CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera Ponente (E): MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número:	25000-23-31-000-2009-01031-01 (41703)
Naturaleza:	Acción de reparación directa
Actor:	Luis Eduardo Vanegas Osorio y otros
Demandado:	Nación-Rama Judicial-Fiscalía General
Asunto:	Acción de reparación directa – Apelación de sentencia

Referencia: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / ANÁLISIS DE FALLA la medida de detención preventiva fue necesaria, razonable y proporcional.

Cuestión previa: La Sala suprimirá de la providencia los nombres verdaderos de los menores de edad involucrados en este proceso, como medida para proteger su intimidad. Por lo anterior, las niñas y el niño cuya identidad se protege serán llamados Violeta, Margarita, Rosa y Pedro.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 4 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Rama Judicial y se denegaron las pretensiones. Se confirmará la decisión de primera instancia.

I. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

(i) El señor Luis Eduardo Vanegas Osorio fue vinculado, como persona ausente y previo la designación de un defensor de oficio, a una investigación penal con fundamento en informe de un Defensor de Familia, el cual condensaba dictámenes médico legales y declaraciones de cuatro menores de edad y de la persona encargada de su cuidado; (ii) la Fiscal Seccional 232 de la Unidad Especializada en Delitos contra la Integridad y Formación Sexuales, mediante providencia de 1º de julio de 2004, profirió medida de aseguramiento en contra del antes nombrado por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo; (iii) el 26 de abril de 2005, la Policía Metropolitana de Bogotá capturó al señor Vanegas Osorio y lo dejó a disposición de la autoridad competente; (iv) por solicitud de la defensa, fueron llamados a declarar la madre de los menores comprometidos y dos de ellos. La primera, le restó credibilidad al dicho de sus hijos y los segundos, las niñas Violeta y Margarita, cambiaron sustancialmente su versión inicial de los hechos; (v) la aludida Fiscal 232, por proveído de 21 de julio de 2005, profirió resolución de acusación en contra del hoy demandante; (vi) en la etapa del juicio, la Fiscalía pidió que se le dé plena credibilidad a la versión de los menores y destacó que no se puede soslayar que la retractación que de algunos de ellos, fue posterior a la captura del señor Vanegas Osorio y a la manipulación que se ejerció por esta causa; (vii) el 21 de abril de 2006, la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá condenó al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio a la pena principal de 64 meses de prisión y (viii) el 4 de agosto de 2006, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la anterior sentencia condenatoria y ordenó la libertad inmediata del actor. Decisión que fue notificada, mediante edicto fijado el 23 de agosto de 2006.

II. ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 20 de junio de 2008, ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá (f. 1-15 c. ppl.), los señores Luis Eduardo Vanegas

Osorio y Flor Alicia Rojas Parra, quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos Angie Catherine Tique Rojas y Brutlyk Yhuzetd Tique Rojas, a través de apoderado judicial (f. 16 c. ppl.), solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General por la privación injusta de la libertad que afrontó el primero de los nombrados, por espacio de 15 meses y 12 días

1. *Declarar administrativamente responsable a la Nación-Fiscalía General-Rama Judicial de los perjuicios materiales, morales y daño a la vida de relación a favor de los demandantes Luis Eduardo Vanegas Osorio, Flor Alicia Rojas Parra, Angie Catherine y Brutlyk Yhuzeth Tique Rojas o a quien represente legalmente sus derechos, por la falla judicial y la privación injusta de la libertad del primero de los nombrados.*

2. *Condenar a pagar en consecuencia a la Nación-Fiscalía General de la Nación-Rama Judicial, como reparación del daño ocasionado, a favor de cada uno de los demandantes o a quien represente legalmente sus derechos por perjuicios morales, daños a la vida de relación y perjuicios materiales (daño emergente, lucro cesante) causados, las siguientes sumas de dinero:*

a. *Perjuicios morales: La suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de la sentencia o del auto que los liquide, para cada uno de los demandantes.*

b. *Daño a la vida de relación: La suma de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de la sentencia o del auto que los liquide, para cada uno de los demandantes.*

c. *Perjuicios materiales: Por daño emergente y lucro cesante la suma equivalente a:*

La suma de cuarenta millones de pesos ($40.000.000) o el mayor valor que se determine al momento de realizar la liquidación o el resultado de la peritación a favor del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, por los siguientes conceptos: La suma de veinticinco millones de pesos ($25.000.000), consistente en los dineros que dejó de percibir durante los veinticinco meses que estuvo privado de la libertad, en razón de un millón de pesos mensuales que devengaba como agricultor, más la suma de quince millones de pesos ($15.000.000), equivalente a los honorarios que canceló al abogado (f. 2 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Los demandantes adujeron que se configura una falla judicial por cuanto el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio fue vinculado a una investigación penal y privado de la libertad, pese a que se conocían los *"dictámenes de medicina legal que demostraban que las menores no habían sido accedido carnalmente"* y que se tenían serios indicios de que ellas *"estaban mintiendo en las declaraciones que dieron en Bienestar Familiar"* (f. 5 c. ppl.).

Insistieron en que se presentó negligencia u omisión por parte de la Fiscalía y del Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá, por cuanto no estudiaron el material probatorio y no ordenaron la práctica de nuevos dictámenes o elementos de convicción que permitieran establecer la verdad.

2. Trámite de primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia de 21 de enero de 2010, que se notificó en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (f. 91-96, 98-99 c. ppl.).

3. Intervención pasiva

La Fiscalía General de la Nación sostuvo que *"la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al señor Vanegas Osorio por la Fiscalía Delegada obedeció a razones jurídicas atendibles en ese momento determinado, a una decisión que por la época de su expedición se ajustaba a todas las exigencias sustanciales y formales de la ley, mas No a una actuación indebida por una desfasada subsunción de la realidad fáctica o a una grosera utilización de la normatividad jurídica; razón por la cual discrepamos totalmente de las afirmaciones esbozadas por la parte actora en el libelo demandatorio"* (f. 106 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Puntualizó que *"se pronunció jurídicamente, de acuerdo con la naturaleza del hecho investigado que fue por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo, las pruebas aportadas hasta ese momento, el origen de la acusación y con la observancia de los criterios fijados por la ley, fue así como la Fiscal, al resolver la situación jurídica del señor accionante, decidió dictar medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra por los punibles en mención, basándose en pruebas que satisfacían los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal"* (f. 107 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Evidenció que *"existían unos cargos muy graves, ante estos hechos, el deber de la Fiscalía era el de iniciar la investigación penal e imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, pues era la única medida que procedía de acuerdo al delito investigado y a la época en que sucedieron los hechos"* (f. 112 c. ppl.).

Precisó que el hecho de que *"el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá discrepe con la decisiones del Fiscal Delegado y el Juez de conocimiento no significa que sean ilegales o subjetivas; pero en lo referente a la Fiscalía General de la Nación se dio bajo parámetros constitucionales y legales para tales determinaciones, lo que excluye también la noción de detención injusta y, en consecuencia, el daño que pudo sufrir el sindicado al ordenarse su detención, no tenía la categoría de antijurídico y el*

procesado, en este caso, se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial, como quiera que en la investigación sí existía más que indicios graves de responsabilidad, prueba directa en su contra, así mismo, no se encuentra en manera alguna un error jurisdiccional que pueda conllevar una falla en la prestación del servicio de administrar justicia" (f. 116 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La Rama Judicial, por su parte, evidenció que *"el demandante fue absuelto por el Tribunal Superior de Bogotá por duda, más no porque se haya demostrado totalmente su inocencia. En efecto, el actor, en el presente caso, fue absuelto por in dubio pro reo, cuando el Tribunal manifestó que "pero de esta confrontación aflora duda sobre la conducta punible, que al no contar con certeza de su realización, como se reclama por los impugnantes, la sentencia deberá revocarse"* (f. 137 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Propuso la excepción de culpa exclusiva de la víctima, por cuanto el demandante no interpuso recurso de apelación en contra de la providencia que le impuso la medida de aseguramiento. Lo anterior, por cuanto, una vez tuvo conocimiento de la investigación, huyó de la justicia.

También propuso la ausencia de causa *petendi* para demandar, por cuanto *"la medida de aseguramiento a que fue sometido el demandante fue consecuencia de los indicios graves de responsabilidad (Art. 388 Ley 600 de 2000), a punto que resultó apropiada y razonada para que el procesado compareciera al proceso, porque desde su inicio huyó de la justicia, tal como dan cuenta las piezas procesales del expediente penal"* (f. 141 c. ppl.).

Precisó que la entidad no está legitimada en la causa por pasiva, *"porque los actos jurisdiccionales de sujeción y privación de la libertad, fueron decretados por la Fiscalía en la etapa de instrucción y después de la detención preventiva, la misma prosiguió por virtud de la resolución de acusación"* (f. 143 c. ppl.).

4. Alegatos de conclusión

La Fiscalía General de la Nación señaló que *"el material probatorio legalmente recuperado para el escenario procesal de definir la situación jurídica, conllevó a colegir la presunta responsabilidad de los hechos punibles por los que se procedía, en cabeza del sindicado, el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, quien fuere vinculado a la*

investigación como persona ausente, gracias a su actuar, como bien lo afirma en su demanda, tuvo que esconderse para evitar que fuese enviado a la cárcel, advirtiendo una causal excluyente de responsabilidad administrativa, como es la culpa exclusiva de la víctima, a quien otorgándosele la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, no hace uso de la misma, quien se declaraba ajeno a los hechos" (f. 176 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Sostuvo que procedió *"de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos una falla del servicio"* (f. 179 c. ppl.).

Los actores señalaron que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio no cometió el delito por el cual fue investigado, procesado y privado de la libertad, tal como lo reconoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Insistieron en que la Fiscal Seccional 232 de la Unidad Especializada en Delitos contra la Integridad y Formación Sexuales dictó la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, *"antes de entrar a estudiar más la veracidad de la prueba recaudada"* (f. 194-195 c. ppl.).

Adujeron que *"toda persona que es vinculada a un proceso penal y cobijada con medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación y, posteriormente, es absuelta, el Estado está en la obligación de indemnizarle los daños materiales e inmateriales causados con la privación de la libertad"* (f. 198 c. ppl.).

Enfatizaron que las demandadas con todo su poder coercitivo e investigativo *"no probaron la responsabilidad del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, al contrario, encontrándose prueba que demostraba su inocencia dentro del proceso, ordenan su captura y su privación de la libertad y para rematar lo condenan, esto las convierte en negligentes en el cumplimiento de su labor encomendada por la Constitución y la ley, esa negligencia hace parte de la falla en el servicio por omisión, este actuar es lo que causa el daño antijurídico, rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas y origina los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado"* (f. 199 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La Rama Judicial reiteró las excepciones propuestas y evidenció que los documentos allegados al proceso no tienen ninguna eficacia probatoria, por cuanto son copias simples.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección *"B"*, mediante sentencia de 4 de mayo de 2011, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Rama Judicial y denegó las pretensiones de la demanda.

Explicó que *"si bien los actos que privaron de la libertad al demandante, en primer lugar, fueron proferidos por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de investigación, en la etapa de juzgamiento hubo decisiones proferidas por la Nación-Rama Judicial, por intermedio de uno de sus órganos, esto es, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Bogotá que incidieron directamente en la privación de la libertad del demandante, tales como la providencia que ordenó que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio siguiera privado de la libertad y la sentencia condenatoria proferida por los delitos de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo"* (f. 209 vto c. ppl.).

Estableció que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio *"incumplió con el deber de colaborar con la administración de justicia, a fin de obtener el esclarecimiento de los hechos por los cuales se le estaba investigando, procediendo en su lugar a evadir a la justicia y, en consecuencia, no hacer uso de su derecho a la defensa, dando lugar a la medida de aseguramiento impuesta en su contra, situación que encuentra probada con la confesión realizada en la demanda"* (f. 215 vto c. ppl.).

Destacó que *"el demandante tuvo conocimiento de la investigación que se llevaba en su contra, pero no hizo uso de sus derechos, ni prestó la colaboración debida a la justicia, procediendo en su lugar a esconderse con el objeto de no ser capturado. Adicionalmente, por las características de la investigación, esto es, el delito de acto sexual con menor de 14 años, el cual se realizaba presuntamente a las hijas de su ex compañera sentimental, resulta comprensible que desde el 27 de marzo de 2003, momento que se dio inicio a la apertura de la instrucción en contra del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, este tuviera conocimiento de los hechos por los que se le investigaba"* (f. 215 vto c. ppl.).

Señaló que *"del actuar de Luis Eduardo Vanegas Osorio se predica una culpa grave, toda vez que no desvirtuó dentro del proceso penal los acercamientos que realizaba sobre las menores y el hecho de que éste tenía conocimiento de la investigación que se llevaba en su contra y que huyó de la justicia, negándose asimismo la posibilidad de controvertir los hechos por los cuales se le investigaba y a raíz de los cuales se le impuso la correspondiente medida de aseguramiento"* (f. 216 c. ppl.).

Estableció que el actor *"estaba en el deber jurídico de soportar la carga que le fue impuesta, pues fue quien con su propio proceder se puso en condiciones para que se adelantara una investigación penal en su contra"* (f. 216 vto c. ppl.).

6. Recurso de apelación

Los demandantes dejan claro que la Fiscalía nunca endilgó al señor Vanegas Osorio "*responsabilidad por acto sexual abusivo, asimismo, a prima facie, la negligencia de los entes investigadores para valorar la prueba, porque desde que se realizó el dictamen técnico de Medicina Legal a las menores, tuvieron certeza que nunca habían sido accedidas carnalmente, pero éstos de forma terca y caprichosa ordenaron la captura, lo que nos permite inferir, claramente, que siempre hubo una privación injusta de la libertad. Lo anterior, porque aun teniendo certeza que las menores no habían sido accedidas, los entes investigadores privaron de la libertad al señor Vanegas Osorio"* (f. 220 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Advirtieron que al *a quo* le estaba vedado *"entrar a estudiar si la persona que fue absuelta por una conducta punible pudo estar incurso en otro tipo penal, toda vez que esto es competencia de la Fiscalía y de los Jueces Penales; dentro del proceso administrativo, el funcionario judicial debe analizar si es cierto que se incurrió en una omisión por parte de las demandadas para aplicar la responsabilidad subjetiva o si los funcionarios o demandados, cumpliendo con su deber, causaron perjuicios –responsabilidad objetiva-"* (f. 220 c. ppl.).

Señalaron que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio *"fue vinculado al proceso por unas presuntas conductas punibles que le endilgaba la Fiscalía; pero a quien le correspondía demostrar la culpabilidad era al Estado, a través de su ente investigador, que tenía la competencia, la coerción y todos los recursos necesarios para probar los supuestos de hecho de una imputación, pero ahora dentro de la responsabilidad*

administrativa no se pueden escudar que era el investigado el que debía demostrar su responsabilidad, porque el acusado se limita a defenderse de las conductas que le imputan" (f. 221 c. ppl.).

Destacaron que el hecho de que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio se hubiera escondido de la justicia *"no significa que evada su responsabilidad, toda vez que quedó demostrado en la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que era inocente; por eso, no creen que una persona que tenga certeza de ser inocente deba someterse a una justicia parcial, para que sea maltratado y humillado, como le sucedió al antes nombrado, que existiendo prueba de su inocencia es capturado, privado de su libertad por más de quince meses, para que el aludido Tribunal, en sentencia, se pronunciara absolviéndolo porque era inocente"* (f. 221 c. ppl.).

7. Trámite de segunda instancia

El 2 de septiembre de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por los demandantes (fl. 227, c. ppl), el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en auto del 13 de julio de 2011 (fl. 223-224 c. ppl.).

El 7 de octubre de 2011, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 229 c. ppl.).

El 22 de septiembre de 2016, la Sala aceptó el impedimento manifestado por el magistrado Ramiro Pazos Guerrero (fl. 261-262 c. ppl.).

El 25 de mayo de 2017, se ordenó oficiar a las Asociaciones Afecto Contra El Maltrato Infantil y Creemos en Tí para que profesionales en las áreas de diagnóstico del abuso sexual de menores (médico forense, psiquiatría y psicología), con fundamento en las pruebas obrantes en el plenario, respondieran varias preguntas (fl. 264-265 c. ppl.).

8. Alegaciones finales

La Rama Judicial insistió en que en el *sub judice* se configura la culpa exclusiva de la víctima, por cuanto el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio no apeló la providencia que le impuso la medida de aseguramiento, además huyó de la justicia, *"acto que por sí solo constituía indicio en su contra"* y dio lugar a la privación de la libertad con su comportamiento *"deleznable"* (f. 231 c. ppl.).

Reiteró que la privación de la libertad fue justificada, en este caso, por cuanto la *"captura fue consecuencia de haber huido de la justicia y de los indicios graves de responsabilidad (Art. 388 Ley 600 de 2000), a punto que resultó necesaria para lograr la comparecencia del imputado –aquí demandante- al proceso penal"* (f. 231 c. ppl.).

Puntualizó que *"teniendo en cuenta que el demandante fue absuelto por duda, el régimen de responsabilidad que debe aplicarse para resolver el presente asunto en segunda instancia, es el subjetivo o de falla del servicio"* (f. 233 c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La Fiscalía General de la Nación evidenció que la indagatoria tiene un fin especial, por cuanto es *"el mecanismo por excelencia que tiene el investigado para hacer efectivo el debido proceso, como está consagrado en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, pudo hacer uso de esta garantía en el despacho judicial para hacer valer sus derechos como el de defensa y contradicción de la prueba, pero por el contrario, desechó esta oportunidad que le ofreció el poder del Estado, siendo aquí bastante complejo que ahora, después de una investigación penal donde nunca concurrió, se nos pretenda endilgar responsabilidad ante su ausencia del cumplimiento del deber de ciudadano y como parte del Estado Social de Derecho, aquí podemos vislumbrar una culpa exclusiva de la víctima"* (f. 235 vto c. ppl.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Afirmó que, en todo caso, no se puede soslayar que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio *"con su actuar, propició su vinculación a la investigación, al vulnerar o atentar contra el libre desarrolló sexual de unas menores"* (f. 236 c. ppl.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 4 de mayo de 2011, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo considerado por la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se

instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso[1].

