



Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Proceso número: 5000123310000200900335 01
(42.070)¹

Asunto: REPARACIÓN DIRECTA
Actor: GERMÁN Y OTRA
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO
Descriptores: *Privación injusta de la libertad. Niega pretensiones de la demanda por encontrarse dolo y culpa grave del demandante. Autonomía del juicio de responsabilidad. Enfoque de género. Prevalencia de los derechos de los menores. Acceso carnal violento con mujer menor.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Gigante, el 29 de junio de 2011, mediante la cual se negaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

De acuerdo con la demanda², el señor GERMÁN permaneció privado de la libertad del 23 de enero al 11 de mayo de 2004, pues en su contra se inició un proceso penal por la posible comisión del punible de acceso carnal violento en contra de la menor LINA.

Mediante sentencia del 22 de marzo de 2007, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pitalito, lo absolvió por aplicación del *in dubio pro reo*.

2. Lo que se pretende

¹ De conformidad con la orden impartida en el numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia, los nombres de las partes y los lugares fueron modificados.

² Folios 2 al 14 del cuaderno principal.

Con fundamento en lo expuesto, los señores GERMÁN y MYRIAM YOLANDA formulan, en contra de la Nación-Rama Judicial y la Nación-Fiscalía General de la Nación, demanda de reparación directa. Solicitan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Se declare administrativamente responsable a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-RAMA JUDICIAL, de la totalidad de los perjuicios morales, perjuicios materiales (daños emergentes y lucro cesantes (sic)), causados a los demandantes GERMÁN y MYRIAM YOLANDA, por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor GERMÁN.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-RAMA JUDICIAL a pagar a los demandantes los perjuicios morales y materiales que a continuación se solicitan:

PERJUICIOS MORALES

GERMÁN, el equivalente a NOVECIENTOS (900) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como resarcimiento por los perjuicios morales ocasionados por la privación injusta de la libertad.

MYRIAM YOLANDA, el equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como resarcimiento por los perjuicios morales ocasionados por la privación injusta de la libertad de su hijo GERMÁN.

PERJUICIOS MATERIALES

Estimo los perjuicios materiales causados a GERMÁN en la suma superior a los CUATRO MILLONES DE PESOS, por lo siguiente:

DAÑOS EMERGENTES:

- a. *Consistente en los honorarios cancelados al abogado Doctor HANS BARÓN MEDINA, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.385.383, dinero que debió pagar para efectos de su Defensa Técnica dentro del proceso penal No. 9500131890001-00063-00, dinero que ascendió a la suma de TRES MILLONES DE PESOS (\$3.000.000).*
- b. *Consistente en el valor del Crédito que debió cancelar a la Alcaldía Municipal de Tesalia, con ocasión de un crédito Educativo que le hicieran para cursar sus estudios en Medicina, por la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).*

TERCERO: LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-RAMA JUDICIAL la entidad obligada al pago, dará estricto cumplimiento a la sentencia o conciliación si a ella hubiere lugar, dentro de los 30 días siguientes al comunicación (sic) de la misma, la resolución correspondiente, en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., cancelando la suma que deberán (sic) ser indexadas (sic) para el momento de la sentencia, además de los intereses moratorios a que diere lugar.

3. La defensa de las demandadas

3.1 La **Nación-Rama Judicial** se opuso a las pretensiones. Indicó que la actuación del juez de conocimiento tuvo lugar en la etapa de juicio y cuando se profirió la sentencia absolutoria, de donde no causó el daño alegado. Aunado a esto, el juez ciñó sus pronunciamientos a la Constitución y la ley, con respeto y garantía de los derechos del procesado, sin visos de arbitrariedad o vulneración del debido proceso.

Resaltó, además, la autonomía presupuestal y administrativa de la Fiscalía General de la Nación, ente que, en cumplimiento de sus funciones, determinó la privación de la libertad del demandante.

Con base en lo anterior, formuló las excepciones de *“indebida representación de la Nación en el caso concreto por parte de la Rama Judicial Consejo Superior de la Judicatura”* y la innominada³.

3.2 La **Nación-Fiscalía General** solicitó que se nieguen las pretensiones, pues su actuación dentro del proceso penal seguido en contra del demandante se ajustó a los lineamientos constitucionales y legales, de manera que la privación de la libertad no fue injusta. Lo anterior, comoquiera que, aun cuando se parte de la presunción de inocencia del procesado, lo cierto es que ello no deslegitima el *ius puniendi*, pues es una facultad otorgada a la entidad incluso en la etapa de instrucción, sin que se requiera plena certeza sobre la comisión del punible para restringir la libertad del investigado, ya que ello es de resorte del fallo de instancia.

Precisó que al momento de la aprehensión no se encontraba vigente el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, de manera que el análisis de la responsabilidad deberá sujetarse a las previsiones del artículo 90 constitucional, cuyos elementos no se encuentran probados en este asunto.

Con base en lo dicho, propuso las excepciones de *“falta de legitimación por pasiva”* e *“inexistencia del daño extrapatrimonial por falta de prueba”*⁴.

4. Alegatos en primera instancia

³ Folios 92 al 107 c. ppal. 1.

⁴ Folios 108 al 116 c. ppal. 1.

4.1 La **Nación-Rama Judicial** reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, a los que aunó que el demandante se encontraba obligado a soportar la privación de la libertad, pues solo después de surtidas las etapas del proceso penal pudo establecerse su ausencia de responsabilidad en el punible investigado⁵.

4.2 La parte **actora** solicitó que se indemnicen los perjuicios causados, de acuerdo con lo expuesto, pues el señor GERMÁN estuvo sometido al calvario del proceso penal para, a la postre, resultar absuelto⁶.

5. La sentencia apelada

Mediante sentencia del 29 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Gigante negó las pretensiones. Consideró el *a quo* que la parte actora no cumplió con su carga probatoria⁷:

En efecto, no se allegó la copia íntegra del expediente penal que contiene todo el material probatorio que sirvió de soporte para ordenar la captura de GERMÁN por el presunto punible de acceso carnal violento agravado y la correspondiente detención. Si bien existe la sentencia absolutoria, no obran las demás pruebas que sirvieron de fundamento a los funcionarios a cargo de la investigación para proferir en su contra medida de aseguramiento y resolución de acusación.

Así las cosas, el ingrediente de lo injusto de la detención no puede ser establecido solo a partir de esa decisión final, si no (sic) con base en los mismos elementos de juicio que existían en el proceso penal y que sirvieron de base al ente fiscal para emitirlas, razón por la cual se insiste, no es posible valorar lo injusto de esa detención sin las pruebas recopiladas en la investigación penal y que sirvieron de fundamento.

(...)

Comoquiera que la deficiencia probatoria, impide someter a juicio contradictorio la responsabilidad de la Administración de Justicia, se concluye que no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, porque de cualquier manera, sea en el régimen subjetivo u objetivo, debe acreditarse la actividad del Estado, que en este caso debió ser a través de los debidos elementos de juicio, entre otros, la copia de toda la actuación surtida dentro del proceso penal.

6. El recurso de apelación

⁵ Folios 140 al 143 c. ppal. 1.

⁶ Folios 152 al 159 c. ppal. 1.

⁷ Folios 169 al 174 c. ppal. 2.

La parte demandante apela la decisión⁸. Indica que para el juez administrativo, en casos de privación injusta de la libertad, la sentencia absolutoria es suficiente para tener como acreditado el daño, ya que se encuentran allí los hechos debidamente probados, sin que sea necesario allegar la totalidad del proceso penal, pues revisar las pruebas que allí reposan constituiría un nuevo análisis de lo que ya fue resuelto por la justicia ordinaria.

Sostiene que el proceso administrativo no se inicia para que haya un nuevo examen de las pruebas practicadas en el proceso penal, pues ello es irracional, arbitrario, ilógico e ilegal, ya que significaría atribuirse facultades para revisar decisiones emitidas por los jueces penales y se asumiría la posición de una nueva instancia.

Aunado a esto, dentro del material probatorio se halla la certificación expedida por la Directora de la Cárcel Municipal de Tesalia, en la que constan las fechas de ingreso y salida del demandante, con lo que se acredita la extensión del daño y que el mismo es imputable a la parte demandada.

Reiteró que la Fiscalía General de la Nación no contaba con elementos suficientes para decretar la medida de aseguramiento, pues no valoró adecuadamente los elementos probatorios ni la conducta de la supuesta víctima de la agresión sexual, restringiendo los derechos del procesado cuya inocencia no pudo desvirtuarse, debiendo aplicar el juez el *in dubio pro reo*.

7. Alegatos de conclusión en esta instancia

La **Nación–Fiscalía General** solicita que la sentencia se confirme, para lo que reitera los argumentos expuestos en el traslado de la alzada que se contraen básicamente a que su actuación se ajustó a los supuestos de orden legal y constitucional⁹.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

⁸ Folios 175 al 183 c. ppal. 2. Presentado el 1º de agosto de 2011.

⁹ Folios 196 al 204 c. ppal. 2.

Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo de Gigante, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., habida cuenta de la naturaleza del asunto, actividad que debe ser juzgada bajo los parámetros establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996-Estatutaria de la Administración de Justicia, tal como lo definió la jurisprudencia de esta Corporación.

