Contestó. Sí, sí, la declarante se pone a llorar y manifiesta el deseo de retirarse no fue una sola vez que le preguntó a la [niña] si el señor NICOLAS la había besado, fue una pregunta que se hizo como 30 veces y al final se para llorando y si, si, si, si (...)⁶⁴.

16.9. Advierte la Sala que es deber del juez penal sopesar todas las circunstancias del caso, en orden a garantizar eficazmente los derechos de los sujetos de protección reforzada como son los niños y niñas víctimas de agresiones y abusos sexuales, con el fin de que no puedan ser lesionados con una posible revictimización por actuaciones judiciales inadecuadas y reprochables. Esta actitud es necesaria al tratarse de los derechos fundamentales de los niños y niñas, en especial cuando se investigan hechos de supuestas agresiones o abusos sexuales suscitados en núcleos familiares.

16.10. Sobre este punto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia puntualizó que si bien los principios de inmediatez y concentración son fundamentales, es deber del juez ponderarlos frente a derechos que pueden llegar a ser afectados:

Como ya reiteradamente lo ha expuesto la Sala, las disposiciones normativas de carácter ritual no se justifican por sí mismas, pues menester resulta en cada asunto ponderar su teleología y el ámbito de su protección, por cuanto de lo contrario se deriva no sólo en desafortunadas aplicaciones de las mismas, sino en arbitrariedades e injusticias⁶⁵.

⁶⁴ Copia auténtica de la audiencia de juzgamiento en contra del señor Payares Manotas (fls. 49 a 52, c.1).

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del marzo 4 de 2009, rad. 30645, M. P. María del Rosario Gonzáles Muñoz.

16.11. Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado:

En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio *pro infans* deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces⁶⁶.

16.12. En el caso *sub judice* se incumplió el deber de establecer mecanismos judiciales necesarios, propicios y adecuados para asegurar que la niña objeto de violencia tenga acceso efectivo a una investigación, resarcimiento, reparación del daño⁶⁷, si hubiera lugar a ello. Los menores tienen un derecho reforzado a la protección de su dignidad humana y al acceso a la administración de justicia, es decir, el Estado les debe garantizar los derechos fundamentales a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición⁶⁸. Recuérdese que la falta de investigación en casos de violencia sexual contribuye a la impunidad⁶⁹ y fomenta la reproducción de la violencia⁷⁰. En la sentencia C-454 de 2006 la Corte Constitucional indicó:

Esta reconceptualización de los derechos de las víctimas, a partir de la Constitución, se funda en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que promueve la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia del 26 de marzo de 2014, C-177, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁷ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Artículo 7.G.

⁶⁸ Ley 1257 de 2008. Artículo 8.i.

⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, cit., párr. 169.

⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, cit., párr. 289.

preponderante del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.

16.13. De conformidad con lo anterior, si el proceso penal no garantiza debidamente los derechos de todos los sujetos procesales, con atención particular a NNA víctimas de delitos sexuales, no es posible considerar en estricto sentido que se garantizó un recurso judicial efectivo a disposición de la víctima.

16.14. La otra situación que llama la atención de la Sala es la conducta de la juez penal de conocimiento al practicar el interrogatorio a la niña al preguntarle sobre su experiencia sexual previa, situación ajena al hecho investigado. La niña fue interrogada sobre cuándo fue la primera vez que tuvo relaciones sexuales y si han existido otras posteriores. Al respecto, consta:

Obra en autos a folio #3 del cuaderno original que a usted le fue practicado un examen médico legal el día 20 de septiembre de 2004, en donde una vez examinada físicamente le fue encontrado un himen con desgarros múltiples con antecedentes de una desfloración antigua. De acuerdo con esto sírvase manifestar cuando fue la primera vez que usted tuvo relaciones sexuales, es decir que fuera accedida carnalmente. Contestó: Tenía 11 años. Preguntado: Teniendo en cuenta la respuesta anterior sírvase manifestar si usted recuerda quien fue esa persona con la que por primera vez tuvo esa relación sexual. Contestó: con un muchacho de nombre POLO eso fue en el monte y el andaba por ahí, y no fue voluntaria él me obligó, él era de esa gente. Preguntado: Después de esa primera vez en que fue accedida carnalmente en cuántas otras oportunidades ha tenido relaciones sexuales o ha sido accedida carnalmente y concretamente si en alguna o alguna de esas oportunidades ha sido el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS aquí presente el autor de ese acceso carnal. Contestó: Si he tenido después de esa más relaciones varias, después con otro y después con el papá de la niña, quien se llama BENJAMÍN no sé, BENJAMÍN se fue con otra mujer en estos momentos no sé dónde está dicen que se fue para el Banco, no yo no he tenido relaciones con el señor NICOLÁS nunca. Preguntado: sírvase manifestarle a la audiencia si diferente a un acceso carnal concluida (sic) en alguna oportunidad el señor NICOLAS PAYARES MANOTAS ha ejercido sobre usted algún tipo de actividad sexual. Contestó: Sí, sí, en este estado de la diligencia la declarante se pone a llorar y manifiesta el deseo de retirarse del recinto.

16.15. La Corte Constitucional ha señalado que las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan:

Este tipo de pruebas no aportan elementos de juicio sobre la forma como ocurrieron los hechos objeto de investigación, sino que están dirigidas a elevar cuestionamientos sobre la idoneidad moral de la víctima por su comportamiento anterior o posterior a los hechos en relaciones diferentes y con personas distintas al acusado. No están orientadas estas pruebas a un fin imperioso de la defensa. Por el contrario, buscan reproducir un prejuicio social según el cual de una mayor predisposición o experiencia sexual se puede inferir el consentimiento de la víctima a un acto totalmente distinto y separado de las relaciones que ella hubiere podido tener con sus ex-novios o amantes.

Tales pruebas imponen una restricción grave del derecho a la intimidad de la víctima que resulta irrazonable y desproporcionada que distorsiona la finalidad de la investigación penal. (...) El comportamiento o experiencia sexual previa de la víctima, nada dice sobre su consentimiento para sostener relaciones sexuales con el acusado, ni aporta información sobre lo ocurrido el día de los hechos. Simplemente está encaminado a cuestionar la idoneidad moral de la víctima con base en prejuicios sociales⁷¹.

16.16. En ese orden, no son admisibles las pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima para determinar la existencia de un acceso carnal violento. Tales indagaciones, antes que aportar elementos de juicio serios y razonables para el desarrollo adecuado de una investigación penal, concreta, están orientadas por un prejuicio patriarcal en contra de la mujer, al considerar que pudo propiciar con su conducta que fuera abusada violentamente. Este tipo de preguntas constituyen por sí mismas un acto de revictimización, en especial tratándose de NNA.

16.17. En la actualidad, la Sala reconoce los importantes avances que ha tenido el Estado colombiano en materia de reformas introducidas al Código Procesal Penal al establecerse una metodología especial para abordar los testimonios en procesos penales de NNA víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. A título ilustrativo, el artículo 2º de la Ley 1652 de 2013,

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-453 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

establece un procedimiento para el desarrollo de la entrevista forense a los NNA involucrados en delitos sexuales, así:

16.17.1. (i) La entrevista será realizada por personal del Cuerpo Técnico de Investigación –CTI-, entrenado en entrevistas forenses de NNA, previa revisión del cuestionario por parte del Defensor de Familia, sin perjuicio de su presencia en la diligencia. En caso de no contar con dicho profesional, la autoridad competente debe asegurar la intervención de un entrevistador especializado.

16.17.2. (ii) Durante la entrevista forense el NNA podrá estar acompañado por su representante legal o por un pariente mayor de edad.

16.17.3. (iii) La entrevista se llevará a cabo en una cámara de gesell o en un espacio físico acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva de la víctima y será grabado o fijado en medio técnico o escrito.