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva[2]

En el *sub exámine* debido a que la sentencia que absolvió al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio se notificó por edicto que se fijó el 28 de agosto de 2006 (f. 54 c. 3), es claro que la demanda de reparación directa presentada por los actores, el 20 de junio de 2008, se encuentra dentro de los dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho dañoso, en los términos del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, normatividad aplicable al proceso por factor temporal.

---

[1] En decisión proferida por la Sala Plena de la Corporación el 9 de septiembre de 2008, expediente 34.985, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se consideró que: *"…el conocimiento de los procesos de reparación directa instaurados con invocación de los diversos títulos jurídicos de imputación previstos en la referida Ley Estatutaria de la Administración de Justicia corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV"*.

[2] Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por esta Subsección:
-Providencia del 26 de agosto de 2015, radicado No. 200301473 01 (38.649), actor: Ómar Fernando Ortiz y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).
-Providencia del 25 de junio de 2014, radicado No. 199900700 01 (32.283), actor: Wladimiro Garcés Machado y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).

3. Legitimación

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, está acreditado por el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio que estuvo privado de la libertad por espacio de 15 meses y 12 días, hecho que se corroborará con las pruebas a las que se hará referencia más adelante.

En este punto, es preciso evidenciar que, en las actuaciones penales aparece que la compañera del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, es la señora Flor Alicia Rojas Parra. El 28 de mayo de 2008, en declaración extraproceso, el antes nombrado afirmó que *"actualmente convivo bajo un mismo techo, en unión libre, y hago vida marital de hecho desde hace cinco (5) años con mi compañera Flor Alicia Rojas Parra (…..), quien actualmente es trabajadora independiente (vendedora ambulante), de esa unión mi compañera aporta dos hijos Brutiyk Yhuzfid Tique Rojas y Angie Katherine Tique Rojas, menores de edad, hemos convivido de manera permanente e ininterrumpida hasta la fecha"* (f. 55 c. 3).

Y que los menores Brutlyk Yhuzetd y Angie Katherine Tique Rojas son hijos de la señora Flor Alicia Rojas Parra, según consta en los registros civiles de nacimiento aportados (f. 56-57 c. 3).

La Sala ha considerado que las declaraciones extrajuicio carentes de ratificación en el proceso -tal y como lo exigían los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones vigentes para el momento en que se cumplió la etapa probatoria en el *sub lite*- no tienen ninguna eficacia probatoria[3], ello aunado al hecho de que, en el presente caso, fueron rendidas por los directamente interesados en la prosperidad de las pretensiones formuladas. Teniendo en cuenta lo anterior y dado que no obra dentro del proceso testimonio alguno que permita acreditar la calidad de compañera permanente, esta Sala considera que la señora Flor Alicia Rojas Parra y sus hijos no se encuentran legitimados en la causa por activa.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se constata que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que correspondieron a la Fiscalía General y la Rama Judicial, de manera que la Nación, representada por tales entidades, se encuentra legitimada como parte demandada en el asunto de la referencia.

---

[3] Sentencia de 13 de agosto de 2014, Expediente 1900-12-33-1000-2000-04288-01 (31.375).

4. Valoración probatoria y análisis del caso concreto: culpa exclusiva de la víctima. Ley aplicable al caso (600 de 2000)

4.1. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si conforme a los elementos jurídicos y probatorios del caso, hay lugar declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial por la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, en el marco de la investigación penal por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo, que culminó con sentencia absolutoria.

4.2. Cuestión previa

En este punto es pertinente evidenciar que la mayoría de las actuaciones del proceso penal adelantado en contra del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio fueron allegadas, en copia auténtica, por parte del Coordinador del Grupo de Archivo Central de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial.

Y que se valorarán las copias simples aportadas por las partes, por cuanto, según sentencia de unificación de jurisprudencia proferida sobre el particular por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *"en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, -dichas copias- sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de ´autenticidad tácita´ que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional"*[4].

4.3. El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado; una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

---

[4] Sentencia de 30 de septiembre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

En el caso concreto, el daño alegado por el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo privado de esta en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario.

En el *sub judice*, tal como se corroborará más adelante, la Sala tiene por demostrado el daño invocado por los demandantes. Es decir, está debidamente acreditado que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio fue privado de la libertad desde el 26 de abril de 2005, fecha en que fue capturado por efectivos de la Policía Metropolitana de Bogotá, hasta el 8 de agosto de 2006, cuando fue dejado libre como consecuencia de la sentencia absolutoria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, es decir, por un lapso de 15 meses y 12 días.

4.4. Imputación

De conformidad con las pruebas aportadas al plenario, se tienen probados los siguientes hechos relevantes para resolver la controversia:

El 8 de agosto de 2001, la Defensora de Familia remitió a la Fiscalía General de la Nación los dictámenes médico legales que se le efectuaron a cuatro hermanos *"para investigar el delito de actos sexuales con menor de 14 años, del que los niños sindican al padrastro, según lo ocurrido al comienzo del año de 2001, en la calle 48G No. 9ª -54 Sur, Barrio Zarazota de esta ciudad"* (f. 3 c. 3).

El 13 de julio de 2001, la Unidad Local de Atención al Menor del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en dichos dictámenes concluyó, lo siguiente:

Menor Violeta, 11 años

Anamnesis	*Examen sexológico*
Acompañada de Mercedes Moyano. "Soy la persona que los cuida". Es la tercera de seis hermanos. Vive actualmente en Tabio con el padre. Los padres son separados desde hace once años. Estudiante del tercer grado. La madre vive aquí en Bogotá. La menor refiere "…él me introducía el pene por delante y por detrás…mi padrastro… en la casa de mi mamá…por la noche…cuando visitaba a mi mamá…besos en la boca…varias	*No presenta huellas externas de trauma reciente que sirvan de base para fijar incapacidad médico-legal. Presenta. Himen anular íntegro, lo cual descarta desfloración. Esfínter anal con tono normal y forma normal. Para búsqueda de: contaminación venérea, serológica y prueba de Elisa debe presentarse en 3 días con cuyos resultados complementaremos posteriormente. Debe ser remitida directamente a*

veces…me la quitaba toda (la ropa)…a comienzos del año, el me introducía el pene por delante y por detrás…solamente sentí dolor….como de un líquido (me mojaba)…no sé (de donde salía)… en la cola (me mojaba)…una noche alcanzó a ver mi hermano que él me estaba bajando la ropa interior". Niega otras maniobras. Niega menarquia.	*Neuropsiquiatría forense con copia del presente dictamen y del sumario respectivo* (f. 632 c. 5).

Menor Rosa, 8 años

Anamnesis	*Examen sexológico*
Acompañada de Mercedes Moyano, quien cuida a los menores, mientras la madre se encuentra trabajando. Es la cuarta de seis hermanos. Desde hace 20 días vive sola con la mamá y dos de sus hermanos. Vivió con la mamá y el padrastro anteriormente. Los padres son separados. Estudiante del segundo grado. La menor refiere: "…me tocaba en la vagina…mi padrastro….con la mano", niega otras maniobras. Que sucedió varias veces.	*No presenta huellas externas de trauma reciente que sirvan de base para fijar incapacidad médico-legal. Presenta. Himen anular íntegro, lo cual descarta desfloración. Esfínter anal con tono normal y forma normal. No hay signos clínicos de contaminación venérea* (f. 633 c. 5)

Menor Margarita, 6 años.

Anamnesis	*Examen sexológico*
Acompañada de Mercedes Moyano, la persona que cuida de la menor al igual que de sus hermanos, cinco en total, mientras la madre trabaja. Los padres son separados. Estudiante de primer grado de primaria. La menor refiere: "…me tocaba la vagina…con la mano…me mandaba el pene a la vagina…me bajaba los cucos…me dolió", que esto sucedió varias veces. Niega otras maniobras. Al examen genital presenta un flujo escaso amarillo.	*No presenta huellas externas de trauma reciente que sirvan de base para fijar incapacidad médico-legal. Presenta. Himen semilunar íntegro, lo cual descarta desfloración. Esfínter anal con tono normal y forma normal. Para búsqueda de contaminación venérea, serología y prueba de Elisa, debe presentarse en 3 días con cuyo resultado complementaremos posteriormente. Debe ser remitida directamente a Neuropsiquiatría forense con copia del presente dictamen y del sumario respectivo* (f. 634 c. 5)

Menor Pedro, 3 años

Anamnesis	*Examen sexológico*
Acompañado de Mercedes Moyano, persona que tiene los niños bajo su cuidado, mientras la madre trabaja. Los padres son separados. Es el menor de seis hermanos. El padrastro vivió con ellos hasta hace veinte días. Tres de sus hermanas mayores han sido examinadas por denuncias de los menores contra el padrastro.	*Esfínter anal con tono normal y forma normal. No hay signos clínicos de contaminación venérea* (f. 635 c. 5)

El 3 de octubre de 2001, la Fiscal Seccional 232 de la Unidad Especializada en Delitos contra la Integridad y Formación Sexuales, mediante providencia de 3 de octubre de 2001, abrió investigación preliminar y ordenó la práctica de pruebas.

El 16 de enero de 2002, el Investigador Judicial I del Grupo de Delitos Sexuales y Menores, en la misión de individualización del supuesto responsable, entrevistó a la señora Ana Mercedes Moyano de Infante, quien manifestó que llevaba, aproximadamente, diez meses cuidando a los niños y le constaba que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio le *"tocaba la cuquita a Rosa y a Violeta y, además, las miraba morbosamente por unos huequitos de la puerta del baño, cuanto éstas se bañaban"* (f. 642 c. 5).

El 27 de marzo de 2003, la Fiscal 232 profirió resolución de apertura de instrucción (f. 644 c. 5).

El 22 de abril de 2004, la Fiscal 232 vinculó a la investigación como persona ausente al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio y le designó un defensor de oficio (f. 1-2 c. 3).

La Fiscal 232, mediante providencia de 1º de julio de 2004, (i) profirió medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo y (ii) no concedió el beneficio de la libertad provisional. Lo anterior, porque consideró que si bien no se encontraron en los niños huellas del abuso por el paso del tiempo, no por ello se le debe restar credibilidad a sus dichos y descartar la comisión del reato:

> *Si bien, en ninguna de las víctimas se hallaron señales o huellas del abuso sexual a que fueron sometidas, lo que es entendible, como que no de toda agresión de esta índole queda registro en la zona afectada y, en este caso, como lo anota el forense, aunque las zonas anal e himeneal de cada una, se observaron normales e íntegras, no por eso se ha de descartar la posible comisión del reato. Por la vasta experiencia y amplio conocimiento en la investigación penal en el área sexual, sabemos que muchos de los actos perpetrados en los labios mayores de los genitales de la fémina o en los alrededores del esfínter anal de la víctima, sea hombre o mujer, no quedan registrados, máxime sí, como lo sostiene Violeta, la mayor de las tres, los mismos tuvieron lugar al comienzo del año 2001, es decir, unos cuatro meses antes del examen.*
>
> *En este caso, los tres relatos coinciden en señalar a Luis Eduardo como el único responsable de los tocamientos, con el pene, como lo anota Violeta en la vagina y en el ano, hasta el punto de mojarla, para lo cual la desvestía completamente, en la vagina con la mano, como lo explica Rosa y, en esa misma zona, con el pene y con la mano, como lo aclara Margarita.*

> *De un lado, no tenemos elementos de juicio para pensar que las tres se hayan puesto de acuerdo para mentir, enrostrándole al exmarido de la progenitora algo tan grave como es la comisión de un delito sexual y de otro, sus narrativas surgen hiladas y concretas en las circunstancias tempore espaciales en que se desarrollaron los abusos, hasta el punto de superar su natural miedo, confiando en las autoridades lo que les venía sucediendo, características que le imprimen cierto grado de credibilidad* (f. 3-7 c. 3; 669-673 c.5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 20 de agosto de 2004, fue citada a declarar la señora Ana Mercedes Moyano, quien cuidaba a los menores, escuchó su versión y los llevó a Medicina Legal para que fueran valorados. Señaló que (i) fue contratada por la señora Ana Lucía Peña Pinto para cuidar de sus hijos; (ii) los niños eran objeto de maltrato físico, moral y psicológico por parte del padrasto o papá, lo cual era permitido o apoyado por la mamá de éstos. Explicó que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio era el compañero de la señora Ana Lucía, padre biológico del menor Pedro y padrastro de las niñas Margarita, Violeta y Rosa, aunque había reconoció a la primera de las nombradas; (iii) la menor Rosa le comentó a su mamá que estaba cansada de que el padrastro le *"molestara la vagina"*, lo que desencadenó discusión y disolución de la pareja; (iv) posteriormente, la señora Ana Lucía ubicó a su compañero en Vista Hermosa-Meta y lo retornó al hogar, lo que trajo consigo peleas, golpes y maltrato; (v) un sábado, con autorización de la progenitora, salió el niño Pedro con su papá y cuando regresó tenía señales de haber llorado, luego estuvo pálido, acongojado y desganado. Finalmente, el menor manifestó que le dolía la cola y que fue su papi. Observó que el niño tenía el ano por fuera y enrojecido y llamó, inmediatamente, a una vecina que era madre comunitaria para que le explicara qué tipo de enfermedad era esa y ella manifestó que era una violación; (vi) la mamá no autorizó llevar el niño al médico o a la policía, porque *"ultimadamente había sido el papá"*; (vii) al día siguiente, la señora Ana Lucía consintió llevar al niño al Consultorio Médico Especializado Jesucristo Obrero, lugar donde se certificaron las lesiones que lo aquejaban y se ordenó su remisión a Medicina Legal; (viii) después de eso, las niñas empezaron a relatar los abusos de que fueron objeto por parte de su padrastro; (ix) al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio se le dictaron medidas de restricción, las cuales no acató, al contrario se acercaba a los menores y los amenazaba. Al punto que la señora Ana Lucía y los niños se vieron obligados a cambiar de residencia en varias ocasiones, hasta que ella, finalmente, se estableció con un nuevo compañero sentimental:

> *Yo fui contratada por la señora Lucía y sus palabras fueron "como una segunda madre para mis hijos", a partir de ese momento me hice cargo de los menores, educándolos, cuidándolos, cocinando, lavando y arreglando la casa para ellos. En el papel que desempeñé como segunda madre, los matriculaba, los llevaba al colegio, al médico, cuidaba de su evolución intelectual, vocabulario, modales, en estos trabajaba de cinco de la mañana a ocho o nueve de la noche, incluyendo los domingos, con algunos*

descansos. En ese periodo de convivencia, observaba maltrato físico, psicológico, verbal, moral, abandono a los menores, en la gran mayoría de las veces lo hacía el padre y padrastro de los menores, Luis Eduardo Vanegas Osorio y en pocas ocasiones los maltratos provenían de la madre. Yo por parte de ella, lo que observaba era su permisibilidad con ese maltrato y apoyado en muy raras ocasiones por ella. Esas anormalidades se dieron más o menos por un año, ya que el 15 de agosto del siguiente año, Luis Eduardo y Ana Lucía habían disgustado porque Rosa, me comentó que ella estaba cansada de que don Luis Eduardo le molestara la vagina, los niños lo conocían como Yepe. Yo le pregunté que si la mamá sabía y la niña me dijo que sí, que ella le había dicho a la mamá ese domingo cuando iban a misa. Al parecer doña Lucía le hizo el reclamo y por eso fue el disgusto. El hombre se fue de la casa, llevándose $12.000.000 que tenían en una mesita de noche, producto de la pescadería que ellos manejaban. Ella se fue a buscarlo y lo localizó en Vista Hermosa Villavicencio y allá es donde está. Lo trajo consigo, nuevamente y siguieron una vida de peleas, golpes de parte de don Luis Eduardo para la señora Lucía, maltratos, sucede que ella no dejaba que los niños estuvieran a solas con él, pero llegó el momento en que telefónicamente me autorizó para dejarle que él sacara a Pedro, que es el único hijo de él, aun cuando él también reconoció a Margarita, pero no es hija de él, de los otros dos si es el padrastro; era un sábado, él vino por el niño y yo no le permití sacarlo, él llamó a doña Lucía a la pescadería y ella me llamó y autorizó la salida. En contra de mi voluntad lo dejé sacar. Volvió con el niño como a las tres horas y el niño mostraba signos de que había llorado bastante (…..). El lunes era festivo, yo llegué a las siete de la mañana, doña Lucía y don Luis Eduardo, ya no estaban en la casa, pero se encontraban los tres chiquitos. Cuando yo entré vi a Pedro sentado en la silla, demasiado pálido y acongojado y le pregunté qué tenía y Rosa me contestó que así estaba desde el sábado, decaído, le pregunté al niño qué tenía y me dijo que le dolía el "culo", perdone pero así me dijo. Lo levanté de la silla y lo revisé, pensando que se había caído, le revisé las piernitas, los pies, los dedos y no le vi nada visible y le dije que perezoso y volví y lo envolví en una cobija para que se le calentaran las paticas. Desayunó muy mal, desganado. Ya más o menos como a las diez de la mañana lo llevé a bañar y le dije que lo iba a arreglar para que me acompañara a comprar lo del almuerzo. Alisté el baño, el agua caliente y cuando lo bajé de la silla lloró (….), cuando le pasé el jabón por la colita gritó y se me hizo de para atrás, me asusté y le dije que qué pasaba, que porqué gritaba y él me contestó me duele, me duele y yo lo agaché y le dije pero dónde es que le duele?, qué es lo que tiene?. Y cuando me agaché a mirar vi que el ano lo tenía afuera y enrojecido. Le pregunté qué pasó Pedro?. Y él me contestó fue mi papá. Creí que era una enfermedad y llamé a la vecina que es madre comunitaria para saber qué clase de enfermedad era la que tenía y ella al verlo, me contestó quien violó a este niño?. Yo le dije que no sabía, que lo único que el niño decía era que fue el papá, al saber que era una violación quise llevarlo de inmediato ante la Policía, pero antes llamé a la señora Lucía, le pedía por favor que llegara cuanto antes a la casa y efectivamente llegó a las doce o quince minutos y le mostré al niño y ella de inmediato le preguntó a Pedro quién fue? Y el niño le dijo "fue mi papi". Y ella le preguntó y dónde fue y él sólo le contestó allá. Yo le dije que había que denunciarlo y ella dijo que no, que ultimadamente había sido el papá, así contestó; sin embargo, yo le dije que yo así no lo toleraba, pero ella no me permitió aun así sacar al niño. Traté de convencerla que al menor lo lleváramos a un hospital a un médico particular, para estar más seguras de que realmente era lo que le ocurría. Al otro día me permitió hacerlo y yo lo llevé al centro de salud Cristo Obrero, con la autorización de ella, le pedí a la pediatra que lo auscultó, que lo que encontrara físicamente en mi niño, me lo dijera por escrito y así lo hizo, yo tengo fotocopia de este documento, el cual aportaré posteriormente. La médico me apoyó en esta situación y ella misma me envío a Medicina Legal, me dio la orden, inmediatamente; yo lo llevé a Medicina Legal y de allí me enviaron a la carrera 30 con calle 12, Juzgados de Menores y allá lo valoró el médico y él dijo que enviaba eso en sobre sellado, de ahí perdí el contacto con ésta situación (…..). Después ella me envío a Bienestar y se destapó ese reguero de cosas, porque ya se descubrió que él no sólo molestaba a Pedro, sino también a las otras niñas; en este momento se descubre que también había acosado a Violeta, otra hermanita de ellos que vivía en Tabio con el papá y la abuelita, no recuerdo el nombre de su padre. Cuando doña Lucía escuchó que a Violeta también le había pasado lo mismo, doña Lucía por miedo, por rabia, por lo que haya sido, la golpeo a