Efectivamente, sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desde el 9 de septiembre de 2008, tiene sentado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996 y 31 constitucional, la primera instancia de los procesos de reparación directa fundamentados en error judicial, **privación injusta de la libertad** o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, iniciados en vigencia de dicha ley, se tramitan en primera instancia ante los tribunales contencioso administrativos y en segunda instancia ante esta Corporación.

Finalmente, se advierte que la acción se presentó en el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A.¹⁰.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar -en función de los hechos probados- si el señor GERMÁN tiene derecho a la reparación por el daño causado, dado que fue privado de la libertad para, a la postre, ser absuelto dentro del proceso penal iniciado en su contra.

De donde, amén de tener presente que la presunción de inocencia no fue desvirtuada, es menester analizar la conducta del actor en el marco de los hechos debidamente probados en la investigación adelantada en su contra y resolver conforme a las previsiones que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado, en razón de la autonomía de juez para resolver sobre la reparación, en el marco de los artículos 2, 85, 90 y 95 constitucionales y 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al igual que de

¹⁰ En el precedente jurisprudencial es pacífica la premisa según la cual el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde “*la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión*”. Para el caso concreto, la decisión por la que se absolvió al demandante -22 de marzo de 2007-, quedó ejecutoriada el 27 de julio de 2007, de acuerdo con la constancia de ejecutoria obrante a folio 32 vuelto del cuaderno principal 1. Sea del caso anotar que la demanda en el caso *sub examine* fue presentada el día 29 de septiembre de 2009 y obra audiencia de conciliación prejudicial, celebrada el 14 de julio de 2009, en virtud del cual se suspendió el conteo de la caducidad por el término de tres meses, por lo cual no se había cumplido el término de dos años de caducidad de la acción consagrado en el artículo 136 del C.C.A., en consideración a la suspensión de la caducidad, por el término de tres meses, prevista en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

los artículos 414 del Decreto 2700 de 1991, 65 y 68 de la Ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil¹¹.

3. Tópicos pacíficos en la jurisprudencia sobre la privación injusta de la libertad

En el estado actual de la jurisprudencia no se discute el daño antijurídico y la imputación cuando la sentencia u otra decisión judicial equivalente deviene absolutoria, en los casos que previó el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, estos es, cuando, no obstante la privación de la libertad, (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica.

En este mismo sentido, en la jurisprudencia de esta Corporación no ha habido resistencia para decretar la responsabilidad estatal en los casos antes referidos, inclusive, en vigencia de la Ley 600 de 2001, pero no como aplicación ultractiva del referido Decreto 2700 de 1991, sino de los supuestos previstos en la Ley 270 de 1996, en desarrollo del artículo 90 constitucional.

Así las cosas, en aplicación del precedente vigente¹², la Sala entiende que así se mantenga la presunción de inocencia incólume, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello se traduzca en un menoscabo del derecho fundamental a la libertad, dada la autonomía del juicio de responsabilidad, esto es, de la reparación al margen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ya definidas por el juez penal en ejercicio de su competencia, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, no lograron desvirtuar la presunción de inocencia.

Es que la cláusula general de responsabilidad del Estado en todos los casos exige que la víctima no abogue por su propia culpa, misma que, si bien no comprometió su responsabilidad penal, deviene en insuficiente para exigir del Estado reparación, en tanto su conducta no responda a los estándares mínimos de corrección que exige la convivencia, pues sabido es que, a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar el de mantener un estado mínimo de corrección que se traduzca, además, en el respeto por los derechos ajenos y

¹¹ Cabe recordar que la primera instancia absolvió por *in dubio pro reo*, en el sentido de que no se pudo concluir que la responsabilidad penal recayera sobre el actor y tampoco excluirla, porque el material probatorio no da respaldo a tal afirmación.

¹² Sentencias de ésta misma Subsección, proferidas el 6 de abril de 2011 dentro del expediente 19.225, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, del 28 de mayo de 2015 dentro del expediente 33.907, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, y del 30 de abril de 2014 dentro del expediente 27.414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

no abuso de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia (art. 95 *ibídem*).

Es de anotar que, dado que se trata de preservar el derecho fundamental a la libertad, las tradicionalmente denominadas causales de fuerza mayor y hecho exclusivo y determinante de un tercero no tendrían que exonerar a la administración, pues, no se entiende que alguien pueda ser privado de la libertad por fuerza mayor o por obra de un tercero¹³ y que, si lo fue, deba soportarlo; tampoco por actuación del imputado en cuanto la concepción filosófica de la presunción de inocencia no permite interpretar las acciones y omisiones propias como fuente de responsabilidad penal, habida cuenta de que al tiempo que nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo, también tiene derecho a exigir que, sin su concurso, se desvirtúe la inocencia de la que es el único titular.

En ese orden, la regla general de aplicación de los eximentes de responsabilidad de la administración, cuenta con una subregla de carácter especial, cuando la responsabilidad deviene de la privación de la libertad. En efecto, el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 estipuló, en su parte final, que los supuestos señalados y que dan lugar a la indemnización por la privación injusta de la libertad proceden a favor del actor, *“siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”*, salvedad que igualmente consagra el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y que, como los términos utilizados por el legislador lo indican, desligan el análisis de la conducta de la víctima del *iter* criminal por el que fue enjuiciado. Esto si se considera que la culpa grave y su equivalente dolo son parámetros de valoración civil, enmarcadas en modelos previamente establecidos, ajenos a la intención de infringir tipos penales. Así lo ha venido considerando la Sala en decisiones recientes, en las que se afirma que la conducta del imputado, de cara a un modelo legal preestablecido, es susceptible de valoración objetiva, para así mismo determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad¹⁴. Subregla que, además, goza de plena compatibilidad con lo consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en el numeral 6º de su artículo 14:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 19067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido –se destaca–.

Es así como la Sala ha determinado que, cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión del 18 de febrero de 2010 se sostuvo¹⁵:

*Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (*diligens paterfamilias*) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo –se destaca–.*

Lo anterior, sin perjuicio de la autonomía del juez de la responsabilidad para disponer la reparación, fundado en la aplicación integral de la Constitución Política, al caso concreto, esto es, en un análisis sistémico, en cuanto catálogo de derechos y deberes de imperativa exigencia .

4. Hechos probados. Juicio de responsabilidad

Para una mejor comprensión de los hechos que rodean la litis, conviene referir el material probatorio allegado al trámite, del que se extractan los siguientes hechos

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp.17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

probados¹⁶:

4.1 Mediante auto del 1º de junio de 2017, la Sala solicitó en préstamo el proceso penal adelantado en contra del demandante y en audiencia de inspección judicial, adelantada el 5 de septiembre siguiente y extrajo las siguientes piezas procesales:

4.1.1 La menor LINA, de 15 años de edad, se acercó en compañía de su madre a la Sala de Denuncias de la SIJIN A LAS 04:15 horas del 22 de enero de 2004, para poner en conocimiento de las autoridades la agresión sexual de la que fue víctima horas antes, en los siguientes términos¹⁷:

Anoche más o menos a las nueve de la noche yo salí de la casa con una amiga DANIELA, salimos para la discoteca PAPAYOS y de ahí yo salí como a las diez de la noche y me quedé un rato afuera y entonces pasaron dos muchachos en una moto y ellos me ofrecieron trago y yo les recibí y de ahí nos fuimos para la casa de ellos y me acostaron en una cama y me dijeron que ellos querían hacer el amor con migo (sic) y yo les dije que no y entonces uno de ellos me tiró en la cama y me quitó el pantalón únicamente porque yo no me dejé quitar la blusa y él fue el que tuvo relaciones con migo (sic) y cuando me levanté estaba llena de sangre, después ellos se fueron como para el patio y entonces yo salí y me fui para la casa de mi mamá y me quedé sentada en el andén de la entrada de la casa y después se me acercó un policía y me preguntó qué había pasado y yo le conté lo que había pasado y me dijo que fuéramos a la estación y que fuéramos a avisarle a mi mamá¹⁸ (...) Estaba muy tomada y ellos aprovecharon que estaba tomada (...) ellos me dijeron que vamos a la casa, que fresca, que allá escuchábamos música y tomábamos no más (...) Yo lloraba y le decía que no quería tener nada con él y el otro muchacho se levantó y le dijo que no me hiciera nada que me dejara ahí pero él no le puso cuidado (...) PREGUNTADO: Diga al despacho si con anterioridad al hecho denunciado usted sostuvo relaciones sexuales CONTESTÓ: Sí yo he tenido relaciones sexuales pero aquí no, solo en Hobo (...).

En una posterior ampliación de su declaración, la menor narró¹⁹:

...LEONARDO un muchacho del alquiler de motos vive donde alquilan motos, me ofreció trago y yo tomé solo un poquito entonces me sentí mareada, mareada y me después (sic) nos fuimos en la moto y él me llevó a la casa de él, entonces después se encontraron con unos amigos dos eran no me sé los nombres entonces LEONARDO me dijo que me fuera

¹⁶ Luego de hecha la correspondiente consulta en el sistema de gestión judicial, no se encontró proceso alguno a nombre del señor JUAN susceptible de ser acumulado al de la referencia.

¹⁷ Folios 2 al 4 c. proceso penal.

¹⁸ Sobre el particular, se halla la comunicación por la que se dejó a disposición de la Fiscalía al demandante y su amigo, en la que se narra que el uniformado vio a la menor violentada llorando frente a su residencia, de manera que procedió a ubicar a los agresores y a llevar a la menor ante las autoridades (f. 1 c. proceso penal).