16.17.4. (iv) El personal entrenado en entrevista forense del CTI, o quien haga sus veces, presentará un informe detallado de la entrevista realizada, el cual deberá cumplir con los requisitos del artículo 209⁷² de la Ley 906 de 2004 y normas concordantes, en lo que sea aplicable, quien podrá ser citado a rendir testimonio sobre la entrevista y el informe realizado.

16.17.5. (v) En concordancia con el artículo 1º de la Ley 1652 de 2013, el párrafo del artículo 2º ibídem señala que atendiendo a la protección de la dignidad de los NNA víctimas de las graves conductas reseñadas, la entrevista constituye un importante elemento probatorio, al cual se accede siempre y cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima.

16.17.6. (vi) Durante la indagación e investigación la víctima menor de edad será entrevistada preferiblemente por una sola vez y, sólo de manera excepcional,

⁷² Artículo 209. Informe de investigador de campo. "El informe del investigador de campo tendrá las siguientes características:

"a) Descripción clara y precisa de la forma, técnica e instrumentos utilizados en la actividad investigativa a que se refiere el informe;

"b) Descripción clara y precisa de los resultados de la actividad investigativa antes mencionada;

"c) Relación clara y precisa de los elementos materiales probatorios y evidencia física descubiertos, así como de su recolección, embalaje y sometimiento a cadena de custodia;

"d) Acompañará el informe con el registro de las entrevistas e interrogatorios que hubiese realizado".

podrá realizarse una segunda entrevista, teniendo en cuenta siempre su interés superior.

16.18. En relación con la entrevista a los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos, la Ley 1098 de 2006, *Código de la Infancia y la Adolescencia*, establece el “Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes” y los procedimientos especiales para cuando estos son víctimas o intervienen en procesos contra adultos, así: *i)* cuando los NNA sean citados como testigos en los procesos penales que se adelanta contra adultos, sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia, con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez, y el defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior. Asimismo, establece que el juez podrá excepcionalmente intervenir en el interrogatorio y será necesaria la presencia del Defensor de Familia, el cual se llevará a cabo fuera del recinto de la audiencia; este mismo procedimiento será el que se aplique para las declaraciones y entrevistas que deban ser rendidas ante la Policía Judicial y la Fiscalía General de la Nación durante las etapas de indagación o investigación. Finalmente, se establece que, a discreción del juez, los testimonios podrán practicarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del niño, la niña o el adolescente (artículo 150); *ii)* en los casos en los que los presuntos agresores no sean los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, se los citará para que lo asistan en la reclamación de sus derechos e, igualmente, se informará a la Defensoría de Familia a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que los menores víctimas carezcan definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito (artículo 193-2); *iii)* en los casos en que los niños o niñas sean víctimas de delitos y deban rendir testimonio, deberán estar acompañados de autoridad especializada o por un psicólogo (artículo 193, numeral 12) y la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones (artículo 193-13); y *iv)* en las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponerla frente a su agresor, por tanto, se deberá utilizar medios tecnológicos y el menor deberá estar acompañado de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y conainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad y solo si el juez considera conveniente podrán estar los demás sujetos procesales (artículo 194).

16.19. Recientemente, la Fiscalía General de la Nación expidió la Directiva n.º 0009 del 6 de julio de 2016 “por medio del cual se adopta el marco legal y conceptual para la protección de los derechos de los menores de edad con ocasión de su participación en la actuación penal como víctimas y testigos” y adoptó las siguientes pautas destinadas a todos los fiscales de las diferentes direcciones seccionales del órgano acusador: *i)* que no existe distinción entre la edad de primera infancia y aquella que se acerca al límite de la adolescencia, de modo que en las actuaciones judiciales se debe entender que cualquier persona que tenga menos de 18 años es menor de edad y debe recibir una protección especial; *ii)* que cuando los NNA son víctimas de conductas delictivas están en una situación absoluta de indefensión, incapaces de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales son objeto; *iii)* desarrolla, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006 y 1652 de 2013, las garantías de los NNA en el proceso penal; y *iv)* exhorta a que se aplique las obligaciones internacionales en la participación de los NNA en calidad de víctimas y testigos dentro de las actuaciones judiciales.