> *Violeta, en estos momentos se encontraba presente la hermana de don Luis Eduardo Vanegas Osorio, no recuerdo su nombre, comentó que Luis Eduardo hacía lo mismo que ese tío inmundo de don Luis Eduardo, que estaba tullido. Cuando el médico que valoró a Pedro me dijo que ellos enviaban esa documentación sellada al Bienestar Familiar, que me dirigiera para allá; yo fue allá y no recuerdo porqué circunstancias lo que pasó para que las niñas llegaran allá al Bienestar Familiar del Centenario, esa conexión no la recuerdo (…..), el hecho es que de allá me enviaron con las niñas a Medicina Legal, para hacerles la prueba de Elisa, esos documentos también fueron remitidos internamente para el Bienestar Familiar, allí escucharon a cada niño por separado, de allí las enviaron al grupo de psicología del Hospital San Blas y allí no asistieron sino una sola vez, porque los niños mayores no quisieron volver y ella no presentó mayor esfuerzo para seguir con el tratamiento (…..). Se llamó muchas veces a la Policía para ponerles en conocimiento de la infracción a la orden (de restricción de acercarse a los menores) y nunca pasó nada, hasta después de una terrible decisión, en noviembre de ese mismo año, doña Lucía decidió irse a vivir a la casa de la mamá que queda en la urbanización Caracas, ubicada en la Transversal 8 No. 50-45, allí llegaba Luis Eduardo a maltratarla a ella y a ofender a los niños diciéndoles palabras soeces, amenazándolos con el puño cerrado cuando los veía; esto no lo hacía con Pedro, lo hacía con las otras dos niñas y con Violeta (….). Allí vivimos algunos meses y nos fuimos a vivir a otra casa y la dueña era la hermana de doña Lucía, llamada Martha, esta casa quedaba cerca a la casa de la abuela materna. Allí vivimos varios meses, hasta que compró nuevamente casa en Zarazota, que es un barrio de Bogotá, en Tunjuelito. En esa casa les trabajé algunos meses, medio tiempo, allí llegó ella a vivir con otro compañero sentimental, no recuerdo su nombre* (f. 681-685 c.5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La Fundación de Servicio Social Carlos Gonzáles-Consultorio Médico Especializado Jesucristo Obrero certificó que, el 21 de agosto de 2001, Pedro de 2 años y medio fue *"traído por la señora Mercedes Moyano, quien cuida niños y dice que al bañar niño le notó el ano inflamado, dolor y decaído y el niño decía ´fue el papá´. Al examen halo rojo alrededor del ano y esfínter x fuera se abre fácilmente. No se hace tacto rectal//. C/ Llevar a Medicina Legal y a Defensoría del Menor"* (f. 689 c. ppl.).

La Fundación de Servicio Social Carlos Gonzáles-Consultorio Médico Especializado Jesucristo Obrero también certificó que, el 21 de agosto de 2001, Margarita fue atendida en sus instalaciones. Que *"hace 1 mes el padrastro fue denunciado por abuso sexual de la niña de 6 años y la Sra. Mercedes Moyano, quien cuida niños, la trae porque la niña presenta flujo vaginal amarillo. Al examen físico se encuentra equimosis en muslo derecho y se observa flujo amarillo abundante en genitales (…..)//. Se pide frotis del flujo. Llevar a Medicina Legal y Defensoría del Menor"* (f. 690 c. ppl.).

El 20 de septiembre de 2004, los menores fueron llamados a declarar sobre lo acontecido hacía más de tres años.

Pedro se mostró retraído, afirmó que nadie le había tocado la cola, su papá le pegaba y actualmente vivía con su padrastro:

> *Preguntado. Conoces por donde se expulsa del organismo los excrementos. Contestó. Si, por la cola. Preguntado. Dinos si alguna persona ha cogido tu cola. Contestó. No, nadie. Preguntado. Dinos como era la relación con tu papá Luis Eduardo Vanegas Osorio. Contestó. Me pegaba. Preguntado. Vives en la actualidad con tu papá. Contestó. No, con mi padrastro. Preguntado. Cuando vivías con tu papá, como se portaba él contigo. Contestó. Se deja constancia que se aporta registro civil de nacimiento por duplicado y que el menor se muestra retraído y no desea hablar, por ello se dar por terminada la diligencia (…..)* (f. 692 c.5-declaración del menor Pedro-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

Margarita relató que (i) su padrastro le tocaba la vagina y el ano, cuando sus hermanos y su mamá no estaban cerca y la amenazaba para que no le contara a nadie y (ii) su madre se enteró porque ella y sus hermanas decidieron contarle a la señora que las cuidaba:

> *Preguntada. Cómo se llaman las partes del cuerpo por donde expulsas los excrementos y por donde orinas. Contestó. Si, la vagina y el ano. Preguntada. Alguna persona ha tocado tu vagina o tu ano. Contestó. Si señora, Luis Eduardo, mi papá. Preguntada. Cuando sucedió eso? Contestó. Yo tenía como 7 años. Preguntada. Explícanos como fueron los tocamientos. Contestó. Él, yo estaba durmiendo y mi mamá lavando, entonces se iba para la pieza donde yo estaba y comenzaba a tocarme la vagina, por encima de la ropa, me introducía el dedo en la vagina y en el ano también. Preguntada. Cuántas veces se presentó esto. Contestó. Como cinco veces, no me acuerdo muy bien, pero como que fueron cinco veces. Preguntada. Dinos con quién dormías. Contestó. Con mis hermanas en la misma habitación y en la misma cama dormía con Rosa y Violeta. Preguntada. Dices que los hechos ocurrieron cuando dormías, quieres indicar si de día o de noche. Contestó. De día. Preguntada. Dónde estaba la mamá. Contestó. Lavando. Preguntada. Que manifestaba Luis Eduardo cuando te tocaba. Contestó. Que si le contaba a mi mamá me pegaba y esto me lo decía después de que me tocaba. Preguntada. Alguno de tus hermanos se daba cuenta cuando él te tocaba. Contestó: No señora. Preguntada. Sabes si alguno de tus hermanos les pasó lo mismo. Contestó. Si, cuando nosotros comenzamos a contarle a mi mamá, mi hermana Violeta le dijo que mi hermano Jhon Edisson X había visto cuando él la estaba tocando a Violeta. Preguntada. Dinos si tus hermanas estaban acostadas en la cama durmiendo cuando él te tocaba. Contestó. No, ellas estaban abajo en la cocina y él aprovechaba para tocarme y cuando mis hermanas estaban arriba en la habitación de nosotras, no podía tocarme. Preguntada. Tuviste la oportunidad de observar que tu papá tocara a alguno de tus hermanos. Contestó. No señora. Preguntada. Él introducía el dedo en tu vagina y ano, por entre la ropa. Contestó. Si señora, pero hay veces me metía a mano en la vagina. Preguntada. Él se acostaba en tu cama o se quita alguna prenda de vestir para tocarte. Contestó. No señora, él estaba sentado, no se acostaba y no se quitaba ninguna prenda de vestir (…..). Preguntada. Cuando se enteró tu mamá de lo sucedido y cómo. Contestó. Ella se enteró porque nosotros le contamos a la señora que nos cuidaba, que se llama Ana Mercedes Moyano de Infante y mi hermana la mayor Violeta empezó a contarle a mi mamá y de ahí en adelante nosotras le contamos* (f. 695-697 c.5-declaración de la menor Margarita-mayúscula sostenidas eliminadas del texto).

Violeta aseveró que (i) no tenía buena relación con su mamá; (ii) el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio la abusaba sexualmente, por cuanto le introducía el pene por la vagina y el ano y la tocaba por todo el cuerpo y la amenazaba con hacerle lo mismo a sus hermanas; (iii) después de que se conoció lo de la violación de Pedro, ella y sus hermanas decidieron contarle a la señora que las cuidaba. Incluso su consanguíneo

mayor Jhon Edisson X relató que, en una ocasión, vio el abuso de que fue objeto y (iv) la señora Ana Mercedes Moyano de inmediato le contó a su mamá, quien se rehusó a creer lo descrito:

> *Preguntada. Informe a la Fiscalía con quién vive. Contestó. Con mi tía Martha Cecilia Peña Pinto, hace como dos o tres meses que estoy con ella. Preguntada. Cuál es la razón para que viva con la mencionada tía. Contestó. Porque yo me escapé de mi casa y me llevaron a Bienestar Familiar y ellos me entregaron a mi tía. Preguntada. Por qué razón se escapó de su casa y cuándo? Contestó. Por problemas que tenía con mi mami. Eso fue como unos cuatro meses. Preguntada. Describa al despacho los problemas surgidos con su progenitora. Contestó. Es que nunca nos hemos entendido (….). Preguntada. Cómo era el comportamiento de Luis Eduardo Vanegas Osorio con ustedes? Contestó. Pues yo no viví mucho con ellos y por sapita, cuando iba a visitar a mi mamá fue que me pasó lo que me pasó. Preguntada. Por favor explique a la Fiscalía qué fue lo que ocurrió, según su respuesta anterior. Contestó. Él abusó de mí sexualmente. Preguntada. Sírvase hacer un relato de lo sucedido. Contestó. Eso fue en la casa de mi mamá, él comenzó a hacer eso desde que yo tenía como 8 o 9 años, como hasta que yo tenía 10 años, que ellos se separaron con mi mamá. Preguntada. Por favor explíquenos en qué consistió el abuso. Contestó. Pues por ejemplo, él se hacía como si fuera al baño de noche y salía de la pieza de él y la pieza de nosotros era enseguida a la de ellos y se entraba a la pieza de nosotros y él me cogía y me manoseaba y después empezaba a obligarme a tener relaciones con él. Él me bajaba la pantaloneta y después empezaba a introducirme el pene en la vagina y en la cola también y me tocaba todo el cuerpo. Preguntada. Que decía él mientras le hacía todos estos actos. Contestó: Que si yo llegaba a decirle a alguien, él le hacía lo mismo a mis hermanos. Preguntada. Cuántas veces sucedieron estos actos. Contestó. Yo rara vez iba a visitar a mi mamá y él cuando yo iba me hacía eso. Eso fue más de veinte veces yo creo. Preguntada. Explique al despacho por qué no ha vivido con su madre, entonces con quién lo ha hecho?. Contestó. Es que cuando mi mamá se fue, nos abandonó y a los días volvió y se llevó a los dos menores y nosotros nos quedamos con mi papá, mi hermano mayor y yo. Mi papá vivía con mi madrastra, yo viví con ellos como unos cuatro o cinco años y después yo me vine a vivir con mi mamá (…..). Y me quedé a vivir con mi mamá como unos dos años, ella ya se estaba separando con Luis Eduardo Vanegas y ahí fue cuando doña Mercedes, que era la señora que nos cuidaba, se dio cuenta que al niño Pedro lo había violado, el papá o sea Luis Eduardo, porque el día anterior el niño había salido con él. Y entonces doña Mercedes nos contó a nosotros primero y mi hermano Jhon Edisson X le contó a ella que una noche él había visto a Luis Eduardo que estaba abusando de mí. Y en ese momento las niñas Rosa y Margarita dijeron que a ellas también las manoseaba. Entonces doña Mercedes se subió y le dijo a mi mamá y en esos días había una hermana de Luis Eduardo ahí en la casa, no me acuerdo como se llamaba. Ella se puso a llorar y mi mamá decía que eso no podía ser verdad y no nos creyó. Entonces nosotros nos fuimos a poner la demanda con doña Mercedes, ahí fue cuando nos examinaron y nos comenzaron a citar a todos. Nos tuvieron un tiempo en psicología y no me acuerdo dónde fue, si no estoy mal fue en el Rafael Uribe Uribe, es fue en una comisaría (…..). Preguntada. Qué sentía usted cuando él la abusaba. Contestó. Yo sentía dolor en la vagina y me sentía mal psicológicamente de lo que él me hacía. Preguntada. Recuerda usted haber sangrado o haberse sentido mojada cuando sucedían los hechos. Contestó. No sangre. Pero si me sentía mojada, como si uno se hubiera orinado y en los cucos quedaba algo amarillo (…..). Preguntada. Que piensas de tu mamá. Contestó. Yo nunca he sentido el amor de madre, nunca hemos compartido con ella que digamos que estamos felices, no. Cuando ella se enteró de lo que él nos había hecho, ella no nos creyó y él era el amor de su vida. A mí por ejemplo nunca me ha dado afecto ni cariño. El despacho deja constancia que la menor se denota demasiado triste y agresiva* (f. 699-702 c.5-declaración de la menor Violeta-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 26 de abril de 2005, la Policía Metropolitana de Bogotá capturó al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio y lo dejó a disposición de la Fiscal 232 Seccional (f. 9-10 c. ppl.).

El 3 de mayo de 2005, la señora Ana Lucía Peña Pinto fue llamada por la defensa a declarar. En esa oportunidad señaló que (i) sus hijas nunca le informaron del abuso y que negaba creer algo así; (ii) las desavenencias con su excompañero no se relacionaron con sus hijos; (iii) el señor Luis Eduardo Venegas Osorio, durante la convivencia, le ayudó con la crianza de los niños; (iv) el psicólogo que valoró en una oportunidad a sus hijos, le dijo que eran tercos, manipuladores y no se querían dejar ayudar y (v) en su criterio, la mayoría de lo ventilado es falso.

> *Pues como le explicara yo, lo que pasa es que como a mí nunca ellas me informaron directamente nada y ellas ya empezaron supuestamente a hablar, ya como a los dos o tres meses que nosotros estábamos de pelea y Luis Eduardo se había ido de la casa, entonces la empleada doña Mercedes fue la que dijo que se iba para la comisaría, que porque tenía que ir a demandar, entonces yo le pregunté que por qué y me dijo no, señora Luisa es que como usted no está en la casa no se entera de las cosas y entonces yo seguí trabajando común y corriente y con el tiempo fue que ya salieron con los comentarios; de todas formas hay cosas de que realmente en mi conciencia yo no las creo, porque lo primero yo cuando estaba con mis niñas, conmigo vivían las más pequeñas, ellas eran las que más vivían con nosotros, Violeta vivía con el papá y ella venía de visita a la casa, yo les decía a las niñas, mamitas si alguien las llega a tocar o algo, ustedes me cuentan, así sean sus tíos, sea quien sea, porque hoy en día se escucha esto, uno de pronto no tiene unas palabras como explicarles, entonces yo les decía así y ellas siempre me decían que nadie las tocaba (…..). Él se fue el 9 de mayo de 2001, él se fue por un disgusto que tuvimos, pero que no está relacionado con los niños (…..). Para mí, yo lo veía a él que lo hacía mejor que si fuera el papá, él no es el papá de Rosa, ni de Violeta, ni de Jhon Edisson X y a Margarita le dio el apellido y solamente de él es hijo Pedro, el papá nunca se preocupó por los hijos, en cambió él si los ayudó a educar, enseñarles a coger una cuchara, que si dejaban la ropa botada, les decía que la recogieran (…..). Si ella –la niñera- me dijo a mí que supuestamente el papá había violado al niño y yo le dije cómo se le ocurre una cosa de esas, que yo le dije a ella, que yo tenía en cuenta que si eso hubiera pasado, el niño hubiera llorado o hubiera sangrado, porque una cosa de esas no es así no más, Dios nos ampare (…..). Él siempre fue normal, él siempre fue un señor, a comparación de lo que uno escucha (…..). Después de que comenzaron a haber todos esos problemas en la Comisaría, entonces yo dije en la Comisaría que quería meter a mis hijos a un psicólogo, porque yo veía que ellos a ratos decían unas cosas y a ratos otras y lo ponen a uno para allá y para acá y no sabe uno que hacer, entonces una doctora ahí en la comisaría dijo que no cubrían eso y que me recomendaba al dr. Humberto no me acuerdo del apellido de él, que queda en la primera de mayo, nosotros estuvimos allá, entonces el doctor me dijo que me pusiera más bien las pilas, él les habló y me aconsejó que no siguiera gastando plata, porque mis hijos no se querían dejar ayudar, que ellos eran muy tercos y que ellos lo que me estaban era manipulando a mí, que ellos son de esos niños tercos, que ellos quieren hacer lo que ellos quieran y lo que ellos digan (….) No, pues yo solo quiero que sea justa cualquier cosa, o sea, para mí el temor mío es que de mi conciencia está que alguien pague algo que no ha hecho, porque hay cosas que yo dudo dentro de mí, dentro de mis capacidades, la mayoría de cosas son falsas, no tienen pie ni cabeza* (f. 738-744 c.5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 3 de mayo de 2005, la menor Violeta fue llamada por la defensa a declarar. Aseveró que (i) lo que dijo en su primera versión fue motivado por la rabia y el resentimiento, ya que las señora que la cuidaba le contó sobre la violación de su hermanito; (ii) el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio no abusó sexualmente de ella, solamente le tocó, en dos oportunidades, sus partes íntimas y (iii) nunca tuvo una buena relación con el antes nombrado.