¹⁹ Folios 25 al 29 c. proceso penal.

para la casa mía y los muchachos me dijeron que no que me fuera para la casa de ellos para que me tranquilizara un momentico y entonces llegamos a la casa de ellos a la casa de los dos muchachos y uno de ellos me llevó hasta la cama de él y me comenzó a quitar la ropa el pantalón me lo quitó y los interiores y se me subió encima y yo le dije que no que yo no tenía nada con él, entonces fue cuando hice el amor con él y entonces él después se fue y yo estaba sangrada y ellos se reían de mí, después con el otro muchacho me hizo lavar las manos y quería que yo me bañara el cuerpo, solamente me bañé las manos y el cuerpo no y fue cuando yo salí al patio donde ellos estaban lavando las sábanas con sangre y de ahí salí yo y me fui para la casa, entonces yo llegué a la esquina a la policía a la Voz del TESALIA y ya iba llegando y un policía me dijo que qué me había pasado y le conté y me preguntó que donde vivía mi mamá y hizo (sic) llamar a mi mamá para que fuéramos a poner la denuncia (...) él me quitó el pantalón y me dijo que tuviéramos relaciones y yo le dije que no y él me obligó, o sea por lo que yo estaba tomada, él me dio hartísimo aguardiente ya en la casa de él y entonces él me acostó y se me subió encima, como yo estaba tomada pues yo me acosté no sé qué me pasó, cuando él me empezó a quitar la ropa yo me paré y él me acostó y se me subió encima, no me decía nada, a mí me dolía mucho y yo sangré porque él me abrió las piernas, él solo hizo todo eso (...) yo me paraba y él me acostaba y me tenía las manos (...) de los novios yo a mi mamá le conté y de las relaciones sexuales también y mi mamá me dice que me cuide mucho (...) Pues ellos sí me dieron trago a mí pero yo nunca les dije que fuéramos a la casa de ellos, no más y pues yo estaba muy tomadita ya por eso me subí a la moto cuando me dijeron (...) yo la blusa no me la dejaba quitar, el pantalón él me lo quitó (...).

El 3 de febrero de 2004 la menor fue citada nuevamente para ampliar su denuncia²⁰:

Ellos me ofrecieron un trago, que tenían ahí en la calle, yo me lo tomé, me sentí de una vez mal, como mareada, con ganas de dormir, me subieron a la moto yo quedé en medio de los dos en la moto, me llevaron para la casa, me parece que es de JUAN, allá JUAN me acostó en la cama y cuando yo me desperté estaba sangrando por la vagina, yo desperté como a los veinte minutos, o sea yo me quedé dormida como veinte minutos, cuando desperté ya estaba sangrada, estaba desnuda, yo pregunté que qué me pasó y JUAN se reía de mí, después de eso GERMÁN me iba a hacer lavar las manos y el cuerpo, solamente me lavó las manos porque el cuerpo no me dejó. Ellos dos se fueron para el patio, yo me vestí rápido, era siempre lejos pero corrí hasta mi casa, después de ahí, llegué llorando a mi casa, un policía me preguntó qué me había pasado y yo le comenté (...) Yo no he tenido relaciones sexuales anteriormente, mire, yo cuando declaré esa vez, no sabía lo que dije, tal vez el trago que me dieron ellos, que fue uno solo, no sé qué me hizo, yo no me cuerdo (sic) qué dije, pero la verdad es que yo no he tenido relaciones sexuales anteriores a estos hechos y la doctora (...) que me tomó la declaración me dijo que era para que yo aprendiera de mis errores y para que no andara (sic) tarde en la noche (...) JUAN fue el que me violó a mí, yo me quedé dormida, él me quitó la ropa, yo sé que fue él porque él estaba en pantaloneta, prácticamente desnudo cuando me desperté me di cuenta de esto, yo no me di cuenta cuando estuvo

²⁰ Folios 94 al 99 c. proceso penal.

conmigo sexualmente, yo solo sé que sangré demasiado (...) GERMÁN (sic) prestó la casa, porque es la de él, de los papás (...) Yo no tenía el periodo porque me había llegado como el primero de enero exactamente y la sangre es porque fui violada por el muchacho que no tiene pirsin (sic) al que yo pienso que es JUAN (...) solo me ofrecieron trago, me durmieron y me llevaron a la casa, ellos tenían pensado hacerme eso (...).

4.1.2 Sobre los hechos antes expuestos, el señor LEONARDO, amigo de los denunciados y quien se encontraba con ellos cuando abordaron a la menor denunciante, narró²¹:

...cuando estábamos afuera pasó otra vez la muchacha y nos preguntó que qué íbamos a hacer, entonces JUAN le dijo vamos pa (sic) la casa, entonces ella le dijo a él ME LLEVA, y se la llevaron, yo me quedé en mi casa (...) estaba tomada, cuando llegó allá (sic) le dieron el trago y no se podía quedar quieta, miraba para todos lados, y GERMÁN le dijo por qué estaba tan asustada y no sé qué le contestaría, no me acuerdo (...).

Posteriormente, en una ampliación de su declaración, afirmó que intercambió caricias con la menor en su casa, momentos antes de ser abordados por los denunciados, quienes se la llevaron del lugar²².

4.1.3 En sede de indagatoria, el señor JUAN expuso²³:

...ella dijo que fuéramos al cuarto, yo coloqué el televisor, coloqué música y le dije que yo quería estar con ella y ella me dijo que ella también, estuvimos y cuando estábamos ella dijo que llamáramos a mi amigo que ella quería estar con los dos, yo le dije que yo no me le medía a eso, y me salí del cuarto y lo llamé a él, él entró yo me quedé afuera, me quedé en la cocina y me tomé un bazo (sic) con agua, cuando salieron los dos, ella dijo que tenía el periodo, mancharon toda la sábana, y el colchón también, yo le dije que si quería se bañara porque cómo iba a llegar a la casa así, fuimos al baño, le lavé las manos con agua y jabón, y ella me daba picos en el cuello, ella no se quiso bañar, yo le dije a GERMÁN (sic) llévela a la casa y GERMÁN (sic) fue y la llevó (...) ELLA se fue con nosotros por voluntad propia, incluso cuando llegamos a la casa (...) tranquilamente entró a la casa con nosotros (...).

4.1.4 El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses examinó a la menor LINA el 23 de enero de 2004 e informó²⁴:

RELATO DEL HECHO: Fui abusada sexual/ por un muchacho que no

²¹ Folios 20 al 22 c. proceso penal.

²² Folio 59 c. proceso penal.

²³ Folios 30 al 35 c. proceso penal.

²⁴ Folios 47 al 49 c. proceso penal.

conozco. Me llevó a su casa.

(...)

VALORACIÓN PSÍQUICA NEUROLÓGICA: somnolienta, llanto durante el examen. Contesta [ilegible] al interrogatorio.

EXAMEN EXTERNO ASPECTO GENERAL: sangrado en periné introito vaginal, signos de desgarró de himen reciente a las 6 horas.

4.1.5 La misma entidad examinó en la misma calenda al señor GERMÁN. El examen de embriaguez arrojó resultado negativo. En cuanto a su examen físico, se determinó que no tenía lesiones y que se había bañado con posterioridad al acto sexual²⁵.

4.1.6 La médico que realizó los exámenes mencionados rindió testimonio dentro de la instrucción, en el que sostuvo²⁶:

[La menor] no presentó lesiones en el cuerpo que indiquen traumatismo externo, se encontró sangrado a examen genital en periné, en introito vaginal escaso, edema y eritema a ese nivel, se observa desgarró de himen reciente a las seis horas (...) No signos de violencia externos y en área genital edema vulvar y eritema vulvar sugestivos de maniobras sexuales a dicho nivel, presuntivas de violencia a dicho nivel (...) posterior a una relación sexual con penetración, en el caso de hímenes no dilatables se presenta un desgarró cuyos bordes cicatrizan por separado, en un término de aproximadamente diez días, especificando que dicho desgarró no se modifica a pesar de mantener nuevas relaciones sexuales, la única modificación se da después del parto, cuando el himen se convierte en carúnculas multiformes, sin embargo dependiendo de si hay mucha violencia o no de las relaciones sexuales se pueden presentar otros desgarró (...) no se percibió sangrado durante el examen consecuente de menstruación y llama la atención que no llevaba puesta la toalla higiénica y tenía su ropa con sangrado moderado y ya algo seco y en la menstruación el sangrado es continuo (...) estaba con aliento alcohólico pero realmente como no me pidieron el examen de alcoholemia pues no se tomó la prueba de sangre pero con un dictamen clínico de embriaguez de 0 a 1 dado por aliento alcohólico y ausencia de otros signos clínicos de embriaguez.

4.1.7 Sobre el particular, el médico legista del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Tsalia señaló²⁷:

...en primer lugar los datos consignados en el reconocimiento impiden establecer una incapacidad médico legal, mucho menos unas secuelas, eso en cuanto a lesiones personales; lo que respecta al reconocimiento sexológico si bien en la conclusión no se precisa si la desfloración fue

²⁵ Folio 55 al 56 c. proceso penal.

²⁶ Folios 69 al 71 c. proceso penal.