16.20. Si bien el Estado colombiano ha avanzado seriamente en materia de garantías procesales para NNA testigos o víctimas de delitos sexuales, las estadísticas demuestran que este flagelo se ha incrementado progresivamente. Con el objeto de prevenir el daño antijurídico, la Sala considera pertinente la adopción urgente de medidas no pecuniarias encaminadas a la satisfacción y la no repetición de las conductas que fueron materia de pronunciamiento en el presente fallo, como lo ha hecho en otras ocasiones⁷³. Sobre el principio de reparación integral y sus componentes esenciales, la Corporación ha manifestado:

En numerosos pronunciamientos la Sala ha delimitado el contenido del principio de reparación integral, en los siguientes términos: (...)

a. La restitución o *restitutio in integrum*, es el restablecimiento de las cosas a su estado normal o anterior a la violación, producto del ilícito internacional, es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha restitución no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias.

⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2011, rad. 20145, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo; sentencia de 29 de marzo de 2012, rad. 21380, M.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia de 6 de diciembre de 2013, rad. 26607, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

b. La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.

c. Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.

d. Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.

e. Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras⁷⁴.

16.21. De acuerdo con lo anterior, el Estado, en aras de brindar protección efectiva a la niñez dentro de los procesos penales donde se investiguen casos de agresión y abuso sexual infantil, debe adoptar medidas adecuadas y eficaces para garantizar sus derechos. En atención a esto, la Sala ordenará las siguientes medidas tendientes a la satisfacción y la no repetición de los hechos que en esta oportunidad fueron objeto de estudio:

16.21.1. Implementación gradual y progresiva de la cámara de gesell. Es preciso avanzar en la implementación e instalación de las salas de entrevistas (cámaras de gesell)⁷⁵, para la correcta investigación de casos de violencia sexual en contra de esta población de especial protección. Por ello, la Sala, como una medida preventiva, ordenará que se envíe copia de esta sentencia al señor Fiscal General de la Nación con el objeto de exhortarlo para que, dentro del marco de sus competencias, adopte las medidas conducentes destinadas a implementar e instalar gradual y progresivamente la cámara de gesell en todas las Direcciones Seccionales de la Fiscalía General de la Nación donde se ventilen denuncias de delitos sexuales en contra de NNA.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, rad. 29273, M.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁵ “La Cámara de Gesell, llamada así por su creador el estadounidense Arnold Gesell, es una sala acondicionada especialmente para las declaraciones de personas que han sido víctimas de delitos sexuales o violencia doméstica, conformada por dos habitaciones divididas por un vidrio especial que permite ver desde el lugar contiguo lo que sucede, sin ser observado y que cuenta con la participación de una psicóloga especialista en entrevistas en procesos judiciales”: Corte Constitucional, sentencia C-177 de 2014.

16.21.2. **Adopción de un protocolo unificado de entrevista forense.** Teniendo en cuenta que los logros de los procesos penales por delitos sexuales en NNA dependen en gran medida del carácter técnico y científico de la evidencia, es preciso que el Estado colombiano avance en la adopción, consolidación y difusión de un protocolo unificado de entrevistas forenses para la investigación de casos de violencia sexual en contra de NNA y en la capacitación de los funcionarios competentes en esta materia para que se lleve a cabo de manera adecuada, idónea y oportuna la investigación penal y se tomen las decisiones judiciales con apoyo en una correcta experticia, sujeta, desde luego, a contradicción.