> *Preguntada. Informe al despacho por qué motivo quiere usted volver a rendir declaración ante esta Fiscalía. Contestó. Porque cuando rendí la otra declaración, lo hice con rabia, resentimiento contra esa persona, contra Luis Eduardo. Preguntada. Infórmele al despacho si quiere agregar o corregir algo a la declaración que usted antes rindió. Contestó. Corregir que él solamente me tocó y que él no abusó sexualmente, sino solamente me tocó. Preguntada. Infórmele al despacho que quiere significar usted con que me tocó, qué fue lo que tocó. Contestó. Él me tocó las partes íntimas. Preguntada. Informe al despacho, si esto fue una o en varias ocasiones. Contestó. Fueron dos veces. Preguntada. Infórmele al despacho si usted en alguna ocasión le ha dicho alguna mentira a su señora madre que sea grave. Contestó. Sí, que él abusaba de mí sexualmente. Preguntada. Infórmele al despacho cómo fue el comportamiento del señor Luis Eduardo, durante el tiempo que usted trato con él. Contestó. Nosotros nunca nos hemos llevado bien, muy poco hablamos y yo no vivía con ellos cuando pasaron las cosas, cuando sucedieron las cosas yo no vivía con ellos. (….). Informe al despacho si usted alguna vez observó alguna conducta degenerada o depravada de Luis Eduardo Vanegas. Contestó. Pues cuando yo estaba con él, él nunca a mí me decía nada, pero sí me tocaba (…..). Preguntada. Infórmele al despacho, por qué las acusaciones contra don Luis Eduardo se produjeron después de que él se fue de la casa. Contestó. Porque doña Mercedes nos llenó a nosotros de rabia contra él, porque ella nos decía que él salía más afectado era Pedro porque lo había violado y lo había dejado maltratado (…..). Preguntada. Si usted dice que no fue abusada sexualmente por Luis Eduardo, sino que la tocaba, explíquenos de qué forma. Contestó. Él me tocaba los senos y la vagina con las manos de él, era por encima de mi vagina, con ropa, esto ocurría por las noches, dos veces, en la casa de mi mamá, cuando vivíamos en Zarazota, él no me decía nada y yo no le decía nada. Preguntada. Por qué no gritaba cuando la tocaba. Contestó. Porque no entendía bien, que me estaba haciendo él. Preguntada. Usted le contó directamente a su progenitora o a Mercedes, acerca de lo que Luis Eduardo le hacía. Contestó. Yo le conté a doña Mercedes, cuando ella nos dijo lo de mi hermanito Pedro* (f. 745-747 c.5-declaración de la menor Violeta-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 3 de mayo de 2005, la menor Margarita también fue llamada por la defensa a declarar. Manifestó que (i) su versión anterior estuvo motivada en el miedo que le sentía al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, por cuanto le pegaba, la regañaba y la obligaba a comer verduras, y (ii) el antes nombrado nunca la tocó o abusó:

> *Preguntada. Informe al despacho por qué motivo quiere usted rendir declaración ante esta Fiscalía. Contestó. Porque es que yo a Luis Eduardo le tenía miedo, porque si no me comía las verduras, la señora Mercedes le decía y me daba miedo que él me pegara, yo por eso declaré lo anterior. Preguntada. Infórmele al despacho si usted quiere agregar algo a la declaración que rindió antes. Contestó. Nada más. Preguntada. Infórmele al despacho sí Luis Eduardo le tocó en alguna ocasión, en caso afirmativo cuantas veces fueron. Contestó. Él a mí no. Preguntada. Informe al despacho si usted alguna vez le ha dicho alguna mentira grave a su señora madre. Contestó. No, nunca. Preguntada. Cómo fue el comportamiento del señor Luis Eduardo, durante el tiempo*

> *que usted trató con él. Contestó. Fue bien, lo que pasa es que nos daba miedo que él nos regañara (…..). Preguntada. Dignaos si usted fue o no abusada sexualmente por Luis Eduardo. Contestó. No señora* (f. 750-751 c.5-declaración de la menor Margarita-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 13 de mayo de 2005, en diligencia de indagatoria, el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, explicó que (i) no huyó y estuvo atento al avance de la investigación; (ii) nunca tuvo buena relación con su hijastra Violeta ni con la niñera, porque la primera de las nombradas quería que me separara de su mamá, y (iii) las sindicaciones del abuso y de la violación son falsas y por ello no hay rastro o vestigio de las mismas:

> *Eso para mí es falso, porque yo creo que Medicina Legal tiene el hecho de que yo hubiera hecho eso hubieran quedado rastros, yo cuando me di cuenta de este comentario, yo mismo me presentaba y averiguaba, eso para mí era un chisme, una alarma, nada más en la Fiscalía estuve por este sector, como que en el 2002 y averigüé y puse en conocimiento a unos Fiscales el problema que había, el comentario y les dije que iba a tomar distancia, si eso era cierto que procedieran y me dieran la definitiva, no sé fueron unos Fiscales que estaban en el 2001, pero ya no están y les dije que yo iba a tomar distancia y que me iba para el campo y que si no era problema y me dijeron que no, que ellos me notificaban (…..).Si doctora –inconveniente con la niñera-, debido al problema del comentario que ella hizo, del proceso, de la denuncia que llevó a las niñas por allá y todo eso, que las llevó a Medicina Legal, a mí me dolió porque eso era mentira, porque tuvo la concha (sic) de calumniarme hasta con mi propio hijo, decía que yo me lo había violado, sobre eso discutimos; yo le dije que eso era falso, que cómo se le ocurría a uno mismo hacer esas cosas con un hijo de uno, que solamente cabía en la cabeza de ella y ella se enojó y no más (….). Tal vez porque no le gusté –a la niñera-, no le caí bien a la señora, no simpatizamos y como no hizo hogar ella con su esposo, tal vez no quería que uno u otro lo hiciera, yo catalogo así a esa señora, vivía como amargada; ella dialogaba conmigo y hablaba mal de los hombres y del esposo (….). A veces teníamos disgustos como en todo hogar, como en toda pareja, a veces si nos insultábamos, renegábamos, pero de ahí no pasaba más y volvíamos y luchábamos por el hogar, por vivir (…..). Eso es falso –el abuso-, ella Violeta y yo nunca nos entendimos, ella sabrá porqué lo dirá y la otra lo dice porque la otra le dice que lo diga, porque Violeta me tenía y me tiene bronca a mí, porque eso no lo hace una persona que lo quiera a uno, ella y yo nunca fuimos bien (…..). Siendo eso así –la imputación-, que cierto va a ser eso, si yo me la pasaba con la señora Lucía trabajando, lo único cierto y digo la verdad, yo con la niña Violeta nunca simpatizamos y eso era lo que ella quería, que yo me retirara del lado de la mamá, ella misma me lo decía (….) Si –quiero manifestar-, reclamo las huellas de la violación, porque como ella Violeta dice que fue violada y las demás niñas, reclamó las huellas y así como me sindicaron con el niño, para mí, eso es falso y ante la ley, porque hay muchas pruebas, así como me sindicaron con el hecho y dicen que no es cierto que violé a mi hijo, así mismo puede sacar la niña el mismo tema* (f. 757-763 c. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto)[5].

---

[5] Respecto a la posición jurisprudencial sobre el valor probatorio que se le da a la indagatoria ver sentencias del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pérdida de investidura (PI) con radicación n.° 11001-03-15-000-2011-00125-00, demandado: Néstor Iván Moreno Rojas, consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren // (PI) 11001031500020120090 0-00/2012-00899 y 2012-00960 (acumulados) demandado: Eduardo Carlos Merlano Morales consejera ponente Stella Conto Díaz Del Castillo // Sentencias de reparación directa n.° 20001233100020030046401 (36058), actor: Loreto Carreño y Otros contra Departamento del Cesar // n.° 19000123310002008003460 1 (39284) actor: Alexander Fernández Cano contra Nación–Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial // n.° 15001233100020050070501 (40542), actor: Alfonso Roberto Mora Riaño y Otros contra Nación - Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial // n.° 250002326000200300760 02 (38.331) actor: Lesbia de Jesús Pérez Cárdenas contra la Nación- Fiscalía General de la Nación, consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo // sentencia con radicación n.° 66001233100020080007 4 (36170), Actor

El 17 de mayo de 2005, el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio solicitó la nulidad de todo lo actuado, a partir de la resolución por medio de la cual fue declarado persona ausente (f. 774-778 c. 4), petición que fue negada por la Fiscal 232 Seccional, porque al sindicado en la investigación se le garantizó el derecho de defensa, otra cosa es que, él mismo resolvió no presentarse:

> *De lo anterior, podemos afirmar que aunque el sindicado ha tenido la oportunidad de ejercer la defensa material, compareciendo al despacho con el ánimo de lograr defenderse de las imputaciones realizadas en su contra, se mostró reacio a ello, las constancias en el proceso señalan que se le citó, pero se mostró ajeno a presentarse, luego desde esta óptica podemos señalar que se le garantizó su derecho y nunca hizo uso del mismo.*
>
> *(…..) Así las cosas, el despacho no comparte la posición de la defensa, en el sentido de que Luis Eduardo Vanegas Osorio ha estado desprovisto de esta durante el curso de la actuación y, por lo tanto, hay lugar a dar aplicación a la causal 3ª del artículo 306 del C. de P.P.; por cuanto se ha explicado que no solamente ha tenido derecho a la material que no ejerció debidamente, sino además a la técnica, habiendo sido representado por defensor de oficio y actualmente lo hace uno de confianza* (f. 779-783 c. 3-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La Fiscal 232 Seccional, por providencia de 25 de mayo de 2005, denegó la solicitud del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio de sustituir la detención preventiva por domiciliaria, también la petición de libertad (f. 792-798 c. 4).

El 20 de junio de 2005, la Fiscal 232 Seccional *"declaró cerrada la investigación, acorde con lo dispuesto en el artículo 393 del C. de P.P."* (f. 820 c. 4.-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La Fiscal 232 Seccional, por providencia de 21 de julio de 2005, profirió resolución de acusación en contra del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio y dispuso que el procesado *"no se hace merecedor al beneficio de la libertad provisional"*. Lo anterior, porque la retractación de las menores Violeta y Margarita solo pone en evidencia que éstas, ante la detención del procesado y las presiones exógenas recibidas por ese hecho, decidieron cambiar su versión original, lo que estructura el síndrome de acomodación del abuso y no le resta veracidad a las denuncias primigenias:

> *Como lo ha venido sosteniendo esta Delegada a lo largo de la instructiva, frente a las peticiones de la Defensa para lograr la libertad del ofendido, el hecho de que las menores se hayan pretendido retractarse, no significa otra cosa, estamos frente al*

Alejandro Londoño Hoyos contra Nació- Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación. consejero ponente Danilo Rojas Betancourth.

conocido síndrome de acomodación del abuso por retractación, el cual consiste en que la víctima modifica su dicho inicial debido a factores exógenos, lo cual no significa que el hecho punible no haya tenido ocurrencia, sino que debido a estas presiones decide cambiar su versión primigenia.

Así las cosas y de acuerdo con la prueba legalmente recaudada queda plenamente demostrada la ocurrencia de los hechos punibles endilgados a Luis Eduardo Vanegas Osorio y su responsabilidad se encuentra seriamente comprometida, pues no se advierte que su actuar esté amparado por alguna causal de justificación o de inculpabilidad que lo exonere de responsabilidad, pues siendo un hombre, en su edad adulta con capacidad para comprender la licitud o ilicitud de su actuar, aprovechando la oportunidad para agredirlas sexualmente de la manera expuesta, ampliamente conocida dentro de este proceso. Con el propósito de satisfacer sus deseos sexuales, lesionando sin justa causa la libertad sexual de las ofendidas e induciéndolas a prácticas libidinosas anormales con grave perjuicio para su formación (f. 833-840 c. 4; 493-500 c. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

La anterior decisión fue confirmada por el Fiscal 33 Delegado ante los Tribunales Superiores de Bogotá, el 13 de septiembre de 2005 (f. 542-546, 568-572 c. 5).

Por oficio UDTSB-3625 de 10 de octubre de 2005, la Secretaría Administrativa (E) informó al Director de la Cárcel Nacional Modelo que *"a partir de la fecha queda a disposición de la Fiscalía 232 de la unidad de delitos sexuales de esta ciudad, el interno Luis Eduardo Vanegas Osorio"* (f. 574 c. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 26 de octubre de 2005, el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá avocó el conocimiento de la investigación, en su etapa de juzgamiento (f. 7 c. 6).

El 19 de enero de 2006, en la primera sesión de audiencia pública, el sindicado Luis Eduardo Vanegas Osorio manifestó que (i) son falsas las sindicaciones que le efectúan y (ii) todo es un complot de las señoras Ana Lucía Peña y Ana Mercedes Molano, la primera, para establecerse con un nuevo compañero sentimental y quedarse con los bienes comunes y, la segunda, para vengarse porque no me fui a vivir con ella:

Eso ante los ojos de Dios es falso –actos sexuales-, porque ellos me sindicaban (…..), no sólo fueron con las niñas, sino con mi hijo Pedro que tuvieron la concha digámoslo así de sindicarme, la señora Mercedes Moyano y las niñas, pero debido a eso para mí hay un montaje que nace desde la señora Ana Lucía Peña y las niñas y le dirán que digan eso, porque la señora Ana Lucía Peña en esos días tenía sus nuevos amantes y quizá para quedarse con los bienes que tenía o figurábamos los dos, de parte de la señora Lucía tengo testigos que en esos días tenía nuevo amante y teníamos bienes, de parte de la señora Mercedes Molano me hablaba muy mal de la señora Lucía a mí y de mí le hablaba muy mal a la señora Lucía, que yo tenía moza y ella también tenía mozo y era muy feliz cuando nos miraba discutir la señora Lucía y yo, hasta que llegó al término de que yo teniendo hogar y casa, me ofreció a que me fuera a vivir donde ella, que la casa de ella no era como la de nosotros, pero que ella me abría una piecita allá y que ella me colaboraba para quitarle el niño a la señora Lucía por ley y que montábamos un negocio y seguíamos adelante los dos, que porque yo era un hombre aspirador, juicioso

> *y echado palante (sic), que si ella hubiera dado con un hombre así lo sabría apreciar* (f. 25-33, 172-178 c. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 15 de febrero de 2006, en la tercera sesión de audiencia pública, el menor Jhon Edisson X señaló que (i) le preguntó a sus hermanas que si el abuso ocurrió y ellas manifestaron que no, que todo fue por orientación de la señora Ana Mercedes Molano, y (ii) no entiende por qué Violeta mencionó que él vio o presenció tocamientos que le realizó el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio:

> *Como lo dije no supe nada sino hasta que me llegó la citación de la demanda, de resto no supe nada (…..). Yo les dije –a mis hermanas- que si era verdad, que si las había tocado, pero ellas me dijeron que no, que era que le tenían rabia a él y doña Mercedes les había dicho que dijeran eso (……). Usted me dijo que cómo había sido la convivencia mientras él vivió con nosotros, como en esta vida nada es feliz y por eso estoy diciendo que a lo último empezaron a alegar y para no alegar más se separaron (…..). No sé por qué diría eso –Violeta-, porque yo nunca vi nada –tocamientos-* (f. 25-33, 185-188 c. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 3 de marzo de 2006, la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá dispuso que el procesado Luis Eduardo Vanegas Osorio permaneciera privado de la libertad (f. 69-74, 194-199 c. 5).

El 3 de marzo de 2006, el Grupo de Psiquiatría y Psicología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses determinó que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio tiene un funcionamiento psíquico *"dentro de la realidad, los rasgos de personalidad aparecen dentro de la normalidad, las tendencias sexuales se observan como normales, no se aprecia proclividad sexual y no requiere tratamiento terapéutico, está en capacidad de regir y controlar sus actos y puede testimoniar"* (f. 210-213 c. 5).

El 6 de marzo de 2006, en la cuarta sesión de audiencia pública, la representante de la Fiscalía expuso que, en el *sub judice*, (i) la materialidad de la conducta se encuentra demostrada; (ii) se le debe dar plena credibilidad al dicho de los menores comprometidos; (iii) las retractaciones de las niñas Violeta y Margarita, son posteriores a la captura del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio y a la manipulación que se ejerció por esta causa, aún mantienen el tipo penal y evidencian el temor que les generaba el antes nombrado; (iv) la actitud pasiva o poco preocupada de la madre en el curso de la investigación corrobora la permisibilidad reseñada por la señora Ana Mercedes Molano y (v) el complot señalado por el sindicado para exculparse -de la excompañera y de la niñera- no tiene ningún fundamento probatorio:

Así pues señoría considera esta delegada que la materialidad de la conducta endilgada se encuentra más que demostrada sin que sea necesario hacer mayores cavilaciones en punto de antijuridicidad que toda vez que es obvio colegir que al abusar trascienda a actos sexuales diversos del acceso carnal de la ingenuidad de los niños que el señor Vanegas tenía a cargo, se le han vulnerado flagrantemente los derechos a estos pequeños quienes no tuvieron la opción de crecer, madurar y elegir el rumbo de su sexualidad, sino que fueron iniciados prematura y arbitrariamente en prácticas de corte erótico sexual por parte de la persona que teóricamente debía cuidarlos y protegerlos, dado que si bien es el padre biológico del pequeño Pedro prohijó y dio su apellido a las menores Violeta, Rosa y Margarita. Por otra parte y en sede de culpabilidad es obligatorio hacer alusión al dictamen psiquiátrico forense en donde se concluye que el acusado no sufre ningún tipo de enfermedad o trastorno mental que le impida entender su proceder o determinarse de conformidad con su voluntad (…..) y en este punto es de vital importancia recalcar que en este tipo de punibles se debe observar con detenimiento, dándole toda la importancia que se merece a las declaraciones rendidas por las víctimas de delitos sexuales, máxime cuando se trata de menores de edad, ello en razón a que por regla general este tipo de punibles son cometidos en la mayor clandestinidad posible, descartándose la presencia de testigo en la mayoría de los casos, de allí que quienes son víctimas resultan a la postre convirtiéndose en los únicos testigos de lo ocurrido. Y en este punto es donde vale la pena analizar las primeras declaraciones de las menores y el contraste de sus presuntas retractaciones, así pues obsérvese de entrada como no exactamente por coincidencia las menores Violeta y Margarita se retractan de lo manifestado inicialmente, luego de que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio hubiese sido capturado, la captura del aquí acusado se produjo el 26 de abril de 2005 y es precisamente el 3 de mayo de 2005, es decir, una semana después, cuando Margarita y Violeta se presentan a declarar de manera diversa a la inicial, sin embargo y pese a la intención de encubrir a su agresor, probablemente manipuladas por la madre o por él mismo, la menor Violeta a folio 115 expresa que Luis Eduardo no abusó sexualmente sino que solamente la tocó en sus partes íntimas, como si ello de por sí no constituyera un hecho punible, así mismo al revisar la declaración de Margarita se aprecia, el 3 de mayo de 2005, unas manifestaciones difusas poco contundentes, evasivas y contradictorias, de allí que el sólo hecho de que se presentan a la Fiscalía a retractarse no significa que a esta segunda declaración se le deba dar más credibilidad que a la primera, a este respecto ha manifestado la Honorable Corte Suprema de Justicia en múltiples oportunidades aseverando que las retractaciones como cualquier otro medio probatorio deben ser analizadas a la luz de la sana crítica. Llama la atención, primordialmente, a esta Delegada el proceder de la madre de las menores Ana Lucía Peña Pinto, quien se muestra en realidad poco preocupada por la situación de sus menores hijas, limitándose a decir que ella no cree que los abusos hayan tenido lugar, lo que confirma la manifestación hecha por la señora Moyano al referir una permisibilidad de parte de Ana lucía en relación con la conducta de su compañero Luis Eduardo. No vale la pena hacer demasiado énfasis en los exámenes médico legales practicados a los menores el 13 de julio de 2001, dado que según parece los hechos comenzaron a ocurrir aproximadamente a comienzos de ese año, incluso antes, de allí que luego de seis meses o más muchas de las huellas que podían haberse encontrado, han desaparecido. En indagatoria, igualmente en interrogatorio recibido en audiencia pública, el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio ha manifestado su total inocencia con respecto a los hechos, aseverando que él tenía buena relación con sus hijos y que las denuncias se deben a una especie de complot tramado por la señora Ana Lucía Peña y la señora Moyano. Con respecto a la señora Moyano, nana, afirma que sus manifestaciones juramentadas se deben a que tenía interés afectivo en él, habiéndolo invitado a que se fuera a convivir los dos, sin embargo ello no encuentra eco en toda la investigación, dado que muy por el contrario preocupada por los menores refiere desde el primer instante una conducta de maltrato no sólo físico sino psicológico y moral por parte del señor Vanegas. Con respecto a su esposa, señora Ana Lucía peña pinto dice el acusado que ella indujo a los menores a hacer manifestaciones falaces, dado que ella pretendía quedarse con unos bienes en compañía de su amante, sin embargo, lo que se puede apreciar de las declaraciones de la señora Ana Lucía es totalmente lo contrario, dado que ella demuestra una conducta evasiva, escéptica e indiferente, por decir lo menos con respecto a la situación de sus pequeños hijos, al

> *punto que tal como se menciona anteriormente, luego de conocer los resultados de la evaluación médica practicada a su hijo Pedro le manifestó a la señora Moyano que si los abusos hubieran existido, el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio "ultimadamente era su papá". De igual forma falta a la verdad el acusado cuando afirma que su relación con las menores era óptima, dado que refieren cosas totalmente distinta las menores Violeta, Rosa y Margarita, quienes aún en su retractación manifestaron temor hacía el acusado* (f. 81-85, 218-222 c. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 21 de abril de 2006, la Juez Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá (i) declaró penalmente responsable al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio del delito de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo, en la integridad y pudor sexual de las menores Violeta y Margarita; (ii) condenó al antes nombrado a 64 meses de prisión, a inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a inhabilidad para el ejercicio de la patria potestad respecto de la menor Margarita y a pagar 30 smlmv respecto a cada ofendida; (iii) dispuso que el implicado no era beneficiario de la suspensión de la ejecución de la pena y (iv) negó la solicitud de prisión domiciliaria. Lo anterior, porque (i) los testimonios de la señora Ana Mercedes Moyano de Infante y de los menores afectados constituyen, por su concordancia y veracidad, prueba de cargo; (ii) la afectación afrontada por el niño Pedro, puso en evidencia el abuso del que fueron las niñas Margarita y Violeta; (iii) la señora Ana Lucía Peña Pinto, desde un comienzo, evidenció desinterés por sus hijos, lo que avocó a la niñera a intervenir y adoptar un papel proactivo en defensa de los menores a su cuidado y, (iv) la retractación debe entenderse como el resultado de presiones exógenas para contrarrestar la medida de aseguramiento que pesaba en contra del hoy demandante:

> *La Dra. Martha Amaya Samudio, Defensora de Familia, da cuenta de los hechos cuyo conocimiento tuvo la señora Ana Mercedes Moyano de Infante, quien se encargaba del cuidado de los niños Violeta, Margarita, Rosa y Pedro, donde se afirma que Violeta y Margarita venían siendo objeto de prácticas eróticas a manos de Luis Eduardo Vanegas Osorio.*
>
> *Ana Mercedes Moyano Infante dice que estuvo laborando entre el 2000 y 2003 en la casa de Ana Lucía Peña Niño, madre de dichos menores, encomendándosele el cuidado de los mismos y, en desarrollo de esa actividad, afirma que a raíz de una situación suscitada con Pedro se descubrió que Luis Eduardo Vanegas Osorio manoseaba a sus hermanitas Margarita y Violeta en sus partes íntimas. Indica, además, que de esos insucesos dieron aviso a Bienestar Familiar para que se investigara lo concerniente, pues eso venía ocurriendo desde hacía varios días y la mamá había asumido una actitud demasiado permisiva.*
>
> *Escuchada en instructiva Margarita, en un comienzo, asegura que su papá cuando ella tenía siete (7) años le manoseaba sus partes íntimas, más que todo mientras dormía sin despojarla de alguna prenda de vestir, aprovechando que su mamá lavaba.*
>
> *Más adelante, se retracta de sus afirmaciones, asegurando que su padrastro jamás le hizo algo y que lo que inicialmente dijo fue por temor a que éste la obligara a comer verduras.*

Por su parte, Violeta informa que cuando Vanegas Osorio visitaba a su mamá Ana Lucía Peña Pinto, a ella la ultrajó en su intimidad sexual, bajándole la ropa, le manoseaba sus partes íntimas y de igual modo la accedía carnalmente.

Días después, variando su versión, asegura que nada más le tocaba los senos y la vagina, más no abusó de ella, maniobras que ejecutaba sin despojarla de sus prendas de vestir; lo cual se dio cuando vivían en Zaracota; sosteniendo, asimismo, que de eso se enteró la señora Ana Mercedes Moyano de Infante.

De otra parte, Pedro, hijo del sindicado, al ser escuchado en declaración no aporta mayor información sobre los hechos en mención, alertando el Instructor el estado anímico del menor y que en esa diligencia tenía poco ánimo de hablar.

(…..) Ana Lucía Peña Pinto, madre de las ofendidas, asegura que éstas no le informaron lo que estaba ocurriendo sino que lo supo a través de Ana Mercedes Moyano de Infante, quien se encargaba del cuidado de los menores mientras ellos trabajaban; cuando su excompañero Luis Eduardo ya no vivía con ellos; poniéndola Moyano de Infante al tanto de sus comentarios, se resistía a creerlos, pues también vivían otras niñas y además a las suyas las tenía bien adiestradas de denunciar cualquier situación anómala que se relacionara con su libertad y pudor sexual.

Anota, que durante siete (7) años convivió con el sindicado y su relación con sus hijas fue la mejor y jamás llegó a notar comportamiento extraño suyo hacia sus hijos, no teniendo nada que ver los hechos objeto de autos con su separación.

Precisa que algunas veces advirtió que sus hijas decían cosas totalmente diferentes a las que realmente estaban sucediendo y por eso pensó someterlas a tratamiento psicológico, cuando empezaron los problemas debatidos en la Comisaría de Familia. Ante las manifestaciones de Ana Mercedes Moyano de Infante decidió atestiguar, pues le asalta la duda que su excompañero haya hecho esas cosas a sus hijas, pues ellas jamás se lo informaron y es probable que mientan.

(…..) Son concretas y certeras las señalizaciones que Ana Mercedes Moyano de Infante hace a Luis Eduardo Vanegas Arias de haber ultrajado sexualmente a sus hijastras Violeta y Margarita, en hechos ocurridos hacia los años 2000 a 2003, indicándose que las manoseaba sus partes íntimas; afirmaciones que a su vez le hicieran las menores, toda vez que era ella la encargada de su cuidado, por encargo que le hiciera la mamá Ana Lucía Peña Pinto.

(……) Constituyéndose los testimonios de la señora Ana Mercedes Moyano de Infante y las ofendidas, en prueba de cargo, máxime cuando son concordantes sus aseveraciones, sin que se denote cualquier animadversión hacía Vanegas Osorio, como para endilgarle una conducta de tal naturaleza.

(…..) Fue el comentario que se hizo de situación que sucedió entre el menor Pedro con Vanegas Osorio, lo que puso en descubierto lo que venía ocurriendo con sus hermanitas Margarita y Violeta, quienes al no contar con el apoyo de su mamá, le relataron a Ana Mercedes Moyano de Infante, por ser ésta la más cercana y ante la confianza que le inspiraban, la forma como de tiempo atrás venían siendo manoseadas por su padrastro.

Es poco lo que puede extraerse del dicho de Ana Lucía Peña, pues desde un comienzo despierta un desinterés hacía la suerte que pudieran correr sus hijas, siendo Moyano de Infante la que prácticamente se encarga de la educación y formación de las mismas, tan es así que Violeta asegura que jamás ha sentido en su mamá el calor de madre (…..).

(…..) Valga repetir, la segunda versión de retractación de las ofendidas llegó al proceso, como se ha dicho, una vez fue capturado Vanegas Osorio, cuando habían transcurrido cerca de cuatro años para ser más exacto, desde que ellas rindieron su primera

instructiva; denotándose que su segundo testimonio obedeció a instrucciones para contrarrestar la medida que pesaba en contra del encausado; tan es así, que Violeta dentro de esa orientación admite que cierto es que no haya accedido carnalmente pero sí la manoseaba, es decir, a pesar de todo trata de mantener su dicho inicial.

(……) Lleva eso a indicar, que la primera narración que las pequeñas hacen no es producto de su imaginación, mucho menos les asistía algún interés en perjudicar al sindicado atribuyéndole esa conducta. El mismo implicado, a pesar de no vivir con ellas, sí frecuentaba el lugar donde ellas habitaban con el propósito de visitar a su hijo Pedro.

(…….) Un hecho bastante notorio es que no se agotó el acceso, como lo dictamina Medicina Legal, aspectos compatibles con manipulaciones que aseguran las ofendidas que fueron accedidas carnalmente por su padrastro, menos no es que fue corto el instructor en dilucidar esa situación, porque aprecian que les introducía la mano por la vagina y él nunca se desnudó como tampoco sacó o exhibió su asta viril.

(…….) De lo anterior es de indicar, son mendaces las exculpaciones esgrimidas en su defensa por el acusado, el mismo material probatorio recaudado viene a desvirtuar sus aseveraciones, sin encontrar algún asidero sus explicaciones. Así, sin temor a equivocarnos, llegamos a concluir que hay suficientes elementos de juicio para edificar cargos de responsabilidad en cabeza de Luis Eduardo Vanegas Osorio, pues en conciencia orientó su capacidad de autodeterminación para agotar aberrante comportamiento en las ofendidas; sus hijastras Margarita y Violeta. Ganándose su confianza en el amor y el respeto que les profesaba en su condición de padrastro, las indujo a realizar esas prácticas sexuales.

(……) Y por último es de decir, dado que Luis Eduardo Vanegas Osorio le dio el apellido a la menor Margarita, a la consanguinidad del procesado con Margarita concurría en este evento concurso con la conducta punible de incesto, pero, lamentablemente, el instructor omitió esta situación y habiendo transcurrido ya más de cinco (5) años de ocurridos los hechos, en cuanto a esta última ilicitud se presentaría el fenómeno jurídico de prescripción de la acción penal (f. 14-37 c. 3; 89-113, 227-251 c. 5).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la providencia de 4 de agosto de 2006, revocó la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio y ordenó su libertad inmediata. Lo anterior, con fundamento en que (i) existe una divergencia entre lo sostenido por la Fiscalía y el examen médico legal, que le resta credibilidad al dicho de la señora Ana Mercedes Moyano de Infante y de los menores involucrados; (ii) los actos sexuales imputados no están acreditados en grado de certeza, y (iii) los niños denunciantes mienten:

Sin esfuerzo se capta una profunda divergencia entre lo sostenido en la Fiscalía y lo afirmado ante el médico legista, que de otra parte, desmiente no sólo a las menores sino a Ana Mercedes Moyano, quien fungía como empleada de la casa de los Vanegas. En efecto, allí pusieron de presente que les introducía el pene por delante y por detrás. Pero la prueba técnica desmiente esta sindicación, pues en el momento del examen sexual, las dos menores presentaban un himen íntegro y un ano con forma y tono normal. Luego el hecho no ocurrió. Igualmente, la testigo estrella de la Fiscalía habría observado que el niño Pedro, a la sazón, de sólo 3 años de edad tenía el ano por fuera y enrojecido. Empero, Medicina Legal halló que tenía un ano de forma y tono normales, que así está corroborando el dicho de este niño cuando dijo que nadie le había tocado la cola. Entonces, la supuesta violación tampoco ocurrió sobre este infante.

Se dirá por lo anterior que la acusación versó sobre actos sexuales con menor de catorce años y no por acceso carnal violento. Pero, aunque el argumento es válido, no significa que este comportamiento esté demostrado, en grado de certeza, en el proceso. De una parte, porque las menores han mentido, mentira probada por Medicina Legal, al no encontrar que los menores hubiesen sido objeto de acceso carnal y con la retractación que hicieron de sus primeras declaraciones sobre dicha conducta punible, supuestamente, ejecutada por el acusado. De otra, porque aún sin aceptar sus retractaciones, las declaraciones no conservan identidad en cuanto a la manera como los actos sexuales ocurrieron, ni sobre las partes que recibieron los tocamientos del procesado. Así, en Medicina Legal Violeta le dijo que le besaba la boca y le quitaba toda la ropa y que su hermano Jhon Edisson X, había visto en alguna oportunidad. Allí se hizo constar que niega otras maniobras. Pero ante la Fiscalía, inicialmente, aseveró que le tocaba todo el cuerpo y le bajaba la pantaloneta. Y en la última intervención que le tocaba los senos y la vagina, luego de haber negado penetración anal y vaginal. Es obvio que si estos comportamientos del procesado hubieran sucedido, también en Medicina Legal los hubiese descrito y no la inexistencia de otras maniobras.

Pero en este análisis, las personas más allegadas al contorno familiar de la menor, nunca tuvieron conocimiento de los hechos atribuidos a Vanegas. La progenitora sólo se entera, incrédula, por los comentarios que la empleada hizo y no porque algunas de sus hijas, le hubieren comentado lo que al parecer ocurría en casa. Violeta no vivía con su madre por la incomprensión que existía entre ellas, sino con una tía, Martha Cecilia Peña, quien tampoco sabe de lo sucedido, porque cuando le preguntaba no respondía. Y su hermano de 14 años de edad, Jhon Edisson X negó en su declaración que hubiera observado algo. Sólo conoció de los hechos, después de la denuncia. Aunque le preguntó a sus hermanas sobre estos le negaron y afirmaron que lo que declararon lo hicieron por la rabia que tenían contra Luis Eduardo y porque Mercedes les había dicho que sostuvieran eso. De manera que del testimonio de la menor no se infiere, con certeza, que la conducta haya existido.

Lo propio puede decirse de Margarita, ya que en Medicina Legal sostuvo que le bajaba los cucos y le mandaba la mano a la vagina. Mientras en la Fiscalía, en su primera versión, dijo que le tocaba la vagina por encima de la ropa y, en la segunda, niega que hubiese sucedido. No es lo mismo despojar a la víctima de sus interiores que tocarla por encima de sus prendas de vestir. Es tan objetiva esta distinción que independientemente de la edad de la menor (6 años para la época), fácilmente, se distingue entre una y otra situación. Esta contradicción, más lo analizado anteriormente sobre el entorno familiar, enerva el grado de certeza requerido para aseverar la existencia de los actos sexuales por los cuales se formuló acusación.

Consecuencialmente, se revocará la sentencia y ordenará la libertad inmediata del procesado, para lo cual se librará la boleta respectiva ante el director del establecimiento penitenciario o carcelario donde se encuentra detenido (f. 38-53 c. 3; 610-625 c. 5; 581-596 C. 5-mayúsculas sostenidas eliminadas del texto).

El 8 de agosto de 2006, se emitió la correspondiente boleta de libertad con destino al Director de la Cárcel Nacional Modelo (f. 600, 601, 604 c. ppl.).

La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá notificó la sentencia absolutoria, mediante edicto fijado el 23 de agosto de 2006 (f. 605 c. 5)[6].

[6] En este punto, es pertinente señalar que consultada la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no se encontró que se haya interpuesto recurso extraordinario de casación.

La Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, con miras a profundizar en las dinámicas del abuso sexual infantil, respondió los interrogantes formulados en el auto de mejor proveer de 25 de mayo de 2017, así:

1. ¿Qué factores propician el abuso sexual?

En general, de acuerdo con el modelo de Finkelhor, existen precondiciones que se dan en el abuso sexual.

a. Factores del abusador sexual.
Se requiere de un hombre o mujer que tenga excitación sexual con niños.
b. Falta de inhibición interna. El individuo que comete el abuso sexual carece de estructuras psíquicas que le impiden cometer el abuso, tales como la conciencia moral o ética que le digan que el abuso sexual es una acción incorrecta e ilegal.
c. Falta de inhibición externa. Se refiere a la inhibición que provee la supervisión y acompañamiento de personas adultas al niño, que no permite el acceso del abusador sexual. También a lo que la cultura y la ley permiten o castigan en el abuso sexual.
d. La resistencia del niño. Los niños pueden oponer diferentes grados de resistencia, de acuerdo a sus propias características, como su asertividad, su autoestima, el cuidado que hayan recibido, el nivel de desarrollo alcanzado. Esto de ninguna manera significa que el niño tenga responsabilidad sobre el abuso sexual.

2. ¿Cómo valorar la veracidad de la declaración de los menores sobre el abuso sexual sufrido o presenciado?