²⁷ Folios 11 al 18 c. proceso penal 2.

reciente o antigua en la parte correspondiente al examen físico del área genital refiere textualmente “desgarro de himen reciente a las seis horas...laceración hacia las seis horas”, en teoría lo encontrado en este examen sugeriría desfloración reciente, sin embargo por los hallazgos de sangrado tanto en la ropa interior como en otras prendas y ante la ausencia de un trauma cortante o corto contundente que pudiera producir este sangrado y teniendo en cuenta que los hallazgos registrados en el examen genital son compatibles con el trauma siempre presente en todas las relaciones sexuales (eritema) se considera probable que este sangrado sea de origen menstrual (...) una persona que [está en estado de embriaguez] se encuentra más sociable, desinhibida, alegre y en ocasiones con aumento del afecto y la sexualidad (dependiendo de lo cerca que esté de la embriaguez grado dos) (...) dado lo encontrado en las prendas de la región cúbica (sic) y en la misma región genital y en ausencia de un trauma que lo justifique se considera que el sangrado es demasiado abundante para corresponder al ocasionado por el trauma de desfloración y aclarando que si la mujer se encontraba en los primeros días de su menstruación el sangrado no es necesariamente continuo ni tan abundante como para que requiera el uso de toalla higiénica (...).

4.1.8 Dentro del proceso penal rindió testimonio la señora ADELA, madre de la menor denunciante, quien manifestó que cuando su hija llegó a la casa de habitación luego de ser violentada, en compañía de un agente de la Policía, la encontró en estado de embriaguez, al punto que no podía contestar sus preguntas. Cuando acudió a la casa en la que ocurrieron los hechos, encontró a los denunciados lavando ropa. Aseguró que su hija no tenía el periodo menstrual, pues no era la época de comprar toallas higiénicas²⁸.

4.1.9 El ente investigador, mediante proveído del 6 de mayo de 2004, profirió resolución de acusación en contra de los encartados y mantuvo vigente la medida de aseguramiento previamente impuesta. Consideró que era irrelevante que la menor entrara en contradicciones, comoquiera que el delito ocurrió porque ella no dio su consentimiento para sostener relaciones sexuales, sin que sea necesaria la presencia de signos de violencia por los que se evidencie la oposición de la víctima, pues esta no siempre se manifiesta físicamente²⁹.

4.1.10 Los señores GERMÁN y JUAN fueron absueltos del punible de acceso carnal violento agravado, mediante sentencia del 22 de marzo de 2007, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pitalito. Señala el fallo³⁰:

DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR LOS SUJETOS

²⁸ Folios 24 al 34 c. proceso penal 2.

²⁹ Folios 157 al 171 c. proceso penal.

³⁰ Folios 17 al 33 c. ppal. 1 y 108 al 113 c. proceso penal 2.

PROCESALES

La Fiscalía 38 Seccional, en audiencia pública efectuada el 20 de enero de 2006 ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Tesalia, se apartó de la postura asumida por quien calificó el instructivo, por considerar que no se reúnen los presupuestos necesarios para proferirse sentencia de tipo condenatoria, pues del material probatorio surgen muchas dudas no absueltas en la etapa constructiva ni en el debate público, como son, el experticio realizado a la menor hacia las cuatro de la mañana, obrante a folios 47 y 49, en donde no aparece que se presentara alguna huella o vestigio en el cuerpo de LINA, como fuere al menos una equimosis en alguna parte de su cuerpo para predicar la utilización de una forma violenta para accederla.

Así mismo, porque es claro el estado de alicoramiento en que se encontraba la menor, ya que su progenitora manifestó estar demasiado tomada, pero que el informe policial y el experticio médico, manifiestan un grado de alicoramiento No. 1, teniéndose que el alcohol tampoco fue el mecanismo utilizado por los sindicatos para satisfacer el instinto reproductivo, ya que no es suficiente para afirmarse que pudiera haber creado el sueño alcohólico que dice la menor en su intervención.

Que el examen médico legal practicado a la menor narra que hay un sangrado en la región perineal signo de desgarró de himen reciente a las seis horas, pero que de acuerdo al campo de la medicina legal, esto comprende entre el día uno al diez, de haberse mantenido la relación sexual, por consiguiente surge la duda en que la menor pudiera haber tenido una relación desde el día trece hasta el veintitrés y si se hubiese realizado esa prueba el resultado sería la misma conclusión.

Que esas situaciones llevan a la Fiscalía a observar que la menor LINA, en sus diferentes intervenciones no permiten tener la confiabilidad de sus aseveraciones, ya que en una dice que ingirió un trago de aguardiente, en otra que fue embriagada, que incluso durmió durante veinte minutos y cuando se despertó estaba desnuda y ensangrentada, como también, acerca de su pasado sexual en donde en su primer declaración dice haber tenido relaciones sexuales con anterioridad a los hechos y en una ampliación posterior, manifestó no haber tenido ninguna, por lo que se pregunta la Fiscalía, ¿cuál de las dos versiones es la verdadera?, concluyendo que no se puede edificar una sentencia condenatoria cuando la único (sic) testigo, es decir, la denunciante, se encarga de desvirtuar lo que sucedió en la madrugada del veintitrés de enero de dos mil cuatro.

El Ministerio Público por su parte, acoge lo manifestado por la Fiscalía, encontrando la mismas inconsistencias expresada (sic) por el ente acusador, aclarando entre otras, que dentro del proceso obran tres testimonios rendidos por LINA, en donde se observan las contradicciones que sirven para determinar que no hay dentro del proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta y señale la responsabilidad de los procesados.

(...)

CONSIDERACIONES

(...)

En este caso no hay duda alguna que LINA fue accedida carnalmente la noche de los hechos pues así se demuestra con el examen médico que le fuera practicado, como con el dicho de los procesados JUAN y GERMÁN, quienes al rendir indagatoria confesaron haberla accedido carnalmente, pero negando que hubiese sido a la fuerza, pues sostienen que lo hicieron contando con el querer de la ofendida.

Este Despacho comparte el criterio esbozado en la audiencia pública por la Fiscalía y el Ministerio Público, en torno a que no aparece demostrado el elemento violencia, para la estructuración del punible por el que se llamó a responder en juicio a los procesados, porque realmente en el dictamen médico que se le practicó a la madrugada del día de los hechos la médica no encontró ninguna señal de violencia en el cuerpo de LINA, diferente a “sangrado en periné introito vaginal” y los “signos de desgarró de himen reciente”, evidencia esta que demuestra en forma fehaciente que fue objeto (sic) de acceso carnal, pero no se prueba con ello, que efectivamente estemos frente a un acceso carnal violento, toda vez que si bien es cierto al interrogarse a la médico perito, doctora CLAUDIA, sobre si existieron lesiones que indicaran violencia en la relación sexual, manifestó que no habían signos externos de violencia y que en el área genital había un edema vulvar y eritema vulvar sugestivos de maniobras sexuales a dicho nivel, pero también es cierto que no se le pidió que precisara a qué tipo de violencia se refería o si el desgarró del himen o el sangrado vaginal que presentaba era consecuencia obligada de un acceso carnal violento para los efectos previstos en el artículo 205 del Código Penal.

No puede perderse de vista que al interrogar al doctor DIEGO HERNANDO, médico legista sobre el examen sexológico practicado por la primer médico que reconoció a LINA, dice que en teoría lo encontrado en ese examen sugiere desfloración reciente, pero que por los hallazgos de sangrado, tanto en la ropa interior como en otras prendas, ante la ausencia de trauma cortante o corto contundente, que pudiera producir ese sangrado, y teniendo en cuenta que los hallazgos registrados en el examen genital son compatibles con el trauma siempre presente en todas las relaciones sexuales (eritema), considera probable que ese sangrado sea de origen menstrual, lo cual podría alterar lo observado en el examen físico de la región genital, aclarando, en pregunta posterior, que el eritema puede ser resultado de una relación sexual de características normales.

De manera que no puede precisarse, a ciencia cierta, si realmente se estaba frente a un desgarró reciente o frente a un periodo menstrual, mal apreciado por la médica que realizó el examen, porque no se aportó prueba científica tendiente a determinar si la sangre hallada era o no producto de una menstruación, con la cual hubiera podido establecerse la veracidad de la aseveración de los procesados, en el sentido de que LINA les manifestó, después de haber sostenido relación sexual (sic) que se encontraba con el periodo menstrual y, así mismo, si cuando la médica que realizó el reconocimiento de la ofendida, dice que los hallazgos en la región genital, esto es el sangrado en periné y el desgarró de himen reciente, son indicativos indiscutible (sic) de que se estaba frente a una violación sexual o si por el contrario, como lo dice el médico legista que participó en la audiencia pública, esas consecuencias pueden presentarse

aun en la relación sexual consentida.

De otro lado se tiene que si bien es cierto la ofendida adujo haberse opuesto a ser accedida carnalmente por los procesados, también lo es que de su dicho es contradictorio en torno a si realmente fue sometida a la fuerza por sus agresores o si por el contrario estos se aprovecharon de algún estado de incapacidad de resistir o de algún estado de inconsciencia o de condiciones de inferioridad síquica que le impidieran comprender la relación sexual o dar su consentimiento, para encasillar el punible en la figura consagrada en el artículo 207 del Código Penal, si los agresores pusieron a la menor en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, o en el punible consagrado en el artículo 210, si es que se encontraba en alguno de esos estados y lo que hicieron los procesados fue aprovecharse de ello para accederla carnalmente.

Como se precisó antes la figura consagrada en el artículo 205 del Código Penal, exige para su estructuración no solo el uso de la fuerza, ya sea física efectiva, física tácita o moral, sino a la vez que la misma sea idónea para coartar la voluntad del sujeto pasivo, luego no basta rechazar al amante con una negativa a la relación sin realizar algún tipo de oposición efectiva a los actos materiales del amante dirigidos al sostenimiento del acceso carnal, como cuando dice no querer hacer el acto sexual pero sin embargo no rechaza o se opone a que el amante la desvista y acceda carnalmente, que es lo que pareciera haber sucedido en el presente caso, cuando la ofendida en su primera versión dice “pasaron dos muchachos en una moto y ellos me ofrecieron trago yo les recibí y de ahí nos fuimos para la casa de ellos y me acostaron en una cama y me dijeron que ellos querían hacer el amor conmigo y yo les dije que no y entonces uno de ellos me tiró a la cama y me quitó el pantalón únicamente porque yo no me dejé quitar la blusa y él fue el que tuvo relaciones conmigo y cuando me levanté estaba llena de sangre” y en ampliación de su denuncia, realizada el mismo día, dice “...llegamos a la casa de ellos de los dos muchachos y uno de ellos me llevó hasta la cama de él y me comenzó a quitar la ropa el pantalón me lo quitó y me quitó los interiores y se me subió encima y yo le dije que no que yo no tenía nada con él, entonces fue cuando hice el amor con él y entonces él después se fue y yo estaba sangrada y ellos se reían de mí” y al preguntársele cuál fue su actitud, dijo “sí el me quitó el pantalón y me dijo que tuviéramos relaciones y yo le dije que no y él me obligó, o sea por lo que yo estaba tomada, él me dio hartísimo aguardiente ya en la casa de él y entonces me acostó y se me subió encima, como yo estaba tomada pues yo me acosté no sé qué me pasó, cuando él me empezó a quitar la ropa yo me paré y él me acostó y se me subió encima, no me decía nada, a mí me dolía mucho y yo sangré porque él me abrió las piernas, él solo hizo todo eso”, siguiéndose del mismo dicho de la ofendida que ella, por voluntad propia, se fue con los procesados a casa de estos adentrándose hasta la cama de uno de ellos, sin que por parte alguna aparezca que hubiesen ejercido algún tipo de violencia para llevarla hasta allí, como tampoco que la persona que aduce le quitó el pantalón y la accedió carnalmente, hubiera utilizado fuerza o violencia para desvestirla y accederla, pues del dicho de la ofendida parece es que sumisamente dejó que el agresor actuara, sin oponer resistencia alguna, atribuyendo su comportamiento al hecho de encontrarse muy tomada.

Con la manifestación de la ofendida de que los muchachos se aprovecharon de que estaba muy tomada y dada la manifestación de la médica CLAUDIA, en el sentido que no practicó prueba de alcoholemia, porque no se la pidieron, pero que por el aliento alcohólico y la ausencia de otros signos clínicos de embriaguez podría estar en un estado clínico de 0 a 1, y con el Médico Legista que intervino en la audiencia, doctor DIEGO HERNANDO, en el sentido que una persona en un estado de embriaguez grado uno, en el área psicológica es una persona que se encuentra más sociable, desinhibida, alegre y en ocasiones con aumento del afecto y la sexualidad, puede arribarse a la conclusión que realmente como lo dice la misma ofendida los procesados aprovecharon las condiciones en que se encontraba para accederla sexualmente, pero con el consentimiento de esta aunque afectado de alguna manera por el grado de alicoramiento en que se encontraba, sin que ello signifique un estado de inconsciencia o trastorno mental que la incapacitara de resistir, porque, al decir del Legista, doctor DIEGO HERNANDO, la persona “es absolutamente conciente (sic) de su entorno y de sus actos”, en razón de lo cual no podría decirse, con la prueba vertida al proceso que la menor se encontrara o hubiera sido puesta en un estado que le impidiera repeler la agresión sexual, para encasillar la conducta en el artículo 207 del Código Penal, como se solicita por el apoderado de la parte civil.

(...)

Lastimosamente esos interrogantes no fueron dilucidados en el curso de la instrucción y no pueden ser esclarecidos en este momento, porque según la médico legista no se le hizo prueba para alcoholemia, por no haberse solicitado, lo que impide hacer un estudio sobre muestra de sangre, tendiente a establecer si en aquel momento se encontraba realmente bajo la influencia de alguna sustancia que le produjera incapacidad para resistir, duda que con fundamento en el principio de in dubio pro reo debe ser decidida a favor de los procesados y por ende, habrá de absolverseles, a pesar de estar demostrado que los señores JUAN y GERMÁN accedieron carnalmente a LINA, por existir duda acerca de su la estructuración típica del hecho punible (...) certeza que no se presenta en este caso porque existe una duda en torno a si existió un acceso carnal violento o si por el contrario hubo relaciones sexuales consentidas o si la víctima fue puesta en incapacidad de resistir o si por el contrario los procesados la encontraron en esa condición y se aprovecharon de ella, dudas que en este momento procesal es imposible de despejar (sic) y por ello lo que procede es su absolución, para hacer prevalecer el derecho sustancial, la presunción de inocencia y el in dubio pro reo.

4.2 El demandante GERMÁN estuvo privado de la libertad del 23 de enero al 11 de mayo de 2004, en la Cárcel Municipal de Tesalia³¹.

4.3 Para la época en que ocurrieron los hechos, el señor GERMÁN era estudiante de

³¹ Folio 35 c. ppal. 1. Certificación expedida por la Directora de la Cárcel.

medicina de la Universidad Cooperativa de Colombia, con sede en Hobo³².

4.4 El demandante solicitó un crédito al Fondo de la Excelencia Académica del departamento del Huila por valor de \$990.000, con la finalidad de financiar sus estudios superiores³³.

5. Análisis de responsabilidad

Vistos los anteriores hechos que se encuentran debidamente acreditados, se tiene que la Fiscalía General de la Nación inició la instrucción en contra del señor GERMÁN, por la posible comisión del delito de acceso carnal violento con menor de edad.

Igualmente, se encuentra probado que el mencionado fue absuelto por la justicia ordinaria, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ante la duda sobre su responsabilidad penal, decisión sobre la que no es viable pronunciarse en esta instancia.

Como se indicó anteriormente, en el juicio de responsabilidad como lo prevé el artículo 90 constitucional deberá verificarse el daño antijurídico y la imputación; empero, no solo eso en particular tratándose de decisiones, como en el *sublite*, absolutorias, proferidas por el juez natural sobre las que no es dable volver, en cuanto así lo preceptúan principios amparados en el *ius cogens*, en orden a que lo resuelto en un proceso penal a favor del reo permanezca incólume –*non bis in ídem*–, en cuanto lo favorezca y así mismo preservar la presunción de inocencia. Siendo así y dado que no se hará un nuevo examen de la conducta punible, este juicio se restringe a la verificación del cumplimiento de los deberes socialmente esperados por parte del actor, de manera que pueda comprobarse la ausencia de dolo o culpa grave que impida conceder a su favor las pretensiones.

Pues bien, de acuerdo con el relato de la menor denunciante, el 23 de enero de 2004 consumió bebidas alcohólicas suministradas por el demandante, quien junto a su acompañante la llevó a una casa y luego a una habitación en la que la accedió carnalmente.

³² Folio 38 c. ppal. 1. Certificación expedida por el Jefe de Admisiones de la Universidad.

³³ Folios 68 al 77 c. ppal. 1.

Finalizado el acto, en horas de la madrugada, la agredida se dirigió a interponer la correspondiente denuncia (ver párr. 4.1.1), oportunidad en la que fue examinada por una médico que, de acuerdo con los exámenes practicados, concluyó que el acto sexual dejó como secuelas un edema y eritema vulvar propios de las maniobras sexuales, además de un sangrado en la región perineal signo de desgarró de himen reciente. No practicó la prueba de alcoholemia, pero por su aliento pudo determinar que previamente había consumido bebidas alcohólicas. Tal como lo precisan la médico, la menor y su madre, el sangrado no correspondía a su periodo menstrual, sino a lesiones derivadas de acto sexual (ver párr. 4.1.4).

Señala la sentencia absolutoria que la menor, estando en la casa de los denunciados, solo dijo “no” ante la inminencia del acto sexual, siendo ello, a juicio de la Fiscalía y del Juzgado, insuficiente para considerar que la relación no fue consentida, pues debió oponer la fuerza al punto que se evidenciara la violencia propia del sometimiento al acto, consideración de la que se aparta esta Sala, como pasa a explicarse.

Tanto el ente investigador como el juzgado hicieron suyas las aseveraciones de los procesados, suponiendo que la menor LINA, por recibir alcohol y acompañarlos a su casa, se expuso a la relación sexual, como si con estos hechos su consentimiento se diera por sentado y omitiendo que enfáticamente la menor se opuso a los actos y no se dejó desvestir completamente, describiendo el acto como doloroso física y emocionalmente.

Vistos estos hechos, comoquiera que LINA solo contaba con 15 años, se halla una actuación gravemente culposa por parte del demandante, dado que le suministró bebidas alcohólicas y la dirigió a una casa, en donde la accedió, sin consideración a su manifestación negativa de voluntad y a la protección debida a su libertad sexual y demás derechos prevalentes, circunstancias que impiden acceder a las pretensiones.

Ello, en cuanto la intención del actor era llevar a cabo el acto sexual, alterando el juicio de la menor, valiéndose de su ingesta de bebidas alcohólicas para procurar el asentimiento o la merma de su voluntad. Se destaca que aunque no se hizo prueba de alcoholemia, se conoce y es aceptado por los integrantes del proceso penal que la menor bebió aguardiente, así, aun cuando no es posible conocer su grado de alcoholemia y alteración mental, ni afirmar con vehemencia que se encontraba en el grado 0 o 1, mucho menos puede suponerse que su nivel de aturdimiento al momento del examen era igual a aquel en el que se llevó a cabo el acto sexual. Téngase en

cuenta que tanto los procesados como la madre de la menor coincidieron en que su estado de embriaguez era tal que su comportamiento era errático. La médico, por su parte, dio cuenta de la somnolencia al momento de practicarse el correspondiente examen.

Esta Corporación se ha pronunciado con relación a los deberes frente a la protección a la integridad de los menores en los siguientes términos³⁴:

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

Deber este último que se afirma aún más en las disposiciones del Código de la Infancia y la adolescencia que exigen que en todos los ámbitos en los que se ven envueltos los menores de edad se debe aplicar la perspectiva de género, entendida como “...el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social” –art. 12-.

Con relación a esta protección, el mismo fallo hace relación al enfoque de género previsto desde el bloque de constitucionalidad:

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

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

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 47001233100020090036901 (41208), c.p. Stella Conto Díaz del Castillo.

A partir de la Ley 51 de 1981, por la cual se ratificó esa Convención, que constituye uno de los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos, el Estado colombiano se obligó, en sus distintas esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra, a eliminar toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de sus derechos, independientemente de su estado civil –art. 1º- y a proteger jurídicamente, a través de sus tribunales nacionales competentes, los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y a defenderla efectivamente contra todo acto de discriminación –art. 2º-, entre los cuales se cuenta, a título enunciativo, impedir el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre –art. 3º- y la permanencia de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, los prejuicios, las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres -art. 5º-.

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

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

En la Convención se puntualiza que “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”³⁵.

Asimismo, se precisa que –se destaca- “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”³⁶.

Adicionalmente, se advierte que la “violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”³⁷:

a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo

³⁵ Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer.

³⁶ Artículo 1 ibídem.

³⁷ Inciso 1º del artículo 2 ibídem.

domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

b) Que tenga lugar en la comunidad y **sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual**, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar³⁸.

En análogo sentido, se resalta que “[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros,”³⁹

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

b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación⁴⁰.

También introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente”⁴¹:

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

b) **Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer**⁴².

Igualmente, previó el deber de “adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para”:⁴³

b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer⁴⁴.

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

(...) **tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia** que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. **En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando** está embarazada, **es discapacitada, menor de edad,**

³⁸ Literales a) y b) ibídem.

³⁹ Artículo 6 ibídem.

⁴⁰ Literales a) y b) ibídem.

⁴¹ Inciso 1º del artículo 7 ibídem.

⁴² Literales a), b), ibídem.

⁴³ Inciso 1º del artículo 8 ibídem.

⁴⁴ Literal b) ibídem.

anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad⁴⁵.

Asimismo, de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada con la Ley 12 de 1991, el Estado colombiano se comprometió a asegurar a las menores de edad i) “...la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”, con todas las medidas adecuadas a ese fin –art. 3º- y, ii) sus derechos fundamentales, en especial, su integridad y libertad. Todo ello con sujeción al interés superior de la menor.

Bajo esta égida, es oportuno recalcar que la simple negación de la mujer a participar en un acto sexual impone de quien propone abstenerse de proceder. Es importante llamar la atención sobre el derecho de la mujer a determinarse sexualmente, dejando a un lado el prejuicio acorde con el cual la negativa debe entenderse como invitación, dando lugar a considerar que toda insinuación del hombre debe ser aceptada. Ideario que ha pervivido a lo largo de los años y que se opone a la manifestación de la voluntad femenina, la que erradamente se supone inexistente ante los fines del pretensor.

En el *sublite* se evidencia que fue tal la oposición y ausencia de consentimiento de la menor ofendida que, una vez agredida, en horas de la madrugada, se dirigió a interponer la correspondiente denuncia, sometiéndose a los exámenes que dieron cuenta de las lesiones a nivel genital y emocional, pues tal como se señala en el correspondiente informe, la menor lloraba mientras era examinada.

Ahora bien, no pierde de vista la Sala que LINA se encontraba en estado de embriaguez y que tal como lo precisan diversos estudios, el consumo de bebidas alcohólicas afecta de mayor manera a las mujeres. Ello, por cuanto, *“por efecto de la menor actividad de la enzima alcohol deshidrogenasa el hígado y el estómago de la mujer procesan más lentamente el alcohol y permiten que mayores niveles pasen del tracto gástrico al torrente sanguíneo y viajen hasta el cerebro, afectando con mayor intensidad su sistema nervioso central. Situación que las pone en mayor riesgo de ser víctima de violencia o abuso sexual”*⁴⁶.

Así lo advierte el Centro Nacional para Adicciones y Abuso de Sustancias de la Universidad de Columbia, mediante investigaciones que muestran que *“...las mujeres metabolizan el alcohol de*

⁴⁵ Artículo 9 ibídem.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 47001233100020090036901 (41208), c.p. Stella Conto Díaz del Castillo.

manera menos eficiente en comparación con los hombres. Esto es así porque en las mujeres es menor la actividad de la enzima llamada alcohol deshidrogenasa, que descompone el alcohol en el hígado, el estómago y controla los niveles que entran al torrente sanguíneo. Los cuerpos de las mujeres también contienen menos agua y más tejido graso que los hombres de tamaños similares, lo que significa que mantienen las concentraciones más altas de alcohol en su sangre. Como resultado, las mujeres se intoxican más rápidamente y tienen peores resacas, incluso cuando beben la misma cantidad que los hombres”⁴⁷.

Es claro, entonces, para la Sala que el señor GERMÁN desatendió sus deberes socialmente esperados, dado que brindó bebidas alcohólicas a la menor LINA, en oposición a lo previsto en los artículos 3º, 15, 288 y 323 del Código del Menor vigente para la época de los hechos⁴⁸, lo previsto en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 124 de 1994⁴⁹; además de haberla llevado a su domicilio y presionado a tener intimidad.

⁴⁷ Cfr., The National Center on Addiction and Substance Abuse, “WOMEN AND ALCOHOL. Research shows that women metabolize alcohol less efficiently as compared to men. This is because women have decreased activity of an enzyme called alcohol dehydrogenase, which breaks down alcohol in the liver and stomach and keeps it from entering the bloodstream. Women’s bodies also contain less water and more fatty tissue than men of similar sizes, which means they maintain higher concentrations of alcohol in their blood. As a result, women get intoxicated faster and have worse hangovers, even when drinking the same amount as men...// References: Foster SE, Richter L. Substance use disorders. In RT Senie (ed.), *Epidemiology of women’s health*. Burlington, MA: Jones & Bartlett Learning; 2013: 249-256; Kay A, Taylor TE, Barthwell AG, Wichelecki J, Leopold V. Substance use and women’s health. *J Addict Dis*. 2010;29(2):139-63.// Perkins KA. Sex differences in nicotine versus non-nicotine reinforcement as determinants of tobacco smoking. *Exp Clin Psychopharmacol*. 1996;4:166-177.// DiFranza JR, Savageau JA, Rigotti NAFK, Ockene JK, McNeill AD, Coleman M, Wood, C. Development of symptoms of tobacco dependence in youths: 30 month follow up data from the DANDY study. *Tob Control*. 2002;11:228-235; //Hill SY, Smith TR. Evidence for genetic mediation of alcoholism in women. *J Subst Abuse*. 1991;3:159-17; Mumenthaler, MS, Taylor, JL, O’Hara, R, Yesavage, JA. Gender differences in moderate drinking effects. *Alcohol Health Res World*. 1999;23:55-64.// Lewis B, Nixon SJ. Characterizing gender differences in treatment seekers. *Alcohol Clin Exp Res*. 2014;38(1):275-84; Keyes KM, Martins SS, Blanco C, Hasin DS. Telescoping and gender differences in alcohol dependence: new evidence from two national surveys. *Am J Psychiatry*. 2010;167(8):969-76; Schuckit MA, Daepfen JB, Tipp JE, Hesselbrock M, Bucholz KK. The clinical course of alcohol-related problems in alcohol dependent and nonalcohol dependent drinking women and men. *J Stud Alcohol*. 1998;59(5):581-90. // Khan SS, Secades-Villa R, Okuda M, Wang S, Pérez-Fuentes G, Kerridge BT, Blanco C. Gender differences in cannabis use disorders: results from the National Epidemiologic Survey of Alcohol and Related Conditions. *Drug Alcohol Depend*. 2013;130(1-3):101-8; National Institute on Drug Abuse. NIDA research report: prescription drugs: abuse and addiction. (NIH Pub. No. 05-4881). Bethesda, MD: U.S. Department of Health and Human Services, National Institutes of Health, National Institute on Drug Abuse; 2001; Hanson GR. In drug abuse, gender matters. *NIDA Notes*. 2002:17”; <http://www.centeronaddiction.org/prevention/addiction-women>, traducción libre.

⁴⁸ ARTICULO 3º. Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción. Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiariedad.

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

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

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

⁴⁹ Artículo 1º.- Prohíbese el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad.

La persona mayor que facilite las bebidas embriagantes o su adquisición será sancionada de conformidad con las normas establecidas para los expendedores en los Códigos Nacional o Departamental de (ilegible)

El papel de las autoridades

Vistas las especiales condiciones del abuso en una mujer, menor de edad, a quien se le han suministrado bebidas alcohólicas, conviene resaltar que las autoridades cobran un papel de suma importancia, en cuanto reciben la denuncia y asumen la necesidad de atención de la víctima de agresión sexual y es su deber no incurrir en una nueva victimización, desconociendo, además, la prelación de los derechos de los menores.

Así, entonces, como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, es necesario que *“en la investigación de los delitos sexuales contra los menores de edad se hagan prevalecer sus derechos fundamentales, fines a los que sirve el principio pro infans que impone a las autoridades judiciales “...la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño”, en especial la de dar credibilidad a sus declaraciones y resolver las dudas en su favor. Desconocimiento que los revictimiza, conduce a la vía de hecho, perpetúa la violencia, discriminación y puede comprometer la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario”*⁵⁰.

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado ⁵¹ –se destaca–:

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

(...)

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso

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

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

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 47001233100020090036901 (41208), c.p. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-078 de 2010, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

investigativo. Rechazar un peritazgo por formal y otro que dice lo mismo, por informal, es una técnica perversa frente a las pruebas que unánimemente describen un abuso sexual donde es víctima una niña de 3 años. No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. **Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.**

(...)

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

Una de las principales razones que finalmente soportaron la sentencia de primera instancia objeto de impugnación en este caso, tiene que ver con la disyuntiva para fallar y resolver el caso frente a la duda que le ofrecía el material probatorio al fallador de primer grado. Tales apreciaciones que constituyen no sólo un defecto fáctico por fallar de manera contraevidente a la realidad del caso que se le presentaba, violan también directamente la Constitución por cuanto infringen los dictados del artículo 44 superior, **ignoran el principio de la prevalencia de los derechos de los niños, el postulado del interés superior del menor y desconocen la fuerza conclusiva que merece el testimonio de una niña víctima de un atentado sexual. El asunto merecía resolverse por ende a la luz del principio pro infans, postulado derivado de la Carta Política del cual proviene la obligación de aplicar las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico en consonancia con la protección del interés superior del niño.** Los conflictos que se presenten en los casos en los cuales se vea comprometido un menor deben resolverse según la regla pro infans, axioma que desecharon los fallos cuestionados.

Así las cosas, considera la Sala que es inaceptable la forma en la que las autoridades manejaron la investigación mencionada en este asunto, al punto que conciben que el que una mujer menor consienta en ir a la morada de un hombre significa, de suyo, que acepta y propicia la relación sexual (ver párr. 4.1.10). Esta interpretación supone que la

voluntad de la mujer y su negativa ante la inminencia del acto sexual no prevalecen, pues su presencia en el lugar dispuesto por su agresor sería suficiente y lo facultaría a accederla, circunstancia que haría nugatoria cualquier oposición, suponiendo y reforzando un estereotipo de sumisión del género femenino ante los pedimentos que en materia sexual se hagan.

Lo cierto es que el ideario de antaño que supone que la simple oposición no debe ser tomada en cuenta por quien pretende un encuentro sexual debe ser derrotado, pues las relaciones sexuales, cualquiera sea su índole, deben ser plenamente consentidas, de manera que el argumento esbozado en la sentencia absolutoria, atinente a que la menor LINA debió oponerse con fuerza y violencia, no es de recibo. Como se indicó en oportunidad anterior por la Sala, *“en esas circunstancias, antes que la protección debida a la libertad sexual y demás derechos prevalentes de la menor se la condena a padecer discriminación por razón del género, toda vez que se comulga con la idea de que se merece la violencia sexual que su naturaleza provocadora despierta en el macho”*⁵².

No obvia la Sala que la menor incurrió en contradicción en una de sus tres declaraciones (ver párr. 4.1.1 –declaración del 3 de febrero de 2004–), circunstancia que bien pudo obedecer a su necesidad de credibilidad ante la puesta en duda de su dicho y acciones. Ella insistió en el hecho de la violación y en su última intervención ante las autoridades trató de hacer más gravosa su situación, para lograr un mayor asentimiento por parte de las mismas. Esto es así, por cuanto, en el marco de la investigación, la autoridad que investigaba, la culpó de la violación, por estar en horas de la noche sola, exculpando así la actuación del ofensor.

Ciertamente, en ocasiones, el acceso a la justicia se constituye como una de las principales barreras para lograr la empresa de una sociedad igualitaria entre hombres y mujeres, tal como lo expone un riguroso estudio publicado por la Corporación Humanas –Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género–⁵³:

Los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de violencia sexual para acceder a la justicia⁵⁴

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de diciembre de 2015, rad. 47001233100020090036901 (41208), c.p. Stella Conto Díaz del Castillo.

⁵³ *Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres*. Bogotá, 2009.

⁵⁴ “[145] la Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género realizó una investigación sobre el funcionamiento práctico del sistema penal acusatorio en Colombia. En este aparte se presenta una síntesis de los principales resultados del trabajo mencionado. La investigación

1. La garantía de tomar decisiones libres, voluntarias e informadas durante el trámite del proceso se asegura a los procesados pero no a las víctimas

La renuncia de cualquiera de los intervinientes en el proceso a sus derechos procesales es uno de los momentos para hacer efectiva la garantía de igualdad procesal entre los procesados y las víctimas. En estos casos, el sistema debe garantizar de manera efectiva que la renuncia sea realmente voluntaria, es decir, libre de coacción, amenaza, o presión, y que sea una decisión informada, en la que la persona tenga conocimiento pleno y actualizado de las consecuencias que tiene su decisión dentro del proceso, para ella misma y para los demás intervinientes. Dentro del proceso penal acusatorio, el procesado puede renunciar a su derecho a un juicio oral, público y contradictorio, con inmediación de la prueba, cuando decide aceptar total o parcialmente los cargos por los que está siendo procesado. Las víctimas, por su parte, pueden renunciar a su derecho a perseguir y acusar penalmente a quien consideran responsable del delito, cuando optan por el desistimiento o la conciliación. Ambas decisiones tienen importantes consecuencias procesales que el juez o jueza deben verificar, tales como la aceptación de responsabilidad penal para el procesado y la consiguiente obligación de reparar a la víctima, cuando aquel decide allanarse, o la libertad del procesado, si estuviere detenido, cuando la víctima decide desistir o conciliar. En el análisis de varias audiencias de imputación de cargos en las que hubo allanamiento, así como varias audiencias de legalización de preacuerdos y de legalización de la suspensión del procedimiento a prueba se pudo establecer que siempre que hubo allanamiento el juez o jueza verificó la presencia del procesado, de su defensor, que la Fiscalía hubiera hecho las correspondientes imputaciones fácticas y jurídicas, que el procesado hubiera sido informado de la pena correspondiente a los delitos que se le atribuyen y de la rebaja que obtendría al aceptar los cargos, así como que el procesado hubiera entendido las consecuencias de su decisión y que ésta hubiera sido libre y voluntaria. La actuación de los jueces duró entre 20 y 25 minutos aproximadamente.

En contraste, se encontró que en los casos en que la víctima solicitó la preclusión de la investigación las audiencias no duraron más de dos minutos y medio y se llevaron a cabo con la sola presencia de la Fiscalía sin que el juez o jueza solicitara la presencia de la víctima ni preguntara las razones de su ausencia. Los jueces y juezas se limitaron a verificar la legalidad de la solicitud de la Fiscalía. Lo anterior permitió afirmar que “en los casos en que es la víctima quien renuncia a [sus derechos] sus garantías no hacen parte de las preocupaciones de los/las operadores de justicia”.

(...)

*encontró que las mujeres víctimas de las diferentes formas de violencia de género en Colombia enfrentan numerosos obstáculos para acceder a la justicia, los cuales pueden agruparse en tres categorías: 1) los obstáculos relacionados con la desigualdad en la protección procesal entre los procesados y las víctimas de violencia, 2) los relacionados con las exigencias de la descongestión judicial y la celeridad de los procesos y 3) los obstáculos relacionados con la histórica discriminación que afecta a las mujeres y el desconocimiento de ella en la práctica judicial. Los resultados de esta investigación fueron publicados en *La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio*” Bogotá, 2008.*

2. La publicidad del proceso prevalece siempre sobre la dignidad de la víctima

Si bien es cierto que las audiencias deben ser por regla general públicas, también es cierto que tanto el derecho colombiano (Ley 906 de 2004¹⁴⁸) como el derecho penal internacional (reglas de procedimiento y prueba para los procesos ante la Corte Penal Internacional) consagran excepciones a esta regla, que permiten la realización de partes del juicio a puerta cerrada, para garantizar la intimidad y privacidad de la víctima; la presentación de testimonios por medios electrónicos o especiales que permitan garantizar la seguridad de las víctimas; o la utilización de seudónimos o de mecanismos para distorsionar la imagen o la voz, para preservar la identidad de las víctimas.

No obstante lo anterior, en el 100% de los casos de violencia sexual observados (así como en los otros de violencia física y asesinato) se encontró que la identidad de las víctimas, incluso la física, es totalmente pública. Los jueces y juezas piden que la víctima se identifique por su nombre completo y número de cédula y diga cuál es su lugar de residencia. Además, durante las audiencias, los jueces y juezas se refieren a las víctimas llamándolas por su nombre y señalándolas. Sólo en dos casos de violencia sexual los jueces se abstuvieron durante todo el proceso de referirse a la víctima por su nombre y lo hicieron⁵⁵ (...).

3. La falta de representación legal de los intereses de las víctimas

En la investigación se hizo evidente que los jueces y juezas no garantizan el derecho de las víctimas a contar con representación legal en las diferentes etapas del trámite procesal. En efecto, del total de audiencias revisadas, el porcentaje más alto de participación de representantes legales de las víctimas fue de 23%, para el delito de homicidio. La participación del Ministerio Público fue del 42% en los casos de acceso carnal violento y del 15% en los de homicidio. Solamente en una audiencia actuó un representante de la víctima. Del total de casos en que hubo suspensión del procedimiento a prueba, en un 75% se hizo presente la víctima y sólo en un 25% lo hicieron el Ministerio Público y un representante legal de la víctima. Todas las audiencias de legalización de preacuerdo se llevaron a cabo sin participación de la víctima o de su representante.

4. Protección de la libertad del procesado con desprotección de la seguridad de la víctima

Según la regulación del sistema acusatorio y lo establecido en las normas internacionales vigentes para Colombia, las víctimas tienen derecho a que en los procesos judiciales se proteja su integridad y su seguridad y las de su familia. La Fiscalía tiene la obligación de solicitar medidas de protección para asegurar estos derechos. A pesar de que la seguridad de la víctima se puede garantizar no sólo mediante la restricción de la libertad sino también mediante otras medidas, tales como la vigilancia del procesado, la presentación periódica ante la justicia, la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con las víctimas, la prestación de una caución o la prohibición de salir del lugar de

⁵⁵ “[147] *Ibídem*, pág. 60”.

habitación entre las 6.00 p.m. y las 6.00 a.m., en ninguno de los casos revisados el fiscal o la fiscal pidió medidas de protección específicas para las víctimas.

Así, la víctima quedó protegida sólo en los casos donde procedió contra el procesado la medida de aseguramiento de detención preventiva sin sustitución de medida, es decir en el 41% de los casos revisados. En la mayoría de casos se encontró una baja utilización de medidas de protección para las víctimas. En el 87% de los casos de lesiones personales y en el 89% de los de violencia intrafamiliar cometida por el hombre sobre su cónyuge o compañera permanente, no hubo captura del procesado y la Fiscalía no solicitó ninguna medida de protección, ni siquiera la de aseguramiento. Sólo en el 13% de los casos por lesiones personales y en el 11% de los de violencia intrafamiliar hubo captura del victimario y se solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva. Sin embargo, en los casos de lesiones personales sólo procedió la solicitud en la mitad de ellos. Aun cuando en los casos de homicidio cometidos por el hombre sobre su pareja y de acceso carnal sí se solicitaron y procedieron las medidas de aseguramiento privativas de la libertad es importante tener en cuenta que muchas mujeres víctimas de lesiones personales y violencia intrafamiliar cometida por su cónyuge o compañero permanente lo son también de violencia sexual pero no lo denuncian pues la mayoría consideran que deben satisfacer con su cuerpo los deseos sexuales de sus cónyuges haya o no violencia física (...).

5. La complejidad de la prueba

El Instituto Nacional de Medicina Legal no tiene la cobertura ni el personal suficiente para asegurar que los dictámenes periciales que realiza cumplan con los parámetros de una prueba judicial, lo cual puede poner en riesgo la validez y confiabilidad como medio de prueba. Lo anterior determina que en un sistema como el acusatorio, donde la prueba física es central, las deficiencias o la ausencia de un dictamen pericial limiten las posibilidades de probar dentro del proceso penal la violencia ejercida contra las mujeres, lo cual impide que se haga justicia en los delitos de que han sido víctimas, especialmente en los de violencia sexual. Ante las deficiencias de los dictámenes técnicos, el sistema probatorio termina trasladando la carga de la prueba a la víctima, o lo que es peor, haciendo que sean los prejuicios sexistas y machistas de los operadores y operadoras judiciales los que decidan los casos.

Un régimen probatorio centrado en las pruebas físicas y con las deficiencias anotadas, lejos de asegurar el acceso a la justicia se convierte en un obstáculo para la garantía de este derecho.

6. La ausencia de garantías procesales para hacer efectivo el derecho a la reparación

El principal hallazgo respecto de la reparación de las víctimas dentro del proceso penal fue la interpretación restrictiva del concepto de reparación, que se asocia casi exclusivamente con la indemnización económica por los perjuicios causados. En consecuencia, los jueces y juezas no adoptan otras medidas de reparación importantes y necesarias para que la reparación sea integral, como las medidas de restitución, las de rehabilitación, las de satisfacción y las garantías de no repetición. La concepción limitada de la reparación se observó tanto en los casos

de suspensión del procedimiento a prueba como en los de extinción de la acción penal. En las oportunidades en que se adoptaron medidas orientadas al restablecimiento del derecho de la víctima, se ordenaron por el lapso en que el procesado se comprometió a pagar la indemnización y no por el tiempo requerido realmente por la víctima para el restablecimiento de los derechos vulnerados. En todos los casos se observó que las condiciones que se imponen al imputado para que cumpla durante el período de prueba no responden a las necesidades particulares de las víctimas en cada caso sino a una repetición mecánica, en todos los casos, de una lista de sólo 4 condiciones⁵⁶ de las 12 que se pueden imponer al imputado durante el período de prueba, según el artículo 326 del código de procedimiento penal.

Se observó que es absolutamente marcada la preocupación de los funcionarios judiciales de garantizar que el procesado indemnice los perjuicios, pero no se observó la adopción de ninguna medida tendiente a brindarle una protección real y efectiva o al restablecimiento del derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia, el cual permaneció vulnerado en todos los casos bajo estudio, en atención a la falta de una reparación integral que incluya medidas para garantizar la no repetición de los hechos. Pareciera que los funcionarios y funcionarias judiciales entienden que la dignidad, la integridad física y sexual, la salud y el derecho a vivir sin violencia se reparan únicamente con dinero.

Adicionalmente, a los obstáculos mencionados, se observó que los procesos por violencia contra las mujeres tienen una mayor propensión a ser cerrados mediante un acuerdo, debido al alto volumen de casos de violencia contra las mujeres que se registran, sumado a la creencia arraigada de que se trata de casos de poca importancia que pueden ser resueltos fuera de los tribunales. Con el fin de lograr las metas de descongestión y disminuir el número de casos que tienen a cargo, los funcionarios y funcionarias judiciales buscan llegar a un acuerdo más no el cumplimiento efectivo de los compromisos adquiridos por el procesado. También se observó que las mujeres víctimas de delitos por razones de género, justamente por la situación de vulnerabilidad en que se encuentran, se ven enfrentadas a una serie de problemas que profundizan la discriminación que las afecta, perpetúan la violencia e impiden el ejercicio de sus derechos (...) – subrayas de la Sala–.

Corolario de lo dicho, se tiene que, además de negar las pretensiones, la Sala exhortará a las autoridades para que en casos como el presente, en el que deben atenderse delitos de índole sexual, cuyas víctimas sean menores y mujeres, apliquen el correspondiente bloque de constitucionalidad y den prelación a los derechos de los menores, quienes por su estado de indefensión y vulnerabilidad merecen especial atención y protección, en los términos del artículo 44 constitucional.

Protección al derecho a la intimidad

⁵⁶ “[149] Estas cuatro condiciones son que el procesado 1) se comprometa a guardar buena conducta, 2) se someta a tratamiento psicológico o psiquiátrico, 3) conserve el lugar de residencia y 4) notifique cualquier cambio del mismo”.

Ahora bien, 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 inocencia⁵⁷, razón por la cual dispone que las copias que se expidan de esta decisión no permitan identificar a las personas involucradas, como se dispondrá en la parte resolutive.

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

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

Por tal razón, la Sala procederá a:

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

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

- Exhortar al Consejo Superior de la Judicatura o el órgano que haga sus veces para que analice desde la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Colombia, la ley y los reglamentos, las intervenciones de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en el curso de las investigaciones adelantadas

⁵⁷ 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-.

con ocasión de los hechos de violencia sexual en su contra denunciados, para que adopte medidas de corrección, difusión y capacitación en orden a velar por el respeto de la libertad, integridad y no discriminación de la mujer, en todos los frentes de su competencia.

6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, toda vez que de las actuaciones del proceso no se colige la existencia de temeridad o mala fe en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Gigante, el 29 de junio de 2011, con base en las consideraciones antes esbozadas.

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

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

- Exhortar a la Fiscalía General de la Nación para que destine personal experto en la materia, con el objeto de que se considere la posibilidad de adoptar medidas

para liberar las investigaciones por violencia sexual de estereotipos de género y, en todo caso, para que se adviertan las falencias en la investigación de este asunto que llevaron a la sentencia absolutoria, con miras a poner de presente la prevalencia del interés superior de las menores y la perspectiva de género en las actuaciones que le competen. Actuaciones que deberán propender en todo momento por el respeto, la eficacia material de la dignidad y los derechos de las mujeres, las adolescentes y las menores.

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

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

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