16.21.2.1. En la actualidad, si bien la Ley 1652 de 2013 ordena que se realice una entrevista forense por parte del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación o las autoridades competentes a NNA víctimas de delitos sexuales, no se especifica el protocolo a seguir, si se tiene en cuenta que, según la literatura científica, existen distintos, entre los cuales cabe mencionar: i) Michigan⁷⁶; ii) Cognitivo⁷⁷; iii) National Institute of Child Health and Human

⁷⁶ “Este protocolo establece tres reglas principales que se deben tener en cuenta a la hora de llevar a cabo la entrevista: (a) los menores deben recibir información clara sobre el trabajo del entrevistador; (b) el entrevistador debe establecer “rapport” de tal manera que anima al niño a hablar y (c) el entrevistador consigue información usando preguntas que no sean directivas. Esta técnica se encuentra diseñada en nueve etapas, donde la idea es dejar a criterio del investigador seguir el orden que considere apropiado según la particularidad de la situación, las etapas son las siguientes: preparar el entorno, presentación del entrevistador, identificación y diferenciación de los conceptos verdad/mentira, establecimiento de reglas, complementar rapport por medio de una entrevista de práctica, introducir el tema, narrativa libre, interrogatorio y aclaraciones y cierre”: RAMOS CASTELBLANCO, Laura Yised, AA.VV, *Diseño de un programa para el mejoramiento de las competencias de los entrevistadores forenses en el abordaje de víctimas de abuso sexual en el CAIVAS*, Universidad Católica de Colombia, 2013, p. 8 y 9. <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/681/2/DISE%C3%91O%20DE%20UN%20PROGRAMA%20PARA%20EL%20MEJORAMIENTO%20DE%20LAS%20COMPETENCIAS%20DE%20LOS%20ENTREVISTADORES%20FORENSES%20EN.pdf> 06/07/16.

⁷⁷ “La entrevista cognitiva consta de cuatro técnicas generales para el incremento de la memoria, en lo posible debe ser aplicada a niños mayores de 7 u 8 años de edad en adelante. i) Reconstrucción de las circunstancias: este paso pretende reconstruir el contexto que rodeó el incidente, antes, durante y después; esto se logra mediante instrucciones que ayuden a pensar en la escena, por ejemplo intenta pensar cómo era la habitación, que hora era, los olores, qué personas había alrededor, sitúate allí, en el momento en que todo ocurrió. ii) Compleción: Es común encontrar niños que omitan información por considerar que no es importante, por tal razón es necesario darle la instrucción al menor de decir absolutamente todo lo que tenga en su recuerdo sin eliminar nada. iii) Recordar en diferente orden: El hecho de recordar la situación desde diferentes momentos ayuda a recopilar detalles que desde un relato direccionado es más difícil realizar. iv) Cambiar de perspectivas: Consiste en intentar adoptar una visión desde diferentes puntos de vista sobre la situación. Esto puede ayudar a recordar las

Development –NICH⁷⁸; iv) NICH⁷⁹ modificado; v) SATAC -simpatía, anatomía, tocamiento, abuso y cierre, diseñado por la Asociación Americana de Fiscales, avalado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos⁸⁰; y vi) Pasosabio (Step-wise)⁸¹.

características físicas del perpetrador, recordar nombres, pedazos de conversación, tono de voz de los implicados, etc”. *Ibid.*, p. 9.

⁷⁸ “[S]e encuentra compuesto básicamente de seis etapas; distribuidas así: introducción, discusión de verdad y mentira, discusión de las reglas de juego de la entrevista, desarrollo de la simpatía con el menor, solicitud de la descripción de un evento anterior neutral y finalmente realizar la transcripción a la parte sustantiva a través de una pregunta solicitando al menor una descripción del porqué de la entrevista. El recorrido total de la entrevista se lleva a cabo a través de invitaciones NO sugestivas y preguntas abiertas cuanto sea posible, seguidas por preguntas enfocadas, así se abordan cada incidente de abuso”. *Ibid.*, p. 10.