Se considera que la credibilidad del testimonio de los niños se relaciona, con que haga una narración libre, sin preguntas conducentes. La consistencia de la versión, la descripción de detalles idiosincráticos, la narración de percepciones de las características del abusador y del abuso mismo: el niño narra olores, sabores, colores, dolor sentido, distintas emociones relacionadas con el abuso, (Apsac, Tom Lyon).

Así mismo, de acuerdo con Kenneth Lannet, lo más importante en la evaluación es el reconocimiento de la dinámica propia del abuso sexual y la descripción que la víctima hace del comportamiento del abusador.

3. La retracción de un menor sobre abuso sexual, que previamente refirió, ¿Conlleva necesariamente descartar la conducta investigada por la Fiscalía General de la Nación?

No, la retracción es un fenómeno frecuente en los casos verdaderos de abuso sexual. En palabras de Tom Lyon, autoridad en el tema, "jamás debe asumirse que la retracción indica que el abuso no ocurrió". En general las investigaciones muestras que los niños que se retractan no han tenido soporte familiar, especialmente de la madre, o han recibido amenazas.

4. ¿Cuáles serían los elementos y circunstancias que dificultan o facilitan la prueba del abuso sexual?

Se puede afirmar que las dificultades en la recolección de las pruebas tienen que ver sobre todo con la falta de entrenamiento y supervisión del personal de salud y de Medicina Legal, que no tienen el conocimiento suficiente y que no tienen los elementos para realizar las pruebas forenses, especialmente en el área rural.

Las pruebas del abuso sexual no están en el cuerpo del niño, en la mayoría de los casos. Pero sí puede encontrarse evidencia en la ropa de la víctima y en los sitios donde ha ocurrido el abuso sexual. Se requiere de más personal de investigación criminal.

En los países donde hay más desarrollo del área de investigación criminal se busca la evidencia de las circunstancias de lugar y tiempo, para poder corroborar la palabra del niño y su versión del abuso sexual.

5. ¿cuál es el margen de error de los exámenes físicos practicados a los menores para detectar violencia y/o abuso sexual?

Esto depende del nivel de entrenamiento del personal que realiza el examen. Debe conocer, que los genitales de los niños a pesar de haber sido lesionados, cicatrizan rápidamente y a pesar de haberse dado la penetración, pueden no tener lesiones visibles al examen.

6. Las valoraciones físicas realizadas por un médico de Servicio Social Carlos González, Consultorio médico especializado Jesucristo Obrero, a dos de los menores comprometidos, que arrojaron señales de alerta ¿Requieren apoyos complementarios especializados para entender demostrada la violencia sexual y/o el abuso sexual?

La evidencia encontrada por el médico es clara. Sin embargo, se han debido documentar las lesiones y tomar pruebas adicionales como frotis y cultivo vaginal, fosfatasa alcalina para corroborar la evidencia del abuso.

7. En el caso de autos ¿se observan patrones habituales de conducta indebida en la persona sindicada?

Se leen en el expediente, patrones similares de conducta con los niños descritos como comportamientos propios de abusadores sexuales.

8. ¿Cuáles serían los elementos que se deben considerar para valorar las intervenciones de la madre de los menores comprometidos y las explicaciones exculpativas del procesado?

Evidentemente la madre no cree las declaraciones de los niños, a pesar de ser claras y contundentes. Esto es un factor de riesgo para la retractación en todos los niños.

Las explicaciones que da el inculpado no son creíbles, especialmente por la similitud de todos los niños en sus declaraciones.

9. ¿Cuál es el grado de credibilidad de la versión brindada por la cuidadora de los menores comprometidos?

La versión de la cuidadora es creíble y es ratificada por las entrevistas de los niños que revelan el abuso sexual y son consistentes con lo que la cuidadora refiere que le contaron los niños. Nunca fue probado en el expediente que la cuidadora tuviera otro tipo de motivaciones para inculpar al acusado. Solo está la versión de éste.

10. ¿Cuáles serían las recomendaciones para adelantar que, como en el sub examine, involucran menores por abuso sexual?

Las recomendaciones serían:

a. Mejorar los tiempos de recolección de las pruebas.
b. Mejorar el entrenamiento de todos los profesionales involucrados en el proceso.
c. Efectuar supervisión de los exámenes realizados en Medicina legal.
d. Efectuar supervisión de las entrevistas forenses realizadas en Medicina Legal, por el grupo de psicología y psiquiatría forense.
e. Prohibición de la utilización del pretendido síndrome de Alienación parental, que NO es reconocido por ninguna sociedad científica ni por la Clasificación Internacional de Enfermedades por la que se rige nuestro país.
f. Fortalecimiento de la investigación criminal en todos los casos de abuso sexual.

g. Entrenamiento a todos los funcionarios involucrados en el proceso, en el desarrollo psicosexual de los niños.
h. Dotación de Cámaras Gessel a todas las unidades de investigación y capacitar para su utilización.
i. Articulación funcional de los sistemas de salud, protección y justicia.
j. Presentar un proyecto de Ley de Inmunidad para quien reporta o evalúa los casos de abuso sexual.

11. ¿Qué medidas se deben adoptar, en el curso de la investigación para conservar la versión de los menores víctimas, de la familia y de los testigos?

Debería tomarse la entrevista forense en Cámara Gessel y ser guardada con los criterios de la cadena de custodia usuales.

Debería darse apoyo psicológico inmediato a las víctimas de delitos sexuales. Debería darse protección efectiva a las víctimas de delitos sexuales.

12. ¿Qué medidas de terapia y de protección se deben disponer, durante la investigación y posterior a ella, para propiciar la recuperación psicológica y física de los menores víctimas?

Los niños deben recibir ayuda terapéutica por personal calificado en trauma y deben recibir protección policial por las posibles amenazas del abusador sexual.

La Ley de Infancia determina que el Sector Salud debe entrenar a su personal en Maltrato Infantil, pero esto no se ha realizado adecuadamente (f. 275-279 c. ppl.).

Ahora bien, para entrar a analizar el problema jurídico resulta pertinente desarrollar el marco normativo y jurisprudencial aplicable para fijar los supuestos fácticos de relevancia, a efectos de determinar en el *sub lite* si es posible derivar responsabilidad del Estado y, concretamente, condenar a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General a la indemnización de los perjuicios causados, con ocasión de la privación de la libertad que padeció el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio en las fechas referidas.

La libertad es un valor, principio y derecho que puede ser limitado en pro de la materialización de intereses constitucionalmente prevalentes. Particularmente, el artículo 3º de la Ley 600 de 2000, dispuso que la detención preventiva *"estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad"*.

La Corte Constitucional, en reciente sentencia de unificación[7], señaló que *"el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente"*. Agregó que "en la sentencia C-037 de 1996, *"el significado de la expresión "injusta" necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era*

[7] Sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho" (negrita eliminada del texto).

Puntualizó que tanto esa corporación, como el Consejo de Estado, *"comparten dos premisas: la primera, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). La segunda, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional"* (negrita eliminada del texto).

Y, en esa medida, dependiendo de las particularidades del caso *"el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse"* (negrita eliminada del texto).

Enfatizó que cuanto *"–el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos"* (negrita eliminada del texto).

Y destacó que como los demás eventos *"–el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma"*, es menester determinar si la decisión que privó de la libertad al ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas -idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad, necesidad-.

Ya que de no hacerse este análisis se contrariaría *"la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior".*

Por su parte, la Sección Tercera de esta corporación, en reciente pronunciamiento de unificación[8], señaló que el título de imputación se estudiará de acuerdo al caso en concreto y que es imprescindible verificar *"si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva"*.

En el *sub judice* el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio fue (i) vinculado a la investigación como persona ausente, previa la designación de un defensor de oficio –providencia de 22 de abril de 2004-; (ii) capturado el 26 de abril de 2005; (iii) escuchado en indagatoria el 13 de mayo siguiente; (iv) activo en su defensa, por cuanto, mediante apoderado, pidió la nulidad de todo lo actuado, la sustitución de la medida de aseguramiento y la revocatoria de la resolución de acusación. Situación que descarta una inactividad por parte de la defensa con relación a la restricción de la libertad del procesado.

Para descender al caso en concreto, es importante evidenciar que el señor Vanegas Osorio fue sujeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de la libertad provisional, el 1º de julio de 2004.

El tema de la detención preventiva se regulaba en los artículos 3, 355, 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, disposiciones que señalaban que la medida (i) *"estará sujeta a la necesidad de asegurar la comparecencia al proceso del sindicado, la preservación de la prueba y la protección de la comunidad"*; (ii) *"procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria"*; (iii) se *"impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso"* y (iv) procede por los delitos de: *"Actos sexuales con menor de catorce años"*.

La Fiscal 232 Seccional estableció que se cumplían los presupuestos de procedencia de la detención preventiva, por cuanto: (i) el delito está enlistado en el artículo 357 de la

---

[8] Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de jurisprudencia de 15 de agosto de 2018, expediente No. 46.947, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Ley 600 de 2000; (ii) hay una grave sindicación de tres niñas, quienes, de forma coincidente y detallada, describieron los actos sexuales de que fueron objeto por parte del procesado; (iii) no se vislumbra *"algún sentimiento innoble de parte de ellas"* y (iv) sus relatos no han sido desvirtuados, "*adquiriendo por ende, mayor relieve probatorio en la medida en que la postura del injurado al emprender la huída y no atender las citaciones de la indagatoria, obligó a la Fiscalía a declararlo ausente"*.

En este punto, es pertinente referenciar, con relación a la forma como se debe valorar la veracidad de la declaración de menores que refieren ser víctimas de abuso sexual, que la Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, señaló:

> *Se considera que la credibilidad del testimonio de los niños se relaciona, con que haga una narración libre, sin preguntas conducentes. La consistencia de la versión, la descripción de detalles idiosincráticos, la narración de percepciones de las características del abusador y del abuso mismo: el niño narra olores, sabores, colores, dolor sentido, distintas emociones relacionadas con el abuso, (Apsac, Tom Lyon).*
>
> *Así mismo, de acuerdo con Kenneth Lannet, lo más importante en la evaluación es el reconocimiento de la dinámica propia del abuso sexual y la descripción que la víctima hace del comportamiento del abusador.*

Y la Corte Suprema de Justicia ha considerado idóneos y pertinentes los testimonios de menores víctimas de abuso sexual y señala que (i) es desacertado imponerles veda o tarifa probatoria en orden a restarles credibilidad, en cuanto no se deriva de la ley y estudios científicos han demostrado que cuando los niños han afrontado este tipo de vejámenes *"su dicho adquiere una especial confiabilidad"*. Lo último, *"por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria"*; (ii) no se pueden desechar en razón de divergencias con los exámenes físicos y (iii) desconocer de entrada el señalamiento de las víctimas de abuso sexual, así se trate de menores, contraviene el derecho de acceso a la justicia, amén de que deja de lado el artículo 44 de la Carta Política y la convención internacional sobre los derechos del niño.

En este punto, se hace necesario considerar el impacto del ilícito sobre las víctimas, en particular los menores de edad, como quiera que estudios sobre el tema revelan que, salvo circunstancias particulares, las víctimas de abuso sexual están en condiciones de revelar los hechos con bastante precisión. Sobre el particular, sostuvo la Corte:

> *En cuanto a esto se tiene que la Corte a través de sus últimos pronunciamientos sobre este tema, ha venido sosteniendo que no es acertado imponer una veda o tarifa probatoria que margine de toda credibilidad el testimonio de los menores (…..).*

La primera premisa que conduce a esa conclusión tiene que ver con que la ley penal no impone restricción en ese sentido. En el caso específico del testimonio de los menores de 12 años, por ejemplo, actualmente no existe prevención al respecto, ni en la Ley 600 de 2000 -que rige este asunto- (artículo 266), ni en la 906 de 2004 (383, inciso segundo), distinta a la de que en las dos legislaciones se precisa que cuando depongan sobre los hechos no se les recibirá juramento y que durante esa diligencia deberán estar asistidos -en lo posible- por su representante legal o por un pariente mayor de edad. De modo que como cualquier otra prueba de carácter testimonial, la declaración del menor, que es el tema que incumbe para los fines de esta decisión, está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental.

Así las cosas, razonable es colegir, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, que el testimonio del menor no pierde credibilidad sólo porque no goce de la totalidad de sus facultades de discernimiento, básicamente porque cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica.

Es más, como se precisa en la anterior providencia, la exclusión del mérito que ofrece el testimonio del menor desatiende estudios elaborados por la sicología experimental y forense, por lo que se puede concluir que una tal postura contraviene las reglas de la sana crítica, en cuanto el juicio del funcionario debe mostrarse acorde con los postulados científicos. Estudios recientes realizados por profesionales de esas áreas, indican que no es cierto que el menor, a pesar de sus limitaciones, no tiene la capacidad de ofrecer un relato objetivo de unos hechos y muy especialmente cuando lo hace como víctima de abusos sexuales[9] *.*

De acuerdo con investigaciones de innegable carácter científico, se ha establecido que cuando el menor es la víctima de atropellos sexuales su dicho adquiere una especial confiabilidad. Una connotada tratadista en la materia, ha señalado en sus estudios lo siguiente:

> *"Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información.*
>
> *Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños*

---

[9] *"La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psico sociales"*, tesis doctoral presentada por Josep Ramón Juárez López, ante la Universidad de Girona, Italia, año 2004.

suelen mejorar significativamente. Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños pueden volverse menos detallistas a través de largos períodos de tiempo.

Los niños tienen dificultad en especificar el tiempo de los sucesos y ciertas características de las personas tales como la edad de la persona, altura, o peso. También pueden ser llevados a dar un falso testimonio de abuso ya que, como los adultos, pueden ser confundidos por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas. Por ej. el uso de preguntas dirigidas, puede llevar a errores en los informes de los niños, pero es más fácil conducir erróneamente a los niños acerca de ciertos tipos de información que acerca de otros. Por ejemplo, puede ser relativamente fácil desviar a un niño de 4 años en los detalles tales como el color de los zapatos u ojos de alguien, pero es mucho más difícil desviar al mismo niño acerca de hechos que le son personalmente significativos tales como si fue golpeado o desvestido. La entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias.

Habrá que captar el lenguaje del niño y adaptarse a él según su nivel de maduración y desarrollo cognitivo para facilitar la comunicación del niño. Por ej. los niños pequeños pueden responder solamente aquella parte de la pregunta que ellos entienden, ignorando las otras partes que pueden ser cruciales para el interés del adulto. Por lo tanto es conveniente usar frases cortas, palabras cortas, y especificar la significación de las palabras empleadas. Los entrevistadores también necesitan tener en cuenta que a veces, la información que los niños intentan aportar es certera, pero su informe acerca de esto puede parecer no solo errónea, sino excéntrica (burda) para un adulto. Por ejemplo, un chico puede decir que "un perro volaba" sin decir al entrevistador que era un muñeco que él pretendía que pudiera volar.

El diagnóstico del Abuso Sexual Infantil se basa fuertemente en la habilidad del entrevistador para facilitar la comunicación del niño, ya que frecuentemente es reacio a hablar de la situación abusiva..."[10]*.*

A partir de investigaciones científicas como la anterior, se infiere que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiere gran credibilidad cuando es la víctima de abusos sexuales.

Por otro lado, la tendencia actual en relación con la apreciación del testimonio del infante víctima de vejámenes sexuales es contraria a la que se propugna en el fallo impugnado, atendido el hecho de que el sujeto activo de la conducta, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y, en esa medida, es lo más frecuente que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente

Pero, además, desconocer la fuerza conclusiva que merece el testimonio del menor víctima de un atentado sexual, implica perder de vista que dada su inferior condición – por encontrarse en un proceso formativo físico y mental- requiere de una especial protección, hasta el punto de que, como lo indica expresamente el artículo 44 de la Carta Política, sus derechos prevalecen sobre los demás y, por lo tanto, su interés es superior en la vida jurídica[11]*.*

---

[10] *"Violencia familiar y abuso sexual"*, capítulo *"abuso sexual infantil"*. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

[11] Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 26 de enero de 2006, M.P. Mariana Pulido de Barón.

Save the Children condensó una serie de mitos y falsas creencias relacionados con la violencia sobre la infancia y que influyen negativamente en las decisiones judiciales[12], entre ellos, que los niños, niñas y adolescentes mienten o son poco creíbles:

Falsa creencia	*Realidad*
Los niños y las niñas mienten o inventan historias de haber sufrido violencia sexual para llamar la atención o por ser influenciados por otras personas.	*Siempre hay que creer al niño o niña o concederle el beneficio de la duda. Raramente los niños inventan historias de abuso sexual. Los casos de fabricación de violencia sexual por parte de los niños y las niñas son muy escasos. Casi todos los casos de violencia sexual son verdaderos.*

Este mismo ejercicio lo desarrolló Unicef Uruguay[13], así:

Falsa creencia	*Realidad*
Los niños son poco creíbles o mienten.	*Como asegura Baita "se encuentran a diario falsas creencias acerca de que los niños son fantasiosos, mienten, no pueden recordar con exactitud lo sucedido y son fácilmente influenciables". Lo cual, progresivamente se ha logrado desvirtuar.*

También es pertinente mostrar que la señora Ana Mercedes Moyano, el 20 de agosto de 2004, declaró que (i) los niños a su cuidado eran objeto de maltrato físico, moral y psicológico por parte del padrasto o papá, señor Luis Eduardo Vanegas Osorio, lo cual era permitido o apoyado por la mamá de los pequeños. Explicó que el señor Vanegas Osorio era el compañero de la señora Ana Lucía, padre biológico del menor Pedro y padrastro de las niñas Margarita, Violeta y Rosa, aunque había reconoció a la primera de las nombradas y (ii) al antes nombrado le dictaron medidas de restricción, las cuales no cumplió, porque se acercaba a los menores y los amenazaba. Al punto que la señora Ana Lucía y los niños se vieron obligados a cambiar de residencia en varias ocasiones, hasta que ella, finalmente, se estableció con un nuevo compañero sentimental.

Para la Sala es claro que, en el *sub judice*, la medida de detención preventiva fue razonable y proporcional, en atención a la especial confiablidad de los relatos de los menores y obedeció a la necesidad de asegurar la comparecencia del sindicado al proceso, proteger a la comunidad, en especial, a los niños involucrados e impedir la

[12] Save the Children (2012). *Más allá de los golpes: ¿Por qué es necesaria una Ley? Informe sobre la violencia contra los niños y las niñas.*
[13] Baita, S. y Moreno, P. (2015). *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Unicef Uruguay, Fiscalía General de la Nación y Centro de Estudios Judiciales del Uruguay.

continuación del actuar delictual reprochado. Situación que descarta una falla del servicio.

Ahora bien, la Fiscal 232 Seccional, al proferir resolución de acusación, señaló que el procesado no se hacía merecedor al beneficio de la libertad provisional, en consideración a que el delito imputado, por ser de gran entidad, tiene expresa prohibición de excarcelación.

En efecto, el Decreto-Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 360 de 1997, estableció, en el artículo 417, que no tendrán derecho a la libertad provisional los sindicados por los delitos de *"Actos sexuales con menor de catorce años (artículo 305)"*.

No sobra vislumbrar en este punto que, posteriormente, el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia señaló que cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes (i) si hay lugar a proferir medida de asegurmiento, *"esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión"*; (ii) *"no se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia"* y (iii) *"no procederá la extinción de la acción penal"*.

Luego, el Juez Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá, el 21 de abril de 2006, (i) declaró penalmente responsable al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio del delito de actos sexuales con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo, en la integridad y pudor sexual de las menores Violeta y Margarita; (ii) condenó al antes nombrado a 64 meses de prisión, a inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, a inhabilidad para el ejercicio de la patria potestad respecto de la menor Margarita y a pagar 30 smlmv respecto a cada ofendida; (iii) dispuso que el implicado no era beneficiario de la suspensión de la ejecución de la pena y (iv) negó la solicitud de prisión domiciliaria. Lo último, porque

> *Es de indicar que en este caso concurre circunstancia excepcional que hace inaplicable los preceptos contenidos en el artículo 38 del Código penal para la prisión domiciliaria, toda vez que las ofendidas forman parte del núcleo familiar del encausado; es padrastro de la menor Violeta y obra como padre al reconocer a la niña Margarita.*
>
> *De igual modo es de señalar, que el comportamiento del implicado demanda mayor castigo además del reproche penal pues se trata de un individuo que comparte su vida afectiva con la señora Ana Lucía Peña Pinto y fuera de eso es padre de una de las menores afectadas.*

> *Esos antecedentes familiares no llevaron a Luis Eduardo Vanegas Osorio a reflexionar sobre las funestas consecuencias que su aberrante comportamiento podría traer a la niña Violeta y a Margarita, las dos de escasos años de edad, consolidándose su actitud en cierta insensibilidad al someterlas a esas prácticas sexuales. Circunstancias éstas que hacen más lesivo el daño que se les haya causado a las menores ofendidas.*
>
> *(….) Todo lleva a concluir la inconveniencia de sustituirle a Luis Eduardo Vanegas Osorio el lugar donde ha de purgar la pena impuesta por su residencia o domicilio, pues no se lograría su verdadera y eficaz resocialización, y por tal razón, deberá descontar dicha condena en la Cárcel Nacional Modelo, donde ahora se encuentra privado de la libertad, o en defecto en el Centro Carcelario que le asigne el Inpec* (f. 247-248 c. 5)*.*

El aludido juzgado estableció que (i) los testimonios de la señora Ana Mercedes Moyano de Infante y de los menores afectados constituyen, por su concordancia y veracidad, prueba de cargo; (ii) la afectación afrontada por el niño Pedro, puso en evidencia el abuso del que fueron las niñas Margarita y Violeta; (iii) la señora Ana Lucía Peña Pinto, desde un comienzo, evidenció desinterés por sus hijos, lo que avocó a la niñera a intervenir y adoptar un papel proactivo en defensa de los menores a su cuidado y (iv) la retractación debe entenderse como el resultado de presiones exógenas para contrarrestar la medida de aseguramiento que pesaba en contra del hoy demandante. Está argumentación, está acreditada en el plenario y atiende estudios sobre las dinámicas del abuso sexual de menores, así:

En el *sub judice* está acreditado que la señora Ana Mercedes Moyano de Infante, quien estaba a cargo del cuidado de los hijos de la señora Ana Lucía Peña Pinto para la época de los hechos, señaló, en la investigación preliminar, que el compañero de la antes nombrada le *"tocaba la cuquita a Rosa y a Violeta y, además, las miraba morbosamente por unos huequitos de la puerta del baño, cuanto éstas se bañaban"*.

Posteriormente, en la instrucción, relató que (i) la menor Rosa le comentó a su mamá que estaba cansada de que el padrastro le *"molestara la vagina"*, lo que desencadenó discusión y disolución de la pareja; (ii) posteriormente, la señora Ana Lucía ubicó a su compañero en Vista Hermosa-Meta y lo retornó al hogar, lo que trajo consigo peleas, golpes y maltrato; (iii) un sábado, con autorización de la progenitora, salió el niño Pedro con su papá y regresó con señales de haber llorado, luego estuvo pálido, acongojado y desganado. Finalmente, el menor manifestó que le dolía la cola y que fue su papi. Observó que el niño tenía el ano por fuera y enrojecido y llamó, inmediatamente, a una vecina que era madre comunitaria para que le explicara qué tipo de enfermedad era esa y ella manifestó que era una violación; (iv) la mamá no autorizó llevar el niño al médico o a la policía, porque *"ultimadamente había sido el papá"* y (v) finalmente, la señora Ana Lucía consintió llevar al niño al Consultorio Médico Especializado

Jesucristo Obrero y (vi) después de eso, las niñas empezaron a relatar los abusos de que fueron objeto por parte de su padrastro.

El abuso descrito por la señora Ana Mercedes Moyano de Infante y que generó su intervención fue corroborado por los relatos de las menores Violeta, Rosa y Margarita en el instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el 13 de julio de 2001 –de 11, 8 y 6 años de edad-, los cuales dieron cuenta de tocamientos, acercamientos o contacto con el miembro viril, eyaculaciones y besos que les efectuaba su padrastro.

La niña Violeta manifestó, en esa ocasión y en la declaración que rindió el 20 de septiembre de 2004, que su hermano mayor Jhon Edisson X vio cuando su padrastro le bajaba la ropa interior y que éste le describió a la señora Ana Mercedes Moyano de Infante esa situación. Lo anterior, fue reseñado por la menor Margarita cuando relata que, a raíz de lo ocurrido a su hermano Pedro, todos comenzaron a contarle a la niñera, inicialmente, e incluso Violeta le dijo a mi mamá que *"Jhon Edisson X vio cuando él –padrastro- la estaba tocando"*.

La menor Violeta señala, en la declaración de 20 de septiembre de 2004, que cuando su mamá se enteró *"de lo que él nos había hecho, ella no nos creyó y él era el amor de su vida. A mí por ejemplo nunca me ha dado afecto ni cariño. El despacho deja constancia que la menor se denota demasiado triste y agresiva*".

La madre de los menores, la señora Ana Lucía Peña Pinto, en la declaración que rindió el 3 de mayo de 2005, señaló que (i) duda de la versión de sus hijos, en su criterio, *"la mayoría de las cosas son falsas, no tienen pie ni cabeza"*. Máxime cuando ellos son manipuladores; (ii) cuando la niñera le comentó sobre la violación de Pedro de dos años y medio, *"yo le dije cómo se le ocurre una cosa de esas (….), que yo tenía en cuenta que si eso hubiera pasado, el niño hubiera llorado o hubiera sangrado, porque una cosa de esas no es así no más, Dios nos ampare"*. Sin embargo, ella le dio impulso a los comentarios que ahora se ventilan en la investigación y (iii) su excompañero fue *"un señor"* y le ayudó con la formación o educación de todos los niños.

Formación que, que según las versiones rendidas dentro del proceso penal estuvo enmarcada dentro de una relación inestable, basada en el miedo, el maltrato y el no entendimiento. Así se denota, del relato que efectuó la señora Ana Mercedes Moyano de Infante, de las amenazas que dicen las menores recibieron del padrastro para que no contaran lo sucedido y de las siguientes declaraciones, en particular, (i)

"preguntado. Dinos como era la relación con tu papá Luis Eduardo Vanegas Osorio. Contestó. Me pegaba (….).Se deja constancia (….) que el menor se muestra retraído y no desea hablar, por ello se dar por terminada la diligencia" (testimonio del menor Pedro); (ii) *"Nosotros nunca nos hemos llevado bien –con Luis Eduardo Vanegas Osorio-, muy poco hablamos"* (testimonio de la menor violeta); (iii) *"porque es que yo a Luis Eduardo le tenía miedo, porque si no me comía las verduras, la señora Mercedes le decía y me daba miedo que él me pegara*" (testimonio de la menor Margarita); (iv) *"porque Violeta me tenía y me tiene bronca a mí, (….), ella y yo nunca fuimos bien"* (indagatoria del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio) y (v) *"Usted me dijo que cómo había sido la convivencia mientras él vivió con nosotros –el señor Vanegas Osorio-, como en esta vida nada es feliz y por eso estoy diciendo que a lo último empezaron a alegar y para no alegar más se separaron"* (dicho del menor jhon edisson x en audiencia pública).

Lo expuesto, pone en evidencia que señora Ana Lucía Peña Pinto mantuvo una actitud indiferente con relación a lo que ocurría con sus hijos, lo cual acentuó el maltrato y el abuso del que fueron objeto por parte del padre o padrastro.

Al punto que, ante la evidencia física de que algo anormal estaba ocurriendo con sus hijos Pedro - *Al examen halo rojo alrededor del ano y esfínter x fuera se abre fácilmente-* y Margarita *-Al examen físico se encuentra equimosis en muslo derecho y se observa flujo amarillo abundante en genitales-*, lo cual fue corroborado y certificado por la Fundación de Servicio Social Carlos Gonzáles-Consultorio Médico Especializado Jesucristo Obrero certificó que, el 21 de agosto de 2001, nada hizo.

Incluso impidió que el niño Pedro recibiera una atención médica oportuna, porque *"ultimadamente había sido el papá"*.

Lo anterior, explica porqué los menores cuando se enteraron de que algo le había ocurrido a su hermano menor Pedro, decidieron contarle sobre el abuso a la niñera Ana Mercedes Moyano de Infante, quien, dado lo por ella misma presenciado y dada la pasividad de la madre, decidió llevarlos al Instituto Nacional de Medicina Legal, a la Defensoría del Menor y al Consultorio Médico Especializado Jesucristo Obrero, lo que desencadenó la investigación penal en contra del hoy demandante.

La Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, en su peritaje, señaló que versión "*de la cuidadora es creíble y es ratificada por las entrevistas de los niños que revelan el abuso sexual y son consistentes con lo que la cuidadora refiere que le contaron los niños.*

Nunca fue probado en el expediente que la cuidadora tuviera otro tipo de motivaciones para inculpar al acusado. Solo está la versión de éste".

Ahora bien, la retractación de las niñas Violeta y Margarita no desvirtúa el análisis que en su momento hicieron la Fiscalía y el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá sobre la credibilidad de sus relatos iniciales, la ocurrencia de los tocamientos y del abuso de confianza, dada la capacidad persuasiva del restante material probatorio –versión de la niñera y de la menor Rosa, exámenes físicos del Consultorio Médico Especializado Jesucristo Obrero- y porque la primera de ellas mantuvo su versión de que sí ocurrieron estos vejámenes. *"Él me tocó las partes íntimas (….), fueron dos veces (….). Él me tocaba los senos y la vagina con las manos de él"*.

En este punto, es pertinente evidenciar que en el *sub lite* operaron varias variables que dan lugar al fenómeno de la retractación y lo explican, tanto en las víctimas, como en el hermano, menor Jhon Edisson X, quien terminó negando haber presenciado una conducta comprometedora de su padrastro. Lo anterior, sin el acompañamiento profesional o terapéutico requerido desde que el hecho se conoció.

Y señalar, como lo entendió la Fiscalía y el Juez Diecinueve Penal del Circuito de Bogotá, que el abuso sexual de menores es, por lo general, un delito que se consuma en el ámbito privado o íntimo de sus protagonistas. Excepcionalmente, hay testigos presenciales que aportan sus dichos al esclarecimiento de los hechos denunciados, razón por la cual en la mayoría de los casos no se cuenta con prueba directa lo que dificulta la investigación penal.

Dentro de los supuestos del delito que se investigó en el *sub exámine*, el más común en la práctica es el de los niños que relatan haber sufrido abuso y no obstante el examen físico no lo revela, porque presentan himen completo, no desflorado o ano sin fisuras. Razón por la cual su versión y las conclusiones de la pericia psicológica y psiquiátrica, se tienen como únicos medios para avanzar en la investigación.

Es de anotar que cuando el abuso sexual infantil se comete en el medio intrafamiliar y la victima conoce al victimario, el delito adquiere una dinámica particular, que hace que el afectado pase por diferentes etapas, las cuales fueron descritas por Roland Summit en 1983, en su obra titulada Child Sexual Abuse Accommodation Síndrome (CASS) -La Teoría de la Adaptación o Teoría de la Acomodación-.

El autor señala cinco reacciones típicas de los niños abusados sexualmente:

- **El secreto**, funciona como una de las precondiciones del abuso. Se sostiene mediante el temor a las posibles consecuencias, si se llega a ser develada la verdad.

En la mayoría de los casos los abusadores son conocidos por el menor, familiares u otras personas con vinculación directa (vecinos, maestros, guardadores, médicos, confesores, pastores, amigos, entre otros[14]), con gran prestigio en el círculo que rodea al niño y particulares muestras de afecto hacia éste, todo lo cual genera en la víctima el miedo de que nadie va a creerle, que puede cortar el vínculo afectivo que lo une al agresor o que sus padres se enojen, entre otros temores.

De otra parte, también debe señalarse que, en la mayoría de los casos los abusadores coaccionan al menor mediante amenazas y en muy pocos casos se observan supuestos de violencia física.

A su vez, generalmente el abusador se aprovecha de la relación de ascendencia que tiene sobre el niño, lo que genera una notoria sensación o estado de desprotección o exposición. Este miedo a denunciar no solamente recae sobre el menor abusado, sino particularmente en el resto de la familia que opta por negar los hechos.

En los casos de abuso sexual intrafamiliar, el miedo de las madres radica en el sentimiento de destruir el apoyo al grupo familiar si el abusador va preso. A su vez, el menor se siente enteramente responsable de esa destrucción en caso de efectuar la denuncia; sin embargo, el mantenimiento del secreto los hace doblemente vulnerables, pues además del dolor que de por sí genera el abuso, infunde sensación de culpabilidad ante la tolerancia de lo acontecido.

- **La desprotección**. Nuestras sociedades están acostumbradas a educar a los niños con un criterio de autoridad hacia el adulto donde todo lo que provenga de él tiene que ser aceptado. Mayormente, si existe una relación de parentesco o de acercamiento entre el menor y el abusador. Así, el niño, sin llegar a entender si el hecho es malo en sí mismo, siente que sus progenitores o su madre, en el caso que el abusador sea el padre, padrastro o nueva pareja de ésta, no lo protegen.

---

[14] La retractación en niñas y niños víctimas de abuso sexual, Ana Valeria Pipino, https://psicologiajuridica.org/archives/2770

Esta circunstancia, conlleva algunas consecuencias que operan como indicadores del abuso sexual infantil, tales como: depresión, llanto de origen inexplicado, intentos de suicidio, problemas alimentarios, desgano, conducta irritable o agitación extrema, regresión a alguna fase del desarrollo, miedo excesivo, dependencia hacia determinados adultos, sentimientos displacenteros, fuga del hogar, escapismo, consumo de drogas o alcohol y relaciones promiscuas, entre otras.

Muchos autores suelen denominar a esta segunda etapa *"impotencia"*, en razón de que el adulto ejerce autoridad y control sobre el niño abusado, quien siente que no tiene forma de evitar dicha situación. Cuanto mayor es la autoridad, mayor es la dependencia y mayor la dificultad de la víctima para hablar, provocando que el abuso se reitere en el tiempo.

- **La acomodación o adaptación**. Como el menor víctima no puede impedir el abuso, termina aceptándolo y asumiendo la culpa por su consentimiento. Es demasiado alarmante para el niño o niña aceptar que aquellos que dicen amarlo podrían dañarlo. De esta manera, prefiere asumir que el malo es él y atribuir a su comportamiento lo sucedido.

Es muy común que los niños que han sido víctimas de abuso, no solamente se sientan culpables, sino que crean que su verdadera esencia es mala y merecedora de lo que les ocurre.

- **La revelación tardía, conflictiva y poco convincente**. El descubrimiento del abuso sexual infantil muchas veces tiene lugar cuando el niño llega a la adolescencia o luego de haber sufrido una fuerte situación violenta, lo que lo torna menos creíble, en atención al tiempo transcurrido entre los hechos y su revelación.

A esto se suma que el niño, además de haber sido expuesto de forma prolongada a esta situación, tenga actitudes suicidas, hipersexualizadas o mitómanas, lo que torna su versión menos creíble.

- **La retractación**. Junto a la rabia y el desprecio que motivó la confesión subyacen sentimientos (i) de culpa, por denunciar a un familiar o a una persona

querida y no cumplir con el mandato de mantener unida a la familia y (ii) de temor a que las amenazas del abusador se cumplan.

Es en esta etapa, es donde el niño necesita mayor apoyo de parte de los funcionarios judiciales, de los médicos tratantes, de los padres y demás familiares con miras a propiciar un ambiente contenedor. Por lo general, si un niño no recibe un apoyo sustancial, termina retractándose.

La presión ejercida sobre la víctima por la familia, el abusador y, aún, por los profesionales tratantes e investigadores puede abrumar al menor abusado y obligarlo a retractarse.

Lo anterior, no indica que la víctima mintió acerca del hecho. Revela sí las presiones a las que fue sometida y la necesidad de liberarse de las mismas, por la retractación.

Dentro de las variables que influyen en la retractación de menores víctimas de abuso sexual, cabe mencionar: vínculo de la víctima con el agresor, dependencia económica de la madre y/o familia, actitud incrédula de la figura principal del apoyo, victimización secundaria, tiempo transcurrido entre la denuncia y la negación de los hechos, tipo de delito, inexistencia de evidencias físicas, frecuencia de las agresiones, privación de libertad del abusador y alejamiento del infante de su entorno familiar.

Por lo general, las probabilidades de modificar la declaración inicial aumentan, cuando el niño (i) percibe una actitud de incredulidad por parte de la madre; (ii) está entre los siete y once años de edad y (iii) recibe el grueso de las presiones, las cuales se producen en los siguientes meses a la denuncia o la detención del victimario.

Cuando se produce la retractación, lo aconsejable es que el funcionario instructor o el juzgador acuda al testimonio especializado de un perito o profesional para evaluar los motivos o causas de la misma, en busca de instrumentos de juicio que le permitan valorar o descalificar la versión primigenia del menor.

En este punto, no se puede soslayar que si un menor recibe asistencia terapéutica oportuna, se puede (i) anticipar la ocurrencia de una retractación y contrarrestar las variables asociadas a este fenómeno; (ii) entender y evidenciar que un niño que sustenta una nueva versión con señalamientos falsos se encuentra entrampado e (ii)

incluir a la familia, en especial madre, puesto que su falta de apoyo genera un mayor impacto psicológico.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de febrero de 2008, con relación a la retractación y las variables asociadas a la misma, sostuvo:

> *En consecuencia, desde ahora hay que decir, que la retractación de la menor V.G.M. y de su progenitora, en la etapa del juicio, no alcanza a generar dudas sobre la ocurrencia del hecho delictivo imputado a PEDRO EMILIO HUERTAS CONTRERAS, dada la capacidad persuasiva del restante material probatorio.*
>
> *Ab initio, es preciso destacar el criterio que en esa materia ha mantenido la Sala, bajo el siguiente razonamiento:*
>
> > *La retractación, ha sido dicho por la Corte, no destruye per se lo afirmado por el testigo arrepentido en sus declaraciones precedentes, ni torna verdad apodíctica lo dicho en sus nuevas intervenciones. En esta materia, como todo lo que atañe a la credibilidad del testimonio, hay que emprender un trabajo analítico de comparación y nunca de eliminación, a fin de establecer en cuáles de las distintas y opuestas versiones, el testigo dijo la verdad. Quien se retracta de su dicho ha de tener un motivo para hacerlo, el cual podrá consistir ordinariamente en un reato de conciencia, que lo induce a relatar las cosas como sucedieron, o en un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí percibió. De suerte que la retractación sólo podrá admitirse cuando obedece a un acto espontáneo y sincero de quien lo hace y siempre que lo expuesto a última hora por el sujeto sea verosímil y acorde con las demás comprobaciones del proceso.*
>
> *(….) Al relato espontáneo, coherente y detallado de estos hechos denunciados, que tanto la menor como su progenitora suministraron hasta ese momento, se contrapone la actitud evasiva, de ansiedad, el sentimiento de culpa y el rechazo a hablar sobre el tema que los expertos del Instituto de Medicina Legal, Martha Janeth Fuentes Murillo y Miguel Enrique Cárdenas Rodríguez advirtieron al momento de examinar a V.G.M*
> .
> *(….) En este contexto, no hay lugar a descartar las primeras manifestaciones que la infante realizó ante las doctoras Fontecha Pabón y Medina Rodríguez, las cuales merecen plena credibilidad no solo por su fluidez, claridad y coherencia, sino por la misma actitud de la niña quien no evadió el tema y antes por el contrario suministró detalles plenamente reveladores del abuso cometido por el encartado. Fue enfática en describir la forma, el tamaño, la contextura, el olor y el sabor del elemento que PEDRO EMILIO HUERTAS le introdujo en la boca, el que casi la hace vomitar.*
>
> *La retractación, en cambio, no tiene asidero; ella se produjo, por parte de la menor, dada su apremiante situación personal y familiar, y su dependencia emocional hacia la madre, según el concepto de los peritos Fuentes Murillo y Cárdenas Rodríguez, dadas las características de su comportamiento frente a ellos, poco colaboradora al hablar del tema del abuso, y de sus respuestas cortas, relato incoherentes de los hechos y evasiva al tratar el tema. Sin duda, la presión determinó el cambio de actitud en la menor, si se tiene en cuenta la dependencia emocional y familiar y, cuando Clara Angélica González es valorada por la psicóloga del colegio, la encuentra inestable, influenciable. Inclusive, espera que cuando PEDRO EMILIO pague la sanción, puedan reunirse para conformar una familia. En consecuencia, no es desacertado concluir que su nueva versión de los hechos responde única y exclusivamente al deseo de favorecer a su esposo, donde insistió que posiblemente le había hecho creer a su hija que los hechos ocurrieron.*
>
> *Por esas razones no es posible admitir que fue la progenitora quien probablemente le insinuó el objeto introducido en la boca por el procesado, como tampoco que V.G.M. sacó la información de un programa de televisión pues, se subraya, la menor relató*

espontáneamente el entorno en que se produjo el acontecimiento y decididamente suministró las características del objeto, al punto que no deja duda que se trataba del miembro viril, directamente percibido por ella, y no de un bom bom bum, como se lo quería hacer creer el agresor[15]*.*

La Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, en su peritaje, respecto a si la retractación conlleva a descartar la conducta investigada por la Fiscalía General de la Nación, señaló:

No, la retracción es un fenómeno frecuente en los casos verdaderos de abuso sexual. En palabras de Tom Lyon, autoridad en el tema, "jamás debe asumirse que la retracción indica que el abuso no ocurrió". En general las investigaciones muestran que los niños que se retractan no han tenido soporte familiar, especialmente de la madre, o han recibido amenazas.

Y los factores de riesgo presentes en el *sub judice*, puntualizó:

Evidentemente la madre no cree las declaraciones de los niños, a pesar de ser claras y contundentes. Esto es un factor de riesgo para la retractación en todos los niños.

Las explicaciones que da el inculpado no son creíbles, especialmente por la similitud de todos los niños en sus declaraciones.

Finalmente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la providencia de 4 de agosto de 2006, revocó la sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió al señor Luis Eduardo Vanegas Osorio y ordenó su libertad inmediata. Lo anterior, porque (i) existe una divergencia entre lo sostenido por la Fiscalía y el examen médico legal, que le resta credibilidad al dicho de la señora Ana Mercedes Moyano de Infante y de los menores involucrados; (ii) los actos sexuales imputados no están acreditados en grado de certeza y (iii) los niños denunciantes mienten.

Al margen de la autonomía que tiene el juez penal, para la Sala resulta imperioso, en aras de hacer visibles los derechos de los niños, niñas y adolescentes y contribuir en el entendimiento de las dinámicas propias del abuso sexual que los aqueja, destacar lo siguiente:

El hecho de que el examen sexológico que efectuó el Instituto Nacional de Medicina Legal, el 13 de julio de 2001, a los menores Violeta, Rosa, Margarita y Pedro no haya reflejado secuelas de un abuso ocurrido seis meses atrás o más, no significa, *per se*, que los niños mintieron o a que su versión deba restársele credibilidad. A lo anterior,

---

[15] Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de febrero de 2008, expediente 28257, M.P. Augusto J. Ibáñez Guzmán.

debe agregarse que, tal como se evidenció atrás, los menores denuncian abusos que no dejan huella física. Y que se echan de menos las pruebas psicológicas necesarias, no solo para demostrar lo acontecido, sino en especial con miras al acompañamiento que en casos como el que conoce la Sala devienen en indispensables para recuperar la estabilidad de los menores y garantizarle un desarrollo emocional sano.

Sobre el particular, el médico forense y profesor de la Universidad de los Andes Luis Prada, en la conferencia *Por una respuesta judicial adecuada*, organizada por el Consejo de Estado el 23 de noviembre de 2017, explicó que el agresor sexual de menores cuando es de un entorno cercano, por lo general, no deja evidencias físicas de su proceder indebido. Y cuando ello ocurre, las lesiones son sutiles y se borran o cicatrizan con facilidad, lo que sumado a que las valoraciones médicas son tardías, impide corroborar probatoriamente el relato del niño, niña o adolescente[16].

Y la Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil aclaró con relación al margen de error de los exámenes físicos practicados a los menores para detectar violencia y/o abuso sexual, lo siguiente:

> *Esto depende del nivel de entrenamiento del personal que realiza el examen. Debe conocer, que los genitales de los niños a pesar de haber sido lesionados, cicatrizan rápidamente y a pesar de haberse dado la penetración, pueden no tener lesiones visibles al examen.*

Y sobre los elementos y circunstancias que dificultan o facilitan la prueba de abuso sexual, precisó:

> *Se puede afirmar que las dificultades en la recolección de las pruebas tienen que ver sobre todo con la falta de entrenamiento y supervisión del personal de salud y de Medicina Legal, que no tienen el conocimiento suficiente y que no tienen los elementos para realizar las pruebas forenses, especialmente en el área rural.*
>
> *Las pruebas del abuso sexual no están en el cuerpo del niño, en la mayoría de los casos. Pero sí puede encontrarse evidencia en la ropa de la víctima y en los sitios donde ha ocurrido el abuso sexual. Se requiere de más personal de investigación criminal.*
>
> *En los países donde hay más desarrollo del área de investigación criminal se busca la evidencia de las circunstancias de lugar y tiempo, para poder corroborar la palabra del niño y su versión del abuso sexual.*

Para la Sala, ignorar o menospreciar un testimonio de un menor por el sólo hecho de su desarrollo físico y mental, al igual que dejar a un lado las presiones que el mismo afronta, cuando sus afirmaciones dan lugar a medidas de aseguramiento en contra de

---

[16] Relatoría Fundación Plan, 2017.

sus agresores, de ordinario familiares o personas cercanas, no sólo vulnera sus derechos prevalentes sino que constituye una conducta antijurídica que lo revictimiza.

La Corte Constitucional ha puntualizado que los operadores judiciales que intervengan directa o indirectamente en la investigación o juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad deben *"abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos"* [17].

Esta Corte, además, precisó que constituyen actos discriminatorios:

> *Cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto, dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria (….), lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa*[18].

Añadió que los operadores judiciales deben resolver los casos de abuso y/o violencia sexual de menores a la luz del principio *pro infans*:

> *Postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño. A su vez, el mismo principio es una herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad*[19].

En cuanto al interés superior del menor y su evolución histórica, la Corte Constitucional ha señalado:

> *El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños,*

---

[17] Sentencia T-554 de 2003.
[18] Sentencia T-554 de 2003.
[19] Sentencia T-078 de 2010.

hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado.

Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3°) y, en Colombia, en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)[20].

Los conceptos a los que se ha hecho referencia lejos están de constituir simple retórica; comprenden imperativos de actuación eficiente, en orden a presentar resultados concretos y comprobables. De esa forma, se ha sostenido que en las actuaciones de esta naturaleza en donde se vea involucrado un menor, bien como acusado o como víctima, es necesario brindarle una protección especial que impida su discriminación.

En este punto, es pertinente destacar que la Representante Especial de Naciones Unidas para eliminar la violencia contra la niñez dice que los Estados deberían establecer por ley mecanismos seguros de asesoramiento y denuncia adaptados a los niños, que sean de fácil acceso, sin discriminación y que aseguren actuaciones éticas. Estos mecanismos deberían basarse en un marco jurídico sólido, enmarcado en las normas internacionales, que prohíba todas las formas de violencia contra los niños y proteja sus derechos, ya sea como víctimas o testigos[21].

Y considerar estadísticas preocupantes sobre violencia sexual, las que revelan la magnitud del problema, no sólo por las conductas abusivas, sino por la particularidad que las ampara. Los datos de delitos sexuales reportan un alto índice en el país, es así como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses registró que *"el 2017 será recordado como el año que presentó mayores casos de presunto delito sexual en el país, frente a lo registrado durante la última década"* (Forensis, 2018, p. 303), ya que hubo un aumento del 11,21%, de los cuales:

i) 86,83% de los casos se cometieron contra niños, niñas y adolescentes;

ii) 85,4% de las víctimas fueron mujeres (p. 308);

iii) 86,65 % de los casos fueron cometidos por personas cercanas a la víctima.

---

[20] Sentencia T-408 de 1995.

[21] Office of the Special Representative of the Secretary on Violence against Children, 2012.

Respecto a la violencia intrafamiliar ocurrida en el año 2017, el sistema forense evidenció que:

> i) En el rango de edad de 0 a 17 años, se registraron 5.507 casos, es decir, 15 reportes diarios de este tipo de violencia;
> ii) El grupo más afectado fueron los niños, niñas y adolescentes entre los 10 y 14 años, con 3.537 casos (34,06%);
> iii) Los principales victimarios de los niños, niñas y adolescentes son sus padres, por ende, el escenario del hecho con mayor riesgo para que se cometan actos de violencia sexual es la vivienda con el 76,56%.

Ahora bien, para la Sala es claro que a favor del señor Luis Eduardo Vanegas Osorio se profirió sentencia absolutoria por dudas suscitadas en el curso del proceso, con ocasión de las conclusiones de los exámenes médico legales, la veracidad que debe dársele a los relatos de los menores de edad, la retractación de las niñas Violeta y Margarita y lo dicho de la madre Ana Lucía Peña y del hermano Jhon Edisson X.

En este punto, es pertinente destacar que la presunción de inocencia que se mantuvo incólume en el fallo absolutorio no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso, además de verificar si la decisión que privó de la libertad al señor Vanegas Osorio se apartó o no de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, también debe considerar la conducta desplegada por la víctima, desde la perspectiva de los deberes generales de convivencia. Análisis ajeno a la responsabilidad penal, en cuanto se trata de establecer, en el marco de los hechos y de las pruebas consideradas en el proceso penal, si se está ante una conducta gravemente culposa o dolosa.

Y es que en este caso, como ya se analizó, la medida de aseguramiento impuesta al aquí demandante fue razonable, proporcional y necesaria, si se tiene en cuenta: (i) la entidad de los hechos por los cuales fue vinculado al proceso; (ii) las pruebas recaudadas en el mismo, las cuales ofrecían serios motivos de credibilidad y (ii) la valoración sobre el riesgo que podría representar para las víctimas la libertad del sindicado, hecho que quedó en evidencia en el miedo, las agresiones, amenazas y persecuciones posteriores que obligaron a la familia a desplazarse continuamente.

Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para

convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia civil devienen en suficientes para negar la reparación reclamada por los demandantes. Esto es así porque responden a la explicación más razonable de lo probado. Así las cosas, es dable concluir que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio incumplió el deber que le imponía el artículo 44 de la Constitución Política, en cuanto a la especial protección que le merecían los derechos prevalentes de los niños, entre ellos, el de su integridad psicofísica; máxime, cuando la familia es el primer entorno protector que genera vínculos y acciones que influyen en el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. De allí que, de este núcleo, se espere la promoción de valores y comportamientos de respeto entre las personas.

Para la Sala, si bien es cierto, conforme consta en la providencia absolutoria que el señor Luis Eduardo Vanegas Osorio fue absuelto y sobre su inocencia nada debe agregarse, si se considera que así lo resolvió su juez natural, también lo es que su comportamiento maltratador y perseguidor con los menores y el no respeto por las medidas de restricción que se le impusieron debe censurarse.

Bajo ese entendido, es claro que la medida de aseguramiento fue ajustada a derecho y que el demandante estaba en el deber de soportarla. En virtud de lo cual, la Sala procederá a confirmar la sentencia denegatoria de primera instancia.

Finalmente, es preciso evidenciar que la Asociación Afecto contra el Maltrato Infantil, con fundamento en lo probado, realizó una serie de recomendaciones para adelantar investigaciones que involucran menores de edad por abuso sexual, así:

> *a. Mejorar los tiempos de recolección de las pruebas.*
> *b. Mejorar el entrenamiento de todos los profesionales involucrados en el proceso.*
> *c. Efectuar supervisión de los exámenes realizados en Medicina legal.*
> *d. Efectuar supervisión de las entrevistas forenses realizadas en Medicina Legal, por el grupo de psicología y psiquiatría forense.*
> *e. Prohibición de la utilización del pretendido síndrome de Alienación parental, que NO es reconocido por ninguna sociedad científica ni por la Clasificación Internacional de Enfermedades por la que se rige nuestro país.*
> *f. Fortalecimiento de la investigación criminal en todos los casos de abuso sexual.*
> *g. Entrenamiento a todos los funcionarios involucrados en el proceso, en el desarrollo psicosexual de los niños.*
> *h. Dotación de Cámaras Gessel a todas las unidades de investigación y capacitar para su utilización.*
> *i. Articulación funcional de los sistemas de salud, protección y justicia.*
> *j. Presentar un proyecto de Ley de Inmunidad para quien reporta o evalúa los casos de abuso sexual.*

Y también para propiciar la recuperación psicológica y física de los menores de edad víctimas, en los siguientes términos:

> *Debería darse apoyo psicológico inmediato a las víctimas de delitos sexuales (….).*
>
> *Los niños deben recibir ayuda terapéutica por personal calificado en trauma y deben recibir protección policial por las posibles amenazas del abusador.*

Estas recomendaciones, por la magnitud de los delitos sexuales y de la impunidad que impera, sirven para exhortar al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial para que adopten medidas de seguimiento y emprendan gestiones en orden a corregir la falta de formación o experticia de los médicos forenses, la adopción de mitos y falsas creencias y las falencias investigas, de procedimiento, apoyo y protección efectiva a los menores de edad involucrados. Para el efecto, vale traer a colación jurisprudencia de la Corte sobre la discriminación que comporta, en sí misma y *per se*, no tomar en consideración la situación particular de los niños, niñas y adolescentes.

6. Protección del derecho a la intimidad familiar de los menores de edad y de la presunción de inocencia

En este punto, la Sala pone de presente las previsiones constitucionales, convencionales y legales sobre la protección de la intimidad familiar y de los menores, al igual que la presunción de inocencia[22], razón por la cual dispone que las copias que se expidan de esta decisión no permitan identificar a las personas involucradas, como se dispondrá en la parte resolutiva.

7. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia, en el trámite del proceso, actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que proceda la condena.

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

---

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

FALLA:

CONFÍRMAR la decisión recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de mayo de 2011, mediante la cual se declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación-Rama Judicial y se denegaron las pretensiones

DISPONER que la difusión de esta providencia no permita la identificación de los involucrados. De suerte que las copias omitirán los nombres, apellidos y lugares, para salvaguardar la intimidad de los menores involucrados y de su familia, amén de la presunción de inocencia del denunciado.

EXHORTAR al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial para que adopten medidas de seguimiento y emprendan gestiones en orden a corregir la falta de formación o experticia de los médicos forenses, la adopción de mitos y falsas creencias y las falencias investigas, de procedimiento, apoyo y protección efectiva a los menores de edad involucrados.

SIN CONDENA en costas

Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada (E)

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada (E)