⁷⁹ Un protocolo derivado del anterior es el protocolo de NICH⁷⁹ – modificado, “la entrevista se realiza a través de invitaciones sugestivas y preguntas abiertas tanto como sea posible, seguidas por preguntas enfocadas no sugestivas y preguntas con opciones, está compuesto por dieciocho fases: presentación de entrevistador/entrevistado y sus funciones, conceptos de verdad/mentira, construcción de rapport, exploración de la expresión verbal, descripción de un suceso reciente, narración libre del suceso alegado, explicación del último suceso (si se han presentado múltiples incidentes), preguntas aclaratorias, preguntas abiertas sobre el último suceso, narración del primer suceso, preguntas indicio sobre el primer suceso, preguntas abiertas y cerradas sobre el primer suceso, narración de otros incidentes, preguntas aclaratorias, preguntas directas sobre el suceso, preguntas conductivas para conocer detalles importantes a nivel judicial, realizar la invitación al entrevistado para aportar alguna otra información que sea importante y conversar sobre un tema neutro”. *Ibid.*, p. 11.

⁸⁰ Otro protocolo internacional es el SATAC “(...) protocolo de entrevista utilizado en el Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual (CAIVAS), este protocolo es una entrevista semiestructurada que pertenece a CornerHouse [ONG que se dedica a la capacitación y evaluación del maltrato infantil, con sede en Minneapolis, Minnesota, Estados Unidos] un centro de atención interinstitucional que se encarga de la evaluación de niños víctimas de abuso sexual y capacitación de personal en el tema, esta guía es difundida en Colombia por el ICITAP [International Criminal Investigative Training Assistance Program, of the Department of Justice- de la Embajada Americana] y puede ser modificada según las circunstancias del testigo o testigo víctima, el protocolo está compuesto por cinco fases. Simpatía: Construcción del rapport de acuerdo al desarrollo cognitivo y habilidad del menor. Anatomía: se realiza la presentación de muñecos anatómicos según la edad del menor para determinar el nivel de reconocimiento de las partes íntimas de ambos sexos y manejar un idioma en común de estas partes durante la entrevista. Tocamientos: se indaga sobre caricias positivas y negativas (caricias que le gustan o no le gustan) que el menor da y recibe. Abuso: se permite el relato libre de la experiencia y luego se realizan preguntas aclaratorias para conocer circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho. Cierre: se pregunta al menor la existencia de alguna otra información que él considere importante y se educa en seguridad personal”. *Ibid.*, p. 12.

⁸¹ “El protocolo Pasosabio o paso a paso, los pasos propuestos por este protocolo son: a) Desarrollo de empatía. b) Modelaje de la manera de entrevistar. c) Definición y deber de decir la verdad. d) Presentación del tema: se le pregunta si conoce el motivo de la reunión o se introduce el tema, incluso usando dibujos anatómicos para que indique las partes del cuerpo. e) Narrativa libre. f) Preguntas generales. g) Preguntas específicas. h) Ayudas Demostrativas. i) Conclusión”. *Ibid.*, p. 13.

16.21.2.2. En atención a la importancia y necesidad que reviste adoptar un protocolo unificado en materia de entrevistas forenses a NNA víctimas de abuso sexual, la Sala exhortará al señor Fiscal General de la Nación para que dentro del marco de sus competencias adopte e implemente a través de los criterios que juzgue técnicamente conducentes y pertinentes un protocolo unificado de entrevista adecuado para recepcionar los testimonios de NNA, bien sea en calidad de testigos o víctimas de agresión o abuso sexual, en condiciones idóneas, de protección y seguridad, acordes con su estado de vulnerabilidad e indefensión y respeto por su dignidad humana, de modo que se garantice plenamente la protección de sus derechos en los procesos penales.

16.21.3. Asimismo, se exhortará al señor Fiscal General de la Nación para que diseñe y realice el correspondiente programa de capacitación de los miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones –CTI- de la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades competentes, para la plena implementación de las directrices establecidas en el protocolo unificado de entrevistas de niños, niñas y adolescentes, víctimas o testigos de agresiones o abusos sexuales.

16.21.4. Se exhortará al señor Director del Instituto Nacional de Medicina Legal de la Fiscalía General de la Nación para que se adopten las medidas pertinentes en orden a que los dictámenes de medicina legal sobre violencia sexual en niñas, niños y adolescentes realicen un estudio integral que abarque, al menos, los siguientes aspectos: su estado anatómico, funcional, estético, psicológico y su entorno de vida familiar y social, con el objeto de establecer no solamente los posibles daños físicos sino también psicológicos, para que las autoridades judiciales tomen las medidas pertinentes (*v. supra.* 15.15.2).

16.21.5. Se ordenará que dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, se publique la misma en el portal web de la Fiscalía General de la Nación, a través de un enlace visible y de fácil acceso, con un título respetuoso de los derechos de la víctima y con reserva de su identidad, por un lapso de tres meses.

16.21.6. Se enviará copia de esta sentencia a la Consejería Presidencial para la Primera Infancia –CPPI- con el fin de exhortarla a reforzar las políticas públicas de prevención, investigación y sanción de la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes (NNA).

16.21.7. Se enviará copia de esta sentencia a 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.

16.21.8. Por último, se remitirán copia de esta sentencia con destino a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia para que, en atención al artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto.

VI. Costas

17. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que se condenará en costas a la parte que haya actuado de forma temeraria. En el presente caso no se observa comportamiento temerario en la actuación de las partes, por lo que se denegará esta solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, 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 del Cesar el 7 de julio de 2011 y, en su lugar, se dispone:

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

SEGUNDO. DISPONER que la difusión de esta providencia no permita la identificación de la menor afectada, salvo las copias dirigidas a autoridades públicas, obligadas a dar cumplimiento de la decisión.

TERCERO. ORDENAR, con fundamento en los artículos 13, 43 y 44 de la Constitución Política, las siguientes medidas:

- **EXHORTAR** al señor Fiscal General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias: *i)* adopte las medidas conducentes, destinadas a implementar e instalar gradual y progresivamente la cámara de gesell en todas las Direcciones Seccionales de la Fiscalía General de la Nación donde se ventilen denuncias de delitos sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes; *ii)* adopte e implemente a través de los criterios que juzgue técnicamente conducentes y pertinentes un protocolo unificado de entrevistas adecuado para recepcionar los testimonios de los niños, niñas y adolescentes (NNA), bien sea en calidad de testigos o víctimas de agresión o abuso sexual, en condiciones idóneas, de protección y seguridad, acordes con su estado de vulnerabilidad e indefensión y respeto por su dignidad humana, de modo que se garantice plenamente la protección de sus derechos en los procesos penales; *iii)* diseñe y realice el correspondiente programa de capacitación de los miembros del Cuerpo Técnico de Investigaciones –CTI- de la Fiscalía General de la Nación y demás autoridades competentes, para la plena implementación de las directrices establecidas en el protocolo unificado de entrevistas de niños, niñas y adolescentes, víctimas o testigos de agresiones o abusos sexuales.

- **EXHORTAR** al señor Director del Instituto Nacional de Medicina Legal de la Fiscalía General de la Nación para que se adopten las medidas pertinentes en orden a que los dictámenes de medicina legal sobre violencia sexual en niñas, niños y adolescentes realicen un estudio integral que abarque, al menos, los siguientes aspectos: su estado anatómico, funcional, estético, psicológico y su entorno de vida familiar y social, con el objeto de establecer no solamente los posibles daños físicos sino también psicológicos, para que las autoridades judiciales tomen las medidas pertinentes.

- **SOLICITAR** al señor Fiscal General de la Nación que, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, publique la misma en el portal web de la Fiscalía General de la Nación, a través de un enlace visible y de fácil acceso, en su página inicial, con un título respetuoso de la víctima y con reserva de identidad de las mismas, por un lapso de tres (3) meses.

- **REMITIR** copia de esta sentencia a la Consejería Presidencial para la Primera Infancia –CPPI- con el fin de exhortarla para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, refuerce las políticas públicas encaminadas a la prevención, investigación y sanción de la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes.

- **REMITIR** copia de esta sentencia a 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.

CUARTO: REMITIR copia de esta sentencia con destino a La Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia para que, en atención al artículo 24 del Decreto 262 de 2000, vigile el cumplimiento de lo resuelto.

En firme este fallo, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Presidenta

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado

