CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947)
Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros
Demandado: La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de reparación directa

La Sala Plena de la Sección Tercera avoca el conocimiento del presente caso, con el fin de modificar su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia del 29 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (transcripción igual al texto que obra en el expediente):

> "**PRIMERO: NIEGUENSE** las súplicas de la demanda respecto de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE PEREIRA**, por lo expuesto en la parte motiva.
>
> "**SEGUNDO: Declárase** administrativamente responsable a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados a la parte actora, con ocasión de la privación injusta de la libertad de la cual fue objeto la señora Martha Lucía Ríos Cortés de acuerdo con las razones expuestas en la presente providencia.
>
> "**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior, **condénese** a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN,** a indemnizar a la parte demandante, por los perjuicios causados, así:
>
> "a) Por concepto de **perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante,** a favor de la señora Martha Lucía Ríos Cortés la suma de cuatro millones seiscientos cuatro mil novecientos catorce ($4.604.914,oo) pesos.

"b) Por concepto de **daño moral**, a favor de la señora Martha Lucía Ríos Cortés, el equivalente a quince (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento del pago efectivo de la condena, en su calidad de directamente afectada con la privación de la libertad y que para el día de hoy representan veintiocho millones trescientos treinta y cinco mil ($28.335.000,oo).

"c) Por concepto de **daño moral**, a favor de Fidernando Sigifredo Rosero Gómez (compañero permanente), Juan Diego Rosero Ríos, Michele Andrea Ríos Ríos (hijos) y Gustavo Ríos Velásquez (padre), el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales para el momento del pago efectivo de la condena y que a valores del día de hoy representan once millones trescientos treinta y cuatro mil ($11.334.000,oo) pesos, para cada uno.

"d) Por concepto de **daño moral**, a favor de Luz Estella Ríos Cortés, María Paula Ríos Cortes, Fernando Ríos Cortes, Fabián Ríos Cortes, Jairo Ríos Cortes, Mayra Yiset Ríos Salgado y Gustavo Ríos Salgado (representado por su progenitor Sr. Gustavo Ríos Velásquez), en calidad de hermanos de la señora Martha Lucía Ríos Cortés, el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento del pago efectivo de la condena y que a valores del día de hoy representan cinco millones seiscientos sesenta y siete mil ($5.667.000,oo) pesos, para cada uno.

"**CUARTO:** Niéguense las demás pretensiones de la demanda.

"**QUINTO:** Sin condena en costas.

"**SEXTO:** Para el cumplimiento de la presente sentencia, se dará aplicación a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984)" (f. 288 a 289, c. ppl.).

I. ANTECEDENTES

1. El 26 de abril de 2011, los señores Martha Lucía Ríos Cortés (víctima), Fidernando Sigifredo Rosero Gómez (compañero permanente), Juan Diego Rosero Ríos, Michelle Andrea Ríos Ríos (hijos), Gustavo Ríos Velásquez (padre), Luz Stella, María Paula, Fernando, Fabián y Jairo Ríos Cortés, y Mayra Yiset y Gustavo Ríos Salgado (hermanos), obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios derivados de la privación de la libertad de que fue objeto la primera de los demandantes y que éstos califican de injusta.

Solicitaron que, en consecuencia, se condenara a la parte demandada a pagar indemnización, por concepto de perjuicios morales, de 200 s.m.m.l.v. a favor de

la víctima, 100 s.m.m.l.v. para el compañero, los hijos y el padre de aquélla y 50 s.m.m.l.v. para cada uno de sus hermanos. Por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la señora Martha Lucía Ríos Cortés solicitó $5'000.000 y, por lucro cesante, lo que dejó de percibir en el tiempo en que estuvo privada de la libertad, teniendo en cuenta que cuento fue capturada devengaba $800.000 mensuales.

Como fundamento de sus pretensiones, expusieron que Martha Lucía Ríos Cortés fue vinculada a un proceso penal que adelantaba la Fiscalía por los delitos de trata de personas y concierto para delinquir, proceso en el cual se dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra; no obstante, la investigación concluyó con resolución de preclusión, toda vez que el órgano investigador advirtió la atipicidad de la conducta reprochada. Según la parte demandante, la privación de la libertad de la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue injusta y, en consecuencia, el Estado tiene el deber de responder por los daños causados (f. 105 a 136, c. 1).

2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante auto del 12 de septiembre de 2011, y se notificó en debida forma a la parte demandada (f. 150 a 151 y 155 a 157, c. 1).

2.1. La Fiscalía General de la Nación se opuso a todas las pretensiones de la demanda e indicó que no era dable la declaratoria de responsabilidad en su contra, por cuanto, si bien la señora Martha Lucía Ríos Cortés permaneció privada de su libertad con ocasión de un proceso penal al cual fue vinculada y en el que posteriormente fue absuelta, dicha medida de aseguramiento se profirió en cumplimento de los deberes que le imponían la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, en tanto que debía asegurar la comparecencia de la acá demandante al proceso penal, el cual se inició con fundamento en una denuncia formulada en su contra; en consecuencia, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, en tanto que no se configuraron los elementos necesarios para declarar responsabilidad patrimonial a su cargo.

Agregó que si bien es cierto, de conformidad con la Ley 906 de 2004, es la Fiscalía la que solicita la imposición de la medida de aseguramiento al juez de control de

garantías, es éste quien analiza si se cumplen los requisitos para imponerla y, de acuerdo con ello, accede o no a la solicitud del órgano investigador; en consecuencia, como en este caso fue ese juez el que legalizó la captura e impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de la señora Marha Lucías Ríos Cortés, es la Rama Judicial la que debe ser llamada a responder por los perjuicios alegados. Con fundamento en esto, propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva.

De otro lado, alegó como excepción la "*culpa excluyente de un tercero*", pues la acá demandante resultó implicada en una investigación de carácter penal, como consecuencia de la incriminación que le hizo la señora Inés Elena Betancour Correa, quien la denunció ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (f. 159 a 168, c 1).

La Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial contestó la demanda y se opuso a cada una de las pretensiones, para lo cual aseveró, por un lado, que el proceso que soportó la señora Martha Lucía Ríos Cortés se tramitó de conformidad con las normas sustanciales y procedimentales vigentes y, por otro lado, que la medida de aseguramiento que se impuso en su contra respondió al material probatorio aportado por la Fiscalía, organismo encargado de dirigir la función investigativa y conducir a la verdad; así, aunque posteriormente la procesada fue dejada en libertad, la medida de detención fue legal y justa, teniendo en cuenta que, para ese momento, contaba con serios indicios de su participación en los delitos por los cuales fue denunciada.

Incoó la excepción de "*culpa excluyente de un tercero*" para lo cual adujo que la denunciante proporcionó información falsa y con fundamento en ésta se dio inicio a la investigación en la que la señora Ríos Cortés resultó privada de la libertad.

También exceptuó la acción en virtud de la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que consideró que la llamada a responder en este caso es la Fiscalía General de la Nación (f. 177 a 189, c. 1).

3. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto mediante auto del 16 de abril de 2012, corregido el 25 de mayo del mismo año, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 202 a 203, c.1, 205 a 207 y 217, c. 1-1).

3.1. La parte demandante y la Rama Judicial presentaron sendos escritos de alegatos de conclusión, en los que reiteraron los supuestos fácticos y los fundamentos jurídicos expuestos en la demanda y en la contestación de la misma, respectivamente (f. 219 a 239 y 240 a 246, c.1-1.).

3.2. La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Púbico guardaron silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 29 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos transcritos al inicio de esta providencia

De conformidad con el acervo probatorio, el Tribunal *a quo* encontró acreditado que la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue denunciada penalmente por ser considerada responsable de los punibles de trata de personas y concierto para delinquir y que, por consiguiente, la Fiscalía inició la investigación en su contra y solicitó, a la luz de la Ley 906 de 2004, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, petición que fue aceptada por el juez de control de garantías. Según el Tribunal, durante el trámite del proceso penal surgió un conflicto de competencias que, si bien no fue resuelto de fondo, sí fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de advertir que ese asunto debía someterse a las disposiciones de la Ley 600 de 2000, de manera que la medida de aseguramiento, al carecer de sustento jurídico, debió ser revocada; no obstante, la Fiscalía no procedió de conformidad con ello inmediatamente y sometió a la demandante a una privación injusta e ilegal de la libertad y posteriormente declaró la preclusión de la investigación, por atipicidad de la conducta.

Consideró que, en ese entendido, la Fiscalía General de la Nación debía responder por los perjuicios derivados de la detención de que fue víctima la señora Martha Lucía Ríos Cortés, pues se trató de una medida ilegal que ésta no debía soportar.

En cuanto a la responsabilidad que se le imputó en la demanda a la Rama Judicial, el Tribunal de primera instancia concluyó que no había lugar a declararla, pues, aunque fue el juez de control de garantías quien impuso la medida de aseguramiento, esa decisión respondió a que los elementos presentados por la Fiscalía así lo permitieron y, si bien posteriormente surgió la irregularidad procesal, ésta debió ser resuelta por la Fiscalía y no por la Rama Judicial; en consecuencia, el deber de reparación en este caso se irrogó con cargo al presupuesto, únicamente, de la Fiscalía General de la Nación (f. 218 a 289, c. ppl.).

Recurso de apelación

La Fiscalía General de la Nación formuló recurso de apelación, en el cual manifestó los motivos de su inconformidad con la decisión anterior y en el que señaló que no se reúnen los supuestos esenciales para estructurar responsabilidad a su cargo. Sostuvo que si bien es cierto que se inició una investigación penal en contra de la señora Martha Lucía Ríos Cortés y que solicitó, con fundamento en suficientes evidencias de su participación en conductas delictivas, la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, ello no es un factor determinante para adjudicarle el deber de resarcimiento por privación injusta de la libertad, pues es al juez de control de garantías a quien, de forma exclusiva, le corresponde valorar las pruebas y adoptar la decisión a que haya lugar. En esos términos, aseveró que, de concluirse que se configura la obligación de reparar perjuicios a cargo del Estado, éste debe ser asumido por la Rama Judicial (f. 302 a 310, c. ppl.).

III. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Fracasada la audiencia de conciliación llevada a cabo el 4 de marzo de 2013, el Tribunal Administrativo de Risaralda concedió el recurso de apelación, el cual fue

admitido en esta Corporación el 20 de junio de ese mismo año. El 8 de agosto siguiente, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 333 a 334, 339 y 341, c. ppl.).

1. En el traslado para alegar de conclusión, la Fiscalía General de la Nación reiteró *in extenso* los argumentos sobre los cuales estructuró el recurso de apelación (f. 342 a 351, c. ppl.).

2. La parte demandante, la Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio (f. 351-A, c. ppl.).

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación, toda vez que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia y con el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008[1], de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

2. Oportunidad de la acción

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos[2], la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.

---

[1] Expediente 2008 00009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[2] Ley 446 de 1998 del 7 de julio de 1998.

En los eventos en los que se alega la privación injusta de la libertad como fuente del daño indemnizable, esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa inicia desde el momento en el cual el sindicado recupera la libertad o queda ejecutoriada la providencia que determina la absolución de responsabilidad penal a favor del procesado o la preclusión de la investigación -lo último que ocurra-, en el entendido de que es en esas oportunidades cuando se hace antijurídica la situación de quien ha sido privado de la libertad[3].

La providencia por medio de la cual se declaró la preclusión de la instrucción adelantada en contra de la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue proferida el 30 de marzo de 2010[4] y quedó ejecutoriada el 20 de abril de ese año[5], de manera que la oportunidad para formular la acción de reparación directa fenecía el 21 de abril de 2012. Así y dado que la demanda de reparación directa fue instaurada el 26 de abril de 2011, no hay duda de que ello ocurrió dentro del término de ley.

3. Evolución jurisprudencial del régimen de responsabilidad aplicable a asuntos de privación de la libertad

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, regla que se expresa en los siguientes términos:

> "ART. 90-. **El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión** de las autoridades públicas.
>
> "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste" (se resalta).

Esta cláusula general de responsabilidad trajo como consecuencia, a todas luces, la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo la

[3] Entre otras, sentencias del 14 de febrero de 2002 (expediente 13.622) y del 11 de agosto de 2011 (expediente 21.801).
[4] F. 229 a 261, c. 1-A.
[5] F. 278, c. 1-A.

égida del concepto de daño antijurídico[6]. El Consejo de Estado ha definido el daño como el menoscabo o detrimento de un interés jurídicamente tutelado, al tiempo que ha entendido que es antijurídico cuando no existe el deber de soportarlo, circunstancia de la cual surge su naturaleza de resarcible.

Emerge, entonces, para quien se considere afectado o dañado con una acción u omisión de la administración, el deber de demostrar que el daño por el que reclama tiene la connotación de antijurídico; una vez estructurado éste, se podrá analizar la posibilidad de su imputación o no al Estado, conforme a los términos del artículo recién transcrito.

Dicho lo anterior, puede sostenerse que en aquellos eventos en los que una persona es injustamente privada de la libertad, en virtud de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y, por ende, sufre un daño antijurídico, no hay duda de que el Estado debe responder patrimonialmente a la luz de dicho postulado constitucional y de las disposiciones contenidas en la Ley 270 de 1996[7], que establecen:

> "ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.
>
> "En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.
>
> "(…)
>
> "ARTÍCULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

---

[6] Concepto que fue refrendado por la Corte Constitucional en la sentencia C-333 de 1996, así: "… *coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces 'la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual'*[6]*. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 'es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátese de la responsabilidad contractual o de la extracontractual'.*
"4- Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas la situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado".

[7] La Ley 270 de 1996 entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

Respecto de las normas transcritas, la Sala ha considerado en varias oportunidades que cuando una persona privada de la libertad es absuelta porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o éste no lo cometió el sindicado, o este último queda libre en aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación por demostrarse alguna causal de exoneración de responsabilidad penal[8], se configura un evento de detención injusta y, por tanto, procede la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

Frente al primero de los casos, esto es, a la absolución del sindicado porque el hecho no existió, la Sección Tercera -Subsección B- de esta Corporación, en sentencia del 29 de marzo de 2012, echó mano de dicha postura, de la siguiente manera:

> "26. No olvida la Sala que en casos como el presente, como ya se dijo, surge la responsabilidad objetiva de la entidad demandada, toda vez que se configuró una de las tres circunstancias consagradas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistente en que **el hecho no existió**, pues así de manera expresa lo manifestó el fiscal en la providencia en la que resolvió precluir la investigación, por considerar que **no hubo fraude al fisco con ocasión del contrato de obra pública** ejecutado por el señor …, sin que por otra parte, se haya configurado la causal exonerativa de responsabilidad contemplada en el artículo 414 del C.P.P., consistente en el dolo o la culpa grave del mismo detenido y tampoco resulta procedente la aplicación de los artículos 67 y 70 de la Ley 270 de 1996, como lo sostuvo la Nación - Rama Judicial, en el sentido de que el demandante incurrió en culpa exclusiva por no haber interpuesto en la actuación penal los recursos que tenía a su disposición, puesto que la referida ley no resulta aplicable en el presente caso, toda vez que fue posterior a los hechos"[9] (se resalta).

De igual forma, en sentencia del 12 de febrero de 2014, la Subsección B señaló:

> "De conformidad con el conjunto probatorio antes descrito, la Subsección encuentra que el señor … fue privado de su derecho fundamental a la libertad desde el 30 de abril de 1996, hasta el 7 de abril de 1997, por la supuesta comisión en el (sic) delito de secuestro de personas, (sic) no obstante, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó la providencia a través de la cual la Dirección Regional de Fiscalías de Oriente precluyó la investigación penal a favor del señor …, debido a que **no encontró en el expediente pruebas acerca de la real o**

[8] Sean las dispuestas en el artículo 29 del Decreto Ley 100 de 1980 (derogado Código Penal) o en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) según el caso .
[9] Expediente 16.448.

> **efectiva consumación material del ilícito objeto de investigación**, ni en relación con la responsabilidad penal del ahora demandante, circunstancias que, por sí solas, constituyen uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad –que el sindicado no cometió el delito–, según los precisos términos de la Ley 270 de 1996.
>
> "A juicio de la Sala, la sentencia impugnada amerita revocarse, toda vez que (sic) de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia en punto de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de sus habitantes, en este proceso la entidad (sic) demandada Fiscalía General de la Nación sí está llamada a responder patrimonialmente por el daño antijurídico causado a la parte actora.
>
> "En efecto, se probó que el señor … fue privado de su libertad y vinculado a un proceso penal por su supuesta autoría en el punible de secuestro de personas, pero posteriormente, a través de decisión calendada el 26 de febrero de 1998, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó el proveído del 7 de abril de 1997, por medio de la (sic) cual la Dirección Regional de Fiscalías de Oriente precluyó la investigación penal a favor del señor … por cuanto consideró que ' … *en aplicación de racionalidad y lógica jurídica, se entiende que* ***tal secuestro nunca se efectuó****, y como consecuencia de éste* (sic) *resultado, que en manera alguna se pueda someter aún más a juicio de reproche la conducta del procesado* …'.
>
> "Por consiguiente, la Sala estima que le asiste responsabilidad patrimonial a la parte demandada con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, dado que al ahora demandante se le causó un daño antijurídico, el cual le resulta jurídicamente imputable a la Nación, únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención para que opere dicha responsabilidad, tal como reiteradamente lo ha sostenido la Corporación"[10] (se resalta).

Así mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha ordenado la reparación de perjuicios a favor del sindicado, cuando éste ha sido absuelto de responsabilidad penal por encontrarse que <u>la conducta investigada no constituía delito alguno</u>. Uno de esos casos fue resuelto en pronunciamiento del 13 de febrero de 2013 proferido por la Subsección A, así:

> "5. El 9 de julio de 1997, el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés, luego de analizar el material probatorio, **absolvió de todos los cargos imputados al procesado**, señor …, con fundamento en las siguientes consideraciones:
>
> > '(…)
> >
> > 'La falsedad ideológica en documento público que hipotisa (sic) como delito el artículo 219 del Código Penal es punible de sujeto activo calificado (sic) en cuanto solo puede ser cometido por empleado oficial en ejercicio de sus funciones. El acusado … no tenía

[10] Expediente 33.550.

> la condición de empleado oficial el día nueve (9) de noviembre de mil novecientos noventa (1990) (sic) tal y como se estableció mediante certificación emanada de la Jefatura de la División de Servicios Administrativos de la Intendencia de San Andrés, … luego **no le es atribuible este punible por haber rendido un informe de contenido que no concordó con la verdad, dado que la única falsedad que un particular puede cometer en documento oficial es la material y no es este el caso que se ha debatido**.
>
> 'Siendo netamente objetivas las razones que demuestran la **no** (sic) **concurrencia de causales de responsabilidad en el acusado** frente a los punibles a los que se ha venido aludiendo, esta circunstancia relevaría al despacho de pronunciarse con respecto al rubro denominado 'pobres de solemnidad'. (sic) Sin embargo, no está por demás señalar que dicho rubro no fue objeto de reglamentación, que es un fondo difuso al que la costumbre de las distintas administraciones intendenciales denominó en veces con nombres distintos y venía siendo utilizado con fines altruistas de servicio a la comunidad cuando la estrechez económica del solicitante para desplazarse a otra localidad así lo aconsejaba y previo el lleno de algunos requisitos, sin que al aporte de pasajes se le diera connotación de un verdadero auxilio, constituyendo (sic) por lo mismo (sic) a juicio del despacho, un hecho desprovisto de la intención de despilfarrar los haberes patrimoniales de la administración'
>
> "En línea (sic) con lo expuesto, la Sala concluye que la actuación adelantada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena constituyó el factor determinante para que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor … resultara injusta, en los términos prescritos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por cuanto, luego de un análisis detallado de las pruebas recaudadas en el proceso penal, el Juez de conocimiento decidió absolver al procesado, con fundamento en claras razones que dieron cuenta de la ausencia de responsabilidad y de que su conducta no estaba tipificada como un hecho punible"[11].

En pronunciamiento del 30 de junio de 2016, la Sección Tercera -Subsección A- resolvió un caso similar, en los siguientes términos:

> "Finalmente, se encuentra probado que (sic) a través de providencia proferida el 29 de noviembre de 2001, la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Especializados de Cúcuta precluyó la investigación a favor de la señora Fanny Esther Torrado Barriga, con fundamento en lo siguiente:
>
> > 'Las testimoniales de … personas que son del condominio del edificio donde habita la procesada son contestes en afirmar que conocen desde hace más de 8 años a los esposos …, **sin que hayan observado a personas extrañas visitar su apartamento y menos aún a** (sic) **realizar transacciones ilícitas sobre armas y municiones'**.

[11] Expediente 25.698.

> **'La dependencia del Sr. General … justifica la tenencia del material incautado a la procesada cuando manifiesta que durante su permanencia como Comandante del Grupo Mecanizado Maza pudo suministrar tales municiones a dicha familia, habida cuenta, de las relaciones que esta familia mantenía con el Grupo Maza y en ese caso con él como comandante de turno**'.
>
> 'Así las cosas, **se tiene que las conductas punibles imputadas a la señora … adolecen de atipicidad por faltar el elemento culpabilidad, habiendo quedado demostrado que el material que en principio se tuvo como la materialización de la conducta punible fue adquirido legalmente, de buena fe y sin la intención de adelantar sobre él actividades violatorias del interés jurídicamente tutelado de la SEGURIDAD PÚBLICA, razón por la cual … habrá de calificarse el mérito investigativo de la presente mediante una decisión preclusoria**'.

"Como se observa de los apartes transcritos de la providencia, la preclusión de la investigación a favor de la señora … respecto del delito de tráfico de municiones para armas de defensa personal se fundamentó en que la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Especializados de Cúcuta encontró que la conducta desplegada por la hoy demandante no constituía un hecho punible *–atipicidad-*.

"(…)

"Así las cosas, las circunstancias descritas evidencian que la señora … fue privada de su derecho fundamental a la libertad, en un primer momento mediante detención preventiva en centro carcelario –desde el 13 de abril de 1999 hasta el 18 mayo de la misma anualidad– y, posteriormente, a través de detención domiciliaria –desde el 18 de mayo de 1999 hasta el 25 de junio del mismo año–, lo que configuró para ella y también para sus familiares un verdadero daño antijurídico, toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación a su libertad, impuesta en razón de las actuaciones desplegadas por la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que, necesariamente, comprometió la responsabilidad de dicha entidad (sic), en aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política"[12].

Lo mismo ha resuelto la Subsección B de esta Sala cuando la cesación del proceso penal ha obedecido a la prueba de la inocencia del investigado, por cuanto se estableció que él no cometió el delito imputado.

Al respecto, ha sostenido:

> "17. En el **caso concreto**, se discute si el señor … fue víctima de una privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta que la providencia del 23 de mayo de 2002, proferida por la Fiscalía Primera de la Unidad de Vida precluyó la investigación a favor del demandante con fundamento en que no había cometido la conducta. La Sala considera que, de acuerdo con los criterios vigentes precedentemente anotados, en el *sub*

[12] Expediente 40.475.

> *judice* se encuentran acreditados los supuestos necesarios para la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada por la privación injusta de la libertad de … Dentro del expediente se probó el daño antijurídico, el cual consistió en la detención por el término de 4 meses y 5 días en cumplimiento de la orden impartida por la fiscalía, al término (sic) de los cuales el ente instructor profirió preclusión de la investigación (sic) comoquiera que el procesado no había cometido la conducta. Por su parte (sic) la accionada no logró demostrar la existencia de una causal eximente de responsabilidad que permitiera exonerarla de su obligación de reparar los perjuicios causados a la demandante.
>
> "18. La responsabilidad patrimonial por el daño causado a los demandantes es imputable a la Nación–Fiscalía General de la Nación, pues fue en virtud de las actuaciones de éste (sic) organismo que, actuando en nombre de la Nación, generó el hecho dañoso, consistente en la privación de la libertad del señor …"[13].

En sentencia del 30 de marzo de 2016, la Sección Tercera, a través de su Subsección A, se pronunció sobre el particular, así:

> "… el Fiscal de conocimiento revocó la medida de aseguramiento impuesta en contra de la señora …, por considerar que no existían pruebas que involucraran su responsabilidad, esto es, que en el proceso penal se demostró que la demandante no cometió los respectivos delitos, circunstancia que, por sí sola, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad.
>
> "(…)
>
> "Así las cosas, dadas la (sic) circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que la aquí demandante no estaba en la obligación de soportar la restricción de su libertad, de ahí que deba calificarse como antijurídico el daño irrogado por este (sic), circunstancia que, necesariamente, comprometió la responsabilidad de dicha entidad (sic), en aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política, razón por la cual la Sala confirmará la decisión apelada en lo que a este punto concierne"[14].

Ahora, en aquellos casos en los que el proceso penal termina por aplicación del principio de *in dubio pro reo,* el Consejo de Estado ha dado el mismo tratamiento.

Así se ha pronunciado esta Sala, a través de la Subsección C:

> "4. Trazado el anterior panorama, para la Sala es claro que el asunto *sub examine*, (sic) debe ser analizado desde la perspectiva del título de imputación objetivo, como quiera que el supuesto fáctico que se debate, (sic) se enmarca en las puntuales hipótesis que dan lugar a resolver la controversia a partir de allí.

[13] Sentencia del 29 de septiembre de 2015 (expediente 38.813).
[14] Expediente 39.207.

"Conforme a las pruebas allegadas al proceso, se encuentra demostrado que el señor … estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 1° de octubre de 1993 y el 21 de noviembre de 1994, como presunto autor del delito de homicidio. Así mismo, está probado que al proceso punitivo se le puso punto final mediante absolución, como quiera que, en criterio de la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, las pruebas recaudadas no brindaban certeza de su participación en la comisión del delito, para lo cual tuvo en cuenta el principio del *in dubio pro reo*.

"En el caso concreto, la absolución decretada a favor de … es suficiente y torna en inequívoca la aplicación de la consecuencia jurídica de la privación de la libertad, esto es, la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandas (sic) por enmarcarse la detención en uno de los supuestos señalados.

"Así las cosas, es incuestionable que en el presente caso el título de imputación del daño debe ser el objetivo, conforme (sic) lo expuesto, ya que (sic) según se desprende de las consideraciones en las que se fundamentó el fallo absolutorio, existió duda sobre la participación efectiva de … en los hechos de los que se le sindicó, que no se logró despejar, toda vez, (sic) que el recaudo probatorio, tanto a favor como en contra del demandante, no brindó certeza al juzgador de la participación en el acto delictivo, es decir, que al juzgador le asistió una duda razonable, ineliminable lógica y antológicamente (sic), que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

"Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que, (sic) la privación de la libertad se originó en el proceso penal seguido en contra de …, en el que se le absolvió en virtud de la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, sin que exista, además, ningún tipo de causa extraña que impida la atribuibilidad (sic) fáctica, como el hecho de un tercero, el hecho exclusivo de la víctima, o un evento de fuerza mayor"[15].

En otro fallo, la Subsección B anotó:

"En relación con la imputabilidad del daño a la Fiscalía General de la Nación, para la Sala es claro, de acuerdo con el contenido de la providencia de absolución, que las pruebas recaudadas en la actuación penal no ofrecieron certeza sobre la participación del entonces sindicado en los hechos, esto es, no se logró demostrar que el señor … ejecutara la conducta que se le imputó, lo que equivale a señalar que el esfuerzo probatorio de la Fiscalía en ese sentido fue insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al sindicado.

"Ahora bien, la Fiscalía General de la Nación alegó haber procedido según las normas constitucionales y legales que reglamentan su función. Al respecto, la Sala se permite reiterar que para la procedencia de la reparación por privación injusta de la libertad no es necesaria la demostración de que la autoridad judicial incurrió en algún tipo de error. A la víctima le basta con probar que contra él se impuso una medida

[15] Sección Tercera, sentencia de 31 de enero de 2011 (expediente 18.452).

> privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con una decisión favorable a su inocencia y que se le causó un perjuicio con ocasión de la detención. Demostrados esos hechos, surge a cargo del Estado la obligación de indemnizar los daños sufridos por la persona privada de la libertad y por los demás damnificados, a menos que este logre acreditar que la víctima obró con dolo o culpa grave.
>
> "Esta regla se sustenta en la constatación de que la persona, por el hecho de vivir en comunidad, no está obligada a soportar una carga tan lesiva de sus derechos fundamentales y, en general, a su proyecto de vida, como la privación de la libertad, sin recibir a cambio algún tipo de compensación...
>
> "(…)
>
> "En virtud de lo anterior, dado que el señor … fue privado de la libertad mientras que el Estado, a través de su aparato investigativo, averiguaba su presunta autoría o participación en una conducta punible, debe ser compensado, por cuanto se le impuso una carga mayor a la que asume el promedio de los ciudadanos"[16].

Igualmente, la Sección Tercera ha precisado que el daño también podía llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad sea exonerada por razones distintas a las de aquellas tres hipótesis. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia del 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad. Sobre el particular, la providencia aludida señaló:

> "(…) Encuentra igualmente acreditado la Sala que dicha detención fue injusta, en consideración a que, como se explicó, al señor … le fue precluida la investigación adelantada en su contra, mediante providencias del 11 de mayo y del 26 de diciembre de 1994. (sic) En efecto, (…) respecto de los delitos de omisión de informe y favorecimiento, se afirmó que el acusado actuó bajo una causal eximente de responsabilidad como es el estado de necesidad, que excluye la culpabilidad del acusado, lo que permite concluir que la privación (sic) fue injusta y que la víctima debe ser indemnizada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política"[17].

Ahora, en torno a la privación injusta de la libertad varias han sido las líneas jurisprudenciales de la Sección Tercera de esta Corporación.

---

[16] Sección Tercera, sentencia de 1° de junio de 2017 (expediente 43.294).
[17] Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente 15980.

Una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados[18]. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención[19].

Una segunda línea entiende que cuando se da la absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa[20]. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en los casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter "*injusto*" e "*injustificado*" de la detención[21].

En el marco de esta segunda línea jurisprudencial, que se dio en vigencia del artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), se entendió que tal norma (el artículo 414) contenía dos preceptos[22]: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que "*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios*", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad estatal por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requería su demostración, bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada

[18] Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992 (expediente 7058).
[19] Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994 (expediente 8666).
[20] Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994 (expediente 9391).
[21] Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1995 (expediente 10056).
[22] RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán: "Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.

como punible-, los cuales, una vez acreditados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*[23].

Es decir, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de *in dubio pro reo* o alguna causal de justificación penal[24], sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

En otras palabras, en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo,* o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, esta Corporación entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución

[23] Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 1997 (expediente 11754).
[24] Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

Política; no obstante, también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida "injustamente" (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Ahora, si el daño es causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 el Estado queda exonerado de responsabilidad[25].

También ha precisado la Sección que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en casos de privación de la libertad, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política[26].

Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que rige, hoy por hoy, en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con especial énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354).

4. Acerca de los argumentos unificados en la sentencia del 17 de octubre de 2013.

4.1. Régimen de responsabilidad patrimonial radicado en el artículo 90 de la Constitución Política.

En aquella oportunidad, la Sala señaló, entre otras cosas, que no es posible sostener que un precepto de carácter infraconstitucional (haciendo referencia al derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) limite el alcance del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado contenido en el artículo 90 de la Carta Política; no obstante, asintió la posibilidad de que una norma de dicha categoría legal precise los postulados constitucionales. Así lo dijo esta Sección:

---

[25] Ver, por ejemplo, sentencia del 9 de mayo de 2012 (expediente 22.569) y sentencia del 1° de febrero de 2016 (expediente 41.046).
[26] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012 (expediente 24.688).

"**a.** En primer lugar, debe la Sala resaltar, respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal, hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; (sic) éste constituía un referente normativo cuya existencia bien puede decirse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido ─en vigencia del citado artículo 414─ y debe en la actualidad ─incluso al amparo de lo normado por los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, según más adelante se indicará─, centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública ─adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia─, únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.

"El fundamento de la responsabilidad del Estado en estos eventos, por tanto, no debe buscarse ─al menos no exclusivamente─ en preceptos infraconstitucionales que pudieren limitar o restringir los alcances de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 superior.

"Tal fue el argumento que la Sala, indiscutidamente, acogió con el propósito de justificar tanto la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en eventos diversos de los contemplados expresamente en el citado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ─como, por ejemplo, en los casos en los cuales se produce la exoneración de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ya citados, o en aquellos en los que la medida privativa de la libertad resulta diferente de la detención preventiva, verbigracia, la caución prendaria[27]─ frente a supuestos ocurridos aún en vigencia de dicha disposición, como, más significativo aún, también con el fin de puntualizar el alcance de interpretaciones restrictivas de la mencionada cláusula general de responsabilidad estatal.

"Por tal razón, la Sección Tercera de esta Corporación entendió y ahora reitera que la obligación del intérprete es la de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, con apoyo en los principios y disposiciones constitucionales que les sirven de fundamento y orientación.

---

[27] En este sentido, la Sala ha sostenido lo siguiente:
"La garantía a los derechos de libertad consignada en el artículo 90 C.P. en consonancia con otros mandatos fundamentales no puede verse reducida a la detención injusta, pues ello implicaría que muchas situaciones fuente de responsabilidad estatal no fueran objeto de indemnización en abierto desconocimiento de dicha preceptiva constitucional.
"En otros términos, la regulación prevista en el citado artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal a pesar de estar dirigida concretamente a normativizar los casos de detención injusta, sirve también como parámetro para definir la injusticia de otras medidas de cautela adoptadas dentro del trámite del juicio penal, y que igualmente pueden desencadenar la causación de un daño que se revela antijurídico ante la falta de responsabilidad del implicado, derivada de que no cometió el hecho, o de que el hecho no era delito, o de que el hecho no existió, daños que merecen la tutela jurídica del ordenamiento, tal y como lo ordena el artículo 90 Constitucional arriba analizado" (Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de marzo de 2008, radicación 73001-23-31-000-1997-05503-01 -16075-, Actor: Álvaro Delgado Cruz, demandado: Nación-Consejo Superior de la Judicatura-Fiscalía General de la Nación).

> "No resulta constitucionalmente viable ni argumentativamente plausible, en consecuencia, sostener que un precepto con fuerza de ley ─como el Decreto 2700 de 1991, concretamente en su artículo 414─ pudiere contar con la virtualidad necesaria para restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados directamente desde el artículo 90 de la Carta Política, pues (sic) según lo han señalado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, ***mas no limitados***, por una norma infraconstitucional[28]; en otros términos y *'[E]n* (sic) *definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución,* (sic) *interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene'*[29], (sic) por consiguiente, ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni alguna otra disposición de naturaleza legal podría constituir el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales dispositivos legales podrían precisar, pero de ninguna manera limitar y menos reemplazar la eficacia directa, vinculante y preferente de los dictados que contiene el artículo 90 de la Constitución Política".

En esta ocasión, la Sala no se contrapone a los argumentos expuestos en la transcrita sentencia y más bien confirma la imposibilidad de otorgar o reconocer virtualidad jurídica a un precepto de carácter legal para limitar supuestos contemplados en la Constitución Política; de hecho, reitera dicha postura jurisprudencial, al tiempo que ratifica que, en todo caso, tales supuestos sí pueden

---

[28] "La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo demás, así lo explicitó, de manera rotunda, en pronunciamiento posterior a la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996 -sentencia C-333 del 1° de agosto de 1996, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero-, en el cual dejó claro que, frente a las previsiones legales que regulen la responsabilidad del Estado, siempre puede -y debe- ser aplicado, directamente -cuando sea necesario-, el artículo 90 de la Constitución, como pilar fundamental del régimen colombiano de responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas. Las disposiciones contenidas en normas infraconstitucionales que regulen la materia no excluyen, por tanto, la posibilidad -que es, al mismo tiempo, obligación- de que el juez de lo Contencioso Administrativo aplique todos los regímenes de responsabilidad que encuentren arraigo directo en el artículo 90 constitucional, en todos los casos, asimismo, encuadrables directamente en el tantas veces referido mandato superior.
"En tales circunstancias, y conforme a todo lo anterior, se concluye que frente a la norma impugnada [que lo era el artículo 50 de la ley 80 de 1993, de conformidad con el (sic) *cual 'Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas'] son totalmente pertinentes las reflexiones efectuadas por la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 65 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*
"(…)
"Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo" (se deja destacado).

[29] Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2.007, radicación 20001-23-31-000-3423-01, expediente 15.463, antes citada. En el mismo sentido, puede verse la sentencia, también de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 5 de diciembre de 2007, radicación 25000-23-26-000-1995-00767-01 (15128).

ser precisados y aclarados por el legislador, como ocurre -a juicio de esta Sala- a la luz de los postulados del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, según el cual:

> "Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".

Pero no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera:

> "… **se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad** y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, **procedería en forma automática la reparación de los perjuicios**, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, **debe contemplarse** dentro de los parámetros fijados y teniendo **siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención**" (se resalta).

De modo que no basta demostrar que no hubo condena en el proceso penal, sino que es necesario ir más allá, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, para determinar, entre otras cosas, si el daño padecido con la privación de la libertad fue o es antijurídico o no.

En todo caso, al hacer el análisis respectivo debe tenerse presente que, como ni la Constitución ni la ley han establecido un título jurídico de imputación, la jurisdicción administrativa ha dado cabida a la utilización de diversos títulos para la solución de los casos propuestos a su consideración, de modo que bien puede el juez utilizar, en aplicación del principio *iura novit curia* y en consideración a la situación fáctica a decidir, el título de imputación que mejor convenga o se adecúe al caso concreto; por ello, en sentencia de 19 de abril de 2012 (expediente 21.515), esta Sala unificó su posición en el sentido de indicar que:

> *"En lo que refiere al derecho de daños … el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la*

decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos 'títulos de imputación' como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

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

4.2. Responsabilidad objetiva. Autonomía del Juez.

Continuando con los argumentos esgrimidos por la Sección Tercera[30] para adoptar la posición jurisprudencial que se modifica en esta sentencia, la Corporación señaló, en esa oportunidad, lo siguiente:

"**b.** En línea (sic) con lo anterior, para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto *sine qua non* exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, (sic) refleja cierta tendencia ─equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala─ a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado ─previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional─ con los de la responsabilidad personal de sus agentes ─consagrados en el inciso segundo *ídem*─, de suerte que (sic) con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige (sic) para la declaratoria de la responsabilidad del primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos.

"Lo anterior si se tiene en cuenta que la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política impone diferenciar, necesariamente, entre los presupuestos de la responsabilidad patrimonial **del Estado** por razón del daño antijurídico imputable a la acción u omisión del poder jurisdiccional, de un lado y los presupuestos de la responsabilidad **personal del agente judicial**, de otro, habida cuenta de que aquellos y éstos divergen sustancialmente; (sic)

[30] Sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354).

ese deslinde se torna imprescindible con el propósito de no limitar el sentido lógico y las condiciones de operatividad de cada uno de los referidos ámbitos de responsabilidad, pues tratándose del primero de ellos —el juicio de responsabilidad al Estado— no resulta constitucionalmente válido, según se ha expuesto, introducir restricciones sustanciales al alcance de la cláusula general de responsabilidad, con desmedro de la adecuada protección de las víctimas del daño antijurídico.

"De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué que (sic) no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error jurisdiccional o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria la (sic) ley **para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona**, puesto que a tal efecto **lo único que se hace menester, atendiendo a los (sic) preceptuado por el** varias veces mencionado **artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva.**

"Lo anterior resulta igualmente predicable de aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más aún si se tiene en cuenta que en la mayor parte de tales casos, lo que se apreciará es que las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo resultan rigurosamente ajustadas a Derecho. Empero, la *injusticia* de la privación de la libertad en éstos (sic) —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al (sic) afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.

"**c.** Como corolario de y en estrecha conexión con lo expuesto, **resulta relevante** igualmente **destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de responsabilidad penal como resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin sustento en o sin referencia a yerro, falla o equivocación alguna** en la cual hubieren incurrido la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, **con base en un régimen objetivo de responsabilidad, en modo alguno torna más gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s) que hubieren intervenido en la actuación del Estado** —y que, por ejemplo, hubieren sido llamados en garantía dentro del proceso iniciado por la víctima del daño en ejercicio de la acción de reparación directa—, **como tampoco coarta o dificulta el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación o a la Jurisdicción Penal** en cuanto que con ello supuestamente se estuviere atentando contra la autonomía e independencia de los jueces penales o de los fiscales y contra la facultad de los mismos para recaudar

> elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas que amerita la comisión de hechos punibles.
>
> "Ello con fundamento en los efectos y en las consecuencias que se desprenden de la anotada distinción entre los presupuestos que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado y los que determinan la responsabilidad personal del agente judicial, comoquiera que ésta última solamente se verá comprometida, de conformidad con lo normado por el inciso segundo del artículo 90 constitucional, cuando el funcionario judicial obre prevalido de dolo o de culpa grave, cosa que en principio no tiene por qué (sic) ocurrir en los supuestos en los cuales la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona se declara a pesar de que el desenvolvimiento del proceso penal, en el caso concreto, no merezca reproche alguno en punto de su conformidad a Derecho" (se resalta).

De este aparte de la sentencia de octubre de 2013, resulta evidente que la Sección Tercera de esa época consideró que no necesariamente se debía realizar un análisis de una falla constitutiva de error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, en el marco de los asuntos de privación de la libertad que culminan con una decisión judicial diferente a la sentencia condenatoria, sea cual fuere el sustento fáctico y, en su lugar, estimó suficiente la acreditación del daño, esto es, la privación de la libertad; no obstante, dicho planteamiento se exhibió en esa sentencia como regla general que admitía la posibilidad de que, en asuntos particulares, concurrieran elementos que permitieran declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio[31]. La misma tesis o planteamiento encontró justificación en que, de efectuarse aquél análisis, sería menester determinar si el agente del Estado incurrió en culpa grave o dolo, lo cual conduciría a confundir la responsabilidad patrimonial de la Administración con la que le asiste a título personal al funcionario. Esta posición, sin duda, merece los siguientes comentarios:

1. Se trata de una tesis jurisprudencial que contrae su análisis a que se verifique de forma llana la existencia del daño (la privación de la libertad) y que, por consiguiente, escinde o desnaturaliza los elementos en los que se estructura la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, teniendo en cuenta que relega por completo la necesidad de que se conciba y se demuestre la antijuridicidad de aquél (del daño), aun cuando este presupuesto, en los términos del artículo 90 superior y del artículo 68 de la ley 270 de 1996, se torna

[31] Ver intra, página 60 (literal j).

imprescindible para que surja la obligación de reparar, por parte de la administración, los perjuicios ocasionados en asuntos de privación injusta de la libertad.

Entonces, con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.

2. Al margen de que para decidir un caso concreto se emplee o no el régimen de la falla del servicio, lo cierto es que el supuesto del cual se partió en la providencia que se comenta resulta cuestionable, teniendo en cuenta que no se aviene a la realidad aseverar que el juicio de responsabilidad subjetivo supone, *per se,* un reproche también subjetivo de la conducta del agente del Estado, pues, aunque una condena de contenido patrimonial en contra de la administración se sustente en dicho régimen, lo cierto es que la falta debe ser predicable en tal caso respecto del Estado -entendido como un ente abstracto- y ésta (la falta) no necesariamente deviene siempre de una actuación dolosa o gravemente culposa del funcionario público, ni mucho menos implica un prejuzgamiento del agente. Cosa distinta es que llegue a considerarse que la falla en el servicio pudo obedecer a un comportamiento indebido del funcionario, caso en el cual esto será debatido y definido dentro de otro litigio independiente o, gracias a la figura del llamamiento en garantía, en el mismo en que se decide sobre la responsabilidad de la administración.

Así las cosas, comoquiera que no es plausible afirmar que un juicio de responsabilidad de carácter subjetivo en asuntos de privación de la libertad

tiende a confundirse con un juicio de responsabilidad personal del agente, pues lo mismo habría de concluirse en todos aquellos casos llamados a ser resueltos bajo el régimen subjetivo de responsabilidad -lo cual no debe ocurrir-, no puede, por consiguiente, emplearse dicha aserción como herramienta o argumento para condicionar la aplicación e interpretación del artículo 90 superior, como se hizo en la sentencia del 17 de octubre de 2013.

3. En cuanto a la autonomía e independencia que se debe predicar frente a los funcionarios judiciales, ha de decirse que, si se observa detenidamente el escenario en el que el agente judicial debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona, lo dicho en los últimos párrafos atrás transcritos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquél (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales –sea el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta la posibilidad de que se repita en contra suya, esto es, de quien impuso a medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

Surge así a simple vista que la imputación de responsabilidad al Estado en ambos casos es inaceptable, pues es evidente que en alguno de ellos ésta será injusta, ante lo cual debe ponerse de presente que también aquél tiene derechos que igualmente le deben ser protegidos, cosa que no sucede cuando la conclusión es que debe responder patrimonialmente y de manera inevitable tanto por la imposición de la medida como por no imponerla.

En relación con esto último, recuérdese que si el agente omite cumplir o se extralimita en el cumplimiento de sus funciones, la administración queda en el

deber de responder, de conformidad con el artículo 6 de la Constitución Política, a lo cual se agrega que aquél, es decir, el agente estatal también responde si en la producción del daño antijurídico así causado él ha obrado de manera dolosa o gravemente culposa.

4.3. El principio de presunción de inocencia

La postura hoy vigente de la Sala también se edificó sobre el principio de la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

> **"d.** Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el *sub examine*, radicado (sic) en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde (sic), ni más ni menos, que a **la presunción constitucional de inocencia**, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar —injusta y antijurídicamente— quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad.
>
> "Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado –cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)[32]– el propio Estado lo debe

[32] "Al respecto, se ha sostenido lo siguiente: *'La Sala no pasa por alto la afirmación contenida en la providencia del Tribunal Nacional que hizo suya el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la conducta de los implicados no aparecería limpia de toda 'sospecha', pues entiende, que frente a la legislación procesal penal colombiana, la sospecha no existe y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.*
'(…)
'La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de 'sospechoso' y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, (sic) *que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.*
'(…)
'Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por (sic) *supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio In dubio pro reo. Pero lo que si* (sic) *debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación*(sic) *de las personas, pues* (sic) *se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer.*

> tener como inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrársele anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado".

El anterior argumento pierde fuerza en tanto que el principio de la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva. Veamos: por un lado, la imposición de esta clase de medida busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso (como lo admite el ordenamiento jurídico)[33] y, por otro lado, aquel principio sólo resulta desvirtuado una vez se agotan los trámites propios del proceso penal, mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, "*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*", garantía refrendada en tratados internacionales ratificados por Colombia como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en el artículo 8, dispone que "*toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*", y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe que "*toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley*" (artículo 14.2).

Entonces, como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, "*la detención preventiva no se reputa como pena*"- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal

---

Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución' (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves)".

[33] Artículo 250 de la Constitución, artículo 355 de la Ley 600 de 2000 y numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004.

como lo ha sostenido la Corte Constitucional, dado que esa presunción se mantiene intacta mientras a la persona investigada *"no se le haya declarado judicialmente culpable"* (art. 29 C.P.), esto es, *"mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"* (Convención Americana sobre Derechos Humanos) o, lo que es lo mismo, *"mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*[34], a pesar de lo cual es válidamente posible limitarle su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 28[35]) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual Código de Procedimiento Penal): en efecto, en sentencia C-689 de 1996, al decidir sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 228 de 1995[36], la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

> "La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.
>
> "La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.
>
> "La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal"[37] (se subraya).

---

[34] Declaración Universal de derechos Humanos, artículo 11.

[35] "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.
"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles" (se subraya).

[36] "Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones".

[37] Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión "*o que no cumplirá la sentencia*" contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

> "En síntesis … las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia … desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva".

No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

> "… la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la antijuridicidad del daño, como elemento que da derecho a la reparación, no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia.

> "Es que la cláusula general de responsabilidad de la administración en todos los aspectos y en materia de privación injusta de la libertad igualmente, reclama de la víctima una conducta ajena a las consecuencias adversas sufridas por ella misma, pues sabido es que a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar no incurrir en acciones u omisiones que pongan en entre dicho su cumplimiento, entre los que se tiene el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia" [38].

Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388[39] del Decreto 2700 de 1991, 356[40] de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308[41] del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

---

[38] Sentencia del 28 de mayo de 2015 (expediente 22811). También se pueden ver las sentencias de esa misma Subsección proferidas el 6 de abril de 2011 (expediente 19225), el 28 de mayo de 2015 (33907) y el 30 de abril de 2014 (expediente 27414).

[39] *"Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando (sic) contra del (sic) sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso …".*

[40] *"Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.*
"Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso…".

[41] *"El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga …".*

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de *in dubio pro reo*, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria.

En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya

seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, *per se*¸ de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.

4.4. El derecho a la libertad y el carácter excepcional de su restricción

Otro de los pilares que sostienen la tesis de la mencionada sentencia del 17 de octubre de 2013 se expone en ella así:

> "**e.** Constituye prácticamente una obviedad que la detención preventiva como medida de aseguramiento en el proceso penal comporta la más intensa afectación del principio-derecho-valor que se encuentra en la base de la organización jurídico-política que constituye el Estado Social y Democrático de Derecho, cual es la **libertad**, circunstancia que impide soslayar, en este lugar, una referencia, así sea sucinta, a la trascendencia del papel que la libertad desempeña dentro del sistema jurídico vigente y, por tanto, a la evidente excepcionalidad con que deben tratarse los eventos en los cuales resulte legítima y jurídicamente viable su afectación por parte de las autoridades públicas en cuanto no se trate de la ejecución de una sanción en firme, impuesta mediante sentencia penal condenatoria.
>
> "La Constitución Política, en varias de sus disposiciones, reconoce que la libertad, en su triple condición de valor, principio y derecho fundamental, debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo. Esta premisa se desprende del Preámbulo de la Carta, en el cual se señala que el Estado Colombiano debe propender por asegurar a sus integrantes la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, al igual que de los artículos 13 y 28 constitucionales, los cuales consagran el derecho a la libertad, el primero de ellos al señalar que *'todas las personas nacen libres e iguales ante la ley'* y el segundo al preceptuar que *'toda persona es libre'* y no podrá ser molestada en su ámbito personal o familiar.
>
> "Por lo demás, como ya se expresó por regla general y en línea de principio, la libertad constituye el fundamento mismo de la declaración de derechos fundamentales que contiene la Carta Política; (sic) cada derecho constituye un ámbito de decisión del individuo y, por ende, un espacio de no intromisión por parte de otros sujetos públicos o privados en la esfera de la libertad de cada persona; por ello (sic) de los preceptos constitucionales mencionados se desprende que la libertad ─artículo 13─ se concibe como una condición inherente al ser humano, que sólo se garantiza con un trato igualitario y no discriminatorio, además de que supone ─artículo 28─ una garantía de no ser perturbado en los espacios en los cuales el individuo se desarrolla, así como de no ser reducido a prisión sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin la existencia de un motivo previamente determinado por el legislador. Dicho tratamiento

constitucional a la libertad evidencia que en ella concurren las dos dimensiones clásicas de todo derecho fundamental, vale decir ***(i)*** una dimensión de carácter objetivo, que se manifiesta en la obligación de la autoridad pública cuando crea, interpreta y aplica el derecho, de tener presente la garantía de libertad consagrada en la Constitución y ***(ii)*** una dimensión subjetiva, que se traduce en el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor del individuo del derecho a exigir, a través del concurso del propio aparato judicial, la protección de su libertad cuando sienta que la misma ha sido vulnerada con la acción u omisión de un sujeto público o privado, es decir, se trata de la consagración de un poder de reacción que garantiza la efectividad del derecho reconocido[42].

"Y es que (sic) después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que resulte posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular todo individuo; (sic) no es gratuito que, en el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, inmediatamente después de consagrar el derecho a la vida —artículos 11 y 12— se plasme el derecho a la libertad. La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo que permite distinguir y separar las formas de Estado absolutistas o totalitarias, de los sistemas constitucionales y democráticos que naturalmente se acompasan con la fórmula del Estado de Derecho, pues, en palabras del profesor Antonio Enrique Pérez Luño, '*... una vez superadas las formas estatales absolutistas y totalitarias, en las que se da un status subiectionis en el que no existen libertades, aparece un status libertatis en el que se reconoce un ámbito de autonomía, una esfera de no agresión o injerencia del poder en la actividad de los particulares*'[43].

"(…)

"**f.** Las aludidas características que acompañan a la libertad constituyen las razones por las cuales, precisamente, es **la excepcionalidad** el rasgo distintivo y, al propio tiempo, el principio que informa tanto las regulaciones normativas como la aplicación de los supuestos en los cuales se encuentra jurídicamente avalada la privación de la libertad, en especial cuando a ello se procede, por parte de las autoridades judiciales, como medida precautelativa dentro un proceso penal, mientras se adelantan las etapas de investigación y/o de juicio y no se cuenta, por tanto, con sentencia condenatoria alguna que hubiere establecido, de manera cierta y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del respectivo sindicado.

"(…)

"**g.** El carácter eminentemente excepcional que tanto los compromisos internacionales asumidos por Colombia y las propias leyes de la República, como la Jurisprudencia (sic) nacional en diversos órdenes, que aquí se han relacionado y que de manera uniforme atribuyen e

---

"[42] *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010;* (sic) *Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Radicación* (sic) *número 25000-23-26-000-1995-00595-01 (18960). Actor: Rogelio Aguirre López y otros. En este pronunciamiento se encuentra, adicionalmente, un cuidadoso análisis histórico, filosófico y jurídico, respecto del contenido y de los alcances de la libertad como derecho, principio y valor normativo*".

"[43] *PEREZ LÚÑO* (sic), *Antonio Enrique,* (sic) *Los derechos fundamentales,* (sic) *sexta edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 174*".

> identifican como nota que debe acompañar necesariamente al instituto de la detención preventiva que respecto de un determinado individuo pueden decretar, en específicos supuestos, las autoridades judiciales competentes durante el curso de la investigación y/o del juicio penal, esa excepcionalidad –se itera– pone de relieve, por sí misma, que dicho instituto –en tanto excepcional— de ninguna manera podría considerarse entonces y menos podría llegar a convertirse en una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad, cuestión que evidencia, de manera palmaria, la antijuridicidad del daño que se irroga a quien se le impone dicha carga a pesar de que posteriormente se le releva de responsabilidad penal; en modo alguno podría exigírsele a un individuo que asuma como una carga social normal o jurídica una situación que por definición es excepcional y, por tanto, contraria a la regla general constituida por el principio, valor y a la vez derecho fundamental a la libertad".

La excepcionalidad que se pregona supone, en sí misma, que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto[44] y que, por lo tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. Con todo, es preciso aclarar que la nueva postura que ahora adopta la Sala no pretende debatir sobre la preponderancia del derecho fundamental a la libertad, ni mucho menos sobre la excepcionalidad que se predica respecto de la limitación de tal derecho, pues ello es incuestionable; sin embargo, lo que sí se quiere poner de presente, por un lado, es que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, "*con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley*"[45] y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado.

---

[44] "*En efecto (…) considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos. Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos 'absolutos', el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los 'derechos absolutos' tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho*" (Corte Constitucional, sentencia C-475 de 1997).

[45] Como lo disponían, por ejemplo, los artículos 396 y 397 del Decreto 2700 de 1991 y el artículo 357 de la Ley 600 de 2000.

Sobre el rango constitucional de la medida restrictiva de la libertad se encuentra que el numeral 1 del artículo 250 , antes de ser modificado por el Acto Legislativo 3 de 2002[46], obligaba a la Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requirieran para asegurar que el imputado compareciera al proceso penal, lo que, como ya se dijo, es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva; se trataba, entonces, de una excepción de estirpe constitucional, respecto del artículo 28 superior.

En efecto, el citado artículo 250 disponía lo siguiente:

> "ART. 250.- Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación deberá:
>
> "**1. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento**. Además, y si fuere del caso, tomar las necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.
>
> "**2. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.**
>
> "3. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
>
> "4. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.
>
> "5. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.
> "El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.
>
> "La Fiscalía General de la Nación **está obligada a investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado**, y a respetar sus derechos fundamentales y las garantías procesales que le asisten" (se resalta).

Dichas atribuciones fueron replicadas en el artículo 120 del Decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal expedido en vigencia de la Constitución de 1991, así:

> "ART. 120.- Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:

---

[46] Con arreglo a las modificaciones que introdujo ese Acto Legislativo, la Fiscalía quedó facultada para "*solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas*" (se subraya).

"1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

"**2. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.**

"3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

"**4. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.**

"5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

"6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

"7. Las demás que le atribuya el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación" (se resalta).

Además, ese Código (el Decreto 2700 de 1991) disponía que la aplicación de las medidas de aseguramiento debía obedecer a la existencia de, por lo menos, un indicio grave de responsabilidad del investigado, derivado de las pruebas legalmente recaudadas[47] y que ellas debían adoptarse a través de una providencia interlocutoria en la que se hiciera referencia a la "probable responsabilidad del sindicado" como autor o partícipe del hecho investigado[48]. Aquellas disposiciones fueron reiteradas, en términos similares, en los artículos 355 y 356[49] de la Ley 600 de 2000, derogatoria de aquél código, y en los artículos 296 y 308[50] de la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal que, además

---

[47] "ART. 388.- REQUISITOS SUSTANCIALES. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando (sic) contra del (sic) sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. En los delitos de competencia de los jueces regionales sólo procede como medida de aseguramiento, la detención preventiva" (se subraya).

[48] "ART. 389. REQUISITOS FORMALES. Las medidas de aseguramiento se adoptarán mediante providencia interlocutoria en que se exprese:
1. Los hechos que se investigan, su calificación jurídica y la pena correspondiente.
2. Los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y de la probable responsabilidad del sindicado, como autor o partícipe.
3. Las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales" (se subraya).

[49] "ART. 356. REQUISITOS. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.
Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso. No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad" (se subraya).

[50] "ART. 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

de preconizar el carácter excepcional de las medidas de aseguramiento, se ajusta a los preceptos internacionales contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más concretamente a lo contemplado en el artículo 7[51], en el que se reconocen y se admiten las facultades coercitivas de los Estados para restringir el derecho universal de la libertad y, de manera coherente, no sanciona la restricción en caso de liberación de responsabilidad penal.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado lo siguiente:

> "53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física[52]. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la

---

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia" (se subraya).

[51] "Derecho a la Libertad Personal
"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
"2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
"3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
"4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
"5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
"6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
"7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios" (se subraya).

[52] *Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo, cuando consideró que 'las palabras libertad y seguridad […] se refieren a la libertad y seguridad físicas". Cfr. ECHR, Case of Engel and others v. The Netherlands, Judgment of 8 June 1976, Applications Nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, para. 57. Traducción de la Secretaría de la Corte. El texto original en inglés es el siguiente: -[i]n proclaiming the "right to liberty-, paragraph 1 of Article 5 (art. 5-1) is contemplating individual liberty in its classic sense, that is to say the physical liberty of the person"".*

libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción"[53].

Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.

De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí- que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002[54]), las normas de procedimiento penal y la

---

[53] Sentencia del 21 de noviembre de 2007, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez *VS.* Ecuador.

[54] *"La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*
"En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:
"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.
"El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.
"La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez[55]- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que –en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación– implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país[56] (art. 388

"2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez.
"3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.
"4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
"5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.
"6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
"7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.
"8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
"9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley" (se subraya).
Respecto de las funciones contenidas en el numeral 1 de este artículo, el Fiscal puede solicitar al juez de control de garantías la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad como lo son la detención preventiva en establecimiento de reclusión o la detención preventiva domiciliaria, o la imposición de medidas de aseguramiento no privativas de la libertad como la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, a la vigilancia de una persona o institución determinada, de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, la prestación de una caución real adecuada (o prendaria, según el caso) y la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m. (artículo 307 de la Ley 906 de 2004).
Por su parte, el artículo 300 de la Ley 906 de 2007, modificado por el artículo 21 de la Ley 1142 de 2007, facultó excepcionalmente a la Fiscalía para proferir orden de captura, así: *"El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:*
"1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
"2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
"3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.
"La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión".

[55] En virtud del Acto Legislativo 3 de 2002 que modificó el artículo 250 de la Constitución Política.
[56] Por ejemplo, ver sentencia de 29 de julio de 2015 (expediente 36.888).

del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso –como lo exigen las normas transcritas– y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar indemnizaciones cuando deba levantar la medida, la cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena.

En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es *per se* antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación

injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) *"se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo"*, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ya se ha pronunciado sobre el particular en reciente pronunciamiento, así (se transcribe literal):

> "… a la luz de los artículos 2, 83 y 95 constitucionales, si la víctima incurre en una infracción civil, esto es de las reglas de convivencia, no puede alegar a su favor su propia culpa. En cuanto, al margen del daño, el que causado en el marco de una investigación penal no tendría que ser controvertido, en un proceso en el que se ventila un derecho de contenido patrimonial, la conducta de la víctima no puede pasarse por alto[57]. 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 6 del 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 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-.
>
> "Desde esta perspectiva, es relevante recordar que 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 de 18 de febrero de 2010 dijo la Sala[58]:
>
> > *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*

---

[57] "Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, expediente 27414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth".
[58] "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".

> *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-"[59].

Esta Corporación ha dicho también lo siguiente al respecto (se transcribe literal):

> "… la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como '*la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado*', situación que, de caracterizar gravedad y erigirse en causa del daño, la obliga a asumir las consecuencias de su proceder.
>
> "Se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique en los términos del artículo 63 Código Civil '*no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios*'.
>
> "Esta Sala de Subsección ha precisado:
>
> > *'La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.*
> >
> > *Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.*
> >
> > *Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo*

[59] Sentencia del 10 de mayo de 2018 (expediente 42.897).

> *mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil*[60]'.
>
> "En consecuencia, si el privado de la libertad actuó de manera irregular y negligente y con ello dio lugar al inicio de una investigación penal y a la privación de su libertad, aunque se demuestre que en el curso del proceso penal que su conducta no fue suficiente para proferir en su contra sentencia condenatoria, esa misma actuación, en sede de responsabilidad civil y administrativa, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, con sujeción a lo prescito por el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil"[61].

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil[62], la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

"[60] *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577*".
[61] Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C, sentencia del 23 de abril de 2018 (expediente 43.085).
[62] "La ley distingue tres especies de culpa o descuido.
"Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
"Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.
"El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
"Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
"El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

Precisado lo anterior, la Sala pasa a estudiar, de acuerdo con el material probatorio válidamente aportado al proceso, si existe responsabilidad por los daños causados a los demandantes, con ocasión de la privación de la libertad de la cual fue objeto la señora Martha Lucía Ríos Cortés.

5. Caso concreto

- De la privación de la libertad de la señora Martha Lucía Ríos Cortés

Recuérdese que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por razón de la privación de la libertad a la cual fue sometida la señora Martha Lucía Ríos Cortés, entre el 15 de agosto de 2006 y el 16 de enero de 2007, cuando se ordenó su libertad inmediata.

Pues bien, la Sala, con fundamento en el material probatorio válidamente recaudado, encuentra acreditado lo siguiente:

5.1. El 30 de junio de 2005, la señora Inés Elena Betancour Correa reportó, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, ser víctima del delito de trata de personas,

denuncia que fue remitida a la Dirección Seccional de Fiscalías de Bogotá (f. 2 a 10, anexo 1).

5.2. La Fiscalía General de la Nación inició la respectiva indagación y, mediante decisión del 29 de mayo de 2006, dictó órdenes a la Policía Judicial, con el fin de identificar e individualizar a los posibles responsables del ilícito denunciado (f. 15, anexo 1).

5.3. En audiencia preliminar del 31 de julio de 2006, la Fiscalía General de la Nación solicitó la captura de la señora Martha Lucía Ríos Cortés y otros, petición a la que accedió el Juez Primero Penal Municipal de Pereira con Función de Control de Garantías, con sustento en que de *"la información legalmente obtenida puesta de presente por el ente acusador, puede inferir que … pueden ser coautores del delito de Trata* (sic) *de personas";* en consecuencia, dicho juzgado libró la correspondiente orden de aprehensión (f. 83, 84 y 210, anexo 1).

5.4. No se halla soporte documental de la captura de la señora Martha Lucía Ríos Cortés en el proceso penal aportado al expediente; sin embargo, a órdenes de esta jurisdicción, la Policía Nacional – Seccional de Investigación Criminal certificó que la aprehensión de la acá demandante se llevó a cabo el 4 de agosto de 2006 (f. 6 y 7, c. 2, pbas.).

5.5. En audiencia llevada a cabo días después (el 25 de agosto), la Fiscalía formuló imputación en contra de Martha Lucía Ríos Cortés por su probable participación en el delito de trata de personas[63] en concurso con concierto para delinquir; en consecuencia, el Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira con Función de Control de Garantías impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión en contra de aquélla, *"al inferir de manera razonable"* su responsabilidad penal en los ilícitos materia de investigación (f. 219 a 220, anexo 1).

[63] Contemplado en el artículo 188 A de la Ley 599 de 2000, adicionado por la Ley 747 de 2002 y modificado por la Ley 985 de 2005.

5.6. El 31 de agosto de 2006, la Fiscalía presentó escrito de acusación ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá, en el que señaló a Martha Lucía Ríos Cortés como autora de los delitos mencionados (f. 257 a 260, anexo 1).

5.7. Durante el trámite del proceso surgió un aparente conflicto de competencias entre el Juzgado 20 Penal del Circuito de Bogotá y el Juzgado 7 Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad; en consecuencia, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal, mediante proveído del 12 de diciembre de 2006, se pronunció al respecto, así (se transcribe tal como obra en el expediente):

> "4. En términos del artículo 530 de la Ley 906 del 2004, el sistema establecido en el nuevo Código de Procedimiento Penal comenzó a regir en los distrito judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira, esto es, en las regiones donde se cometieron las conductas investigadas, el 1° de enero del 2005.
>
> "En aplicación del principio de la *legalidad procesal,* previsto en el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal del 2004, norma rectora que prevalece sobre cualquier otra que debe ser utilizada como fundamento de interpretación (artículo 26 *ídem*).
>
> > 'Las disposiciones de este código se aplicarán única y exclusivamente para la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos con posterioridad a su vigencia'.
>
> "5. Ni en el escrito de acusación ni en las audiencias de formulación de imputación se hace una precisión detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la ocurrencia de los acontecimientos, en especial lo relativo a las fechas en que la víctima fue 'despedida' de su trabajo, los períodos en que estuvo en la calle dedicada a la mendicidad, el momento de su captura, el lapso que estuvo en prisión, cuándo fue dejada en libertad, el tiempo invertido en contactar la organización que le consiguió el tiquete, el momento en que se dispuso su deportación, etc.
>
> "No obstante esas falencias, se infiere razonablemente, y a esa circunstancias debe supeditarse la investigación y el juicio, que los hechos denunciados y que pueden estructurar la conducta de trata de personas acaecieron en su integridad, como bien concluye el Juez Especializado, en el año 2004.
>
> "En efecto, la conducta punible se ejecuta durante todo el tiempo en que el agente activo explote indebidamente a la víctima, lo cual, en el caso investigado, sucedió hasta el momento en que ella fue abandonada a su suerte en las calles de Israel, porque desde ese instante no podía ser despojada de su salario, que ya no devengaba. Si bien las circunstancias posteriores … son consecuencia del delito cometido y estructuran, y así deben ser consideradas, los daños y perjuicios causados, lo cierto es que no conforman parte de la conducta punible, que, se repite, terminó de ser ejecutada en aquel momento.

> "(…)
>
> "De tal manera que la trata de personas objeto de averiguación acaeció en el año 2004.
>
> "7. El primer resultado que surge de lo anotado, apunta a que el procedimiento aplicable es el previsto en la Ley 600 del 2000.
>
> "(…)
>
> "Una vez definida la competencia de manera definitiva, el juez en quien quede radicado el diligenciamiento deberá adoptar las decisiones necesarias para adecuar el trámite a las reglas de un proceso como es debido" (f. 250 a 255, anexo 1).

5.8. El 21 de diciembre de 2006, la Unidad de Delitos Contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales - Fiscalía Segunda Seccional - Sistema Penal Acusatorio remitió la investigación al Nivel Central de la Fiscalía - Unidad Nacional Antiterrorismo - Fiscal Especializado, con el fin de que allí se continuara con el proceso (f. 269, anexo 1).

5.9. Mediante oficio 383 del 14 de noviembre de 2006, la Dirección Nacional de Fiscalías - Unidad Nacional contra el Terrorismo informó al Juez 7º Penal del Circuito Especializado de Bogotá que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 600 de 2000, ese juzgado tenía competencia para conocer de la diligencia adelantada en contra de la señora Martha Lucía Ríos Cortés y, en consecuencia, le dijo que, a partir de esa fecha, la investigada quedaría a su disposición desde la Cárcel Nacional de Mujeres La Badea; no obstante, el Juez 7º Penal del Circuito Especializado de Bogotá declaró no tener competencia para conocer del asunto y, en su lugar, consideró que era el Juzgado Penal del Circuito de Pereira el que debía tramitar el proceso, bajo los preceptos de la Ley 600 de 2000 (f. 274 y 262, anexo 1).

5.10. El acervo probatorio obrante en el expediente no da cuenta de cómo se desató el nuevo conflicto de competencias acabado de mencionar al final del párrafo anterior; sin embargo, sí se conoce que el asunto continuó su curso en la Fiscalía 18 Seccional – Unidad de Vida de Pereira, organismo que, mediante decisión del 16 de enero de 2007, ordenó la libertad de Martha Lucía Ríos Cortés, de conformidad con los siguientes argumentos (se transcribe tal como obra en el expediente):

"La Fiscalía inició la investigación de acuerdo con el formalismo establecido en la Ley 906 de 2004, solicitó las órdenes de captura … legalizó unos allanamientos, formuló imputación y finalmente presentó resolución de acusación …

"El 12 de diciembre de 2006, la H. Corte Suprema de Justicia, en sala de Casación Penal estableció lo siguiente:

> '… *De tal manera que la trata de personas objeto de averiguación acaeció en el año 2004*'

"(…)

"Como puede entonces notarse, el mérito de la actuación no ha sido todavía calificado, es más, de acuerdo con la Ley 600 de 2000, no existe siquiera una resolución de apertura formal de la instrucción.

"(…)

"El tiempo de la actuación no es otro que el momento de ocurrencia de los hechos, que como lo dejó establecido la Corte Suprema, fue en el año 2004.

"Y si eso es así, fácil es concluir que … y Ríos Cortés, llevan privadas de la liberad más de 120, se reitera, sin que se haya calificado el mérito del sumario y la mora, obviamente, no es atribuible a aquellas ni a sus defensores.

"Lo anterior, al tenor del artículo 365-4 del código de procedimiento penal, hace imperativo para la Fiscalía disponer la libertad inmediata de las sindicadas.

"No se impone caución prendaria porque como se desprende del trámite dado a este asunto, ninguna de las damas ha sido vinculada formalmente mediante indagatoria o declaración de persona ausente,

"No procede la obligación de suscribir acta de compromiso de acuerdo con lo reglado por el artículo 368 del Código de Procedimiento Penal.

"Téngase como base la actuación para ordenar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 322 del Código de procedimiento penal, se adelante una investigación previa en la que en primer lugar se recepcionará en el término de la distancia el testimonio de Inés Elena Betancour Correa" (f. 288 a 290, anexo 1).

5.11. En la misma providencia, además de disponer la libertad de la señora Ríos Cortés, la Fiscalía ordenó "*adelantar una investigación previa tendiente a establecer si ha tenido ocurrencia la conducta denunciada, si está descrita en la Ley penal como punible e identificar plenamente a los presuntos responsables de la misma así como determinar si se es o no competente por parte de esta Delegada para actuar*" (f. 290, anexo 1).

5.12. Según constancia de la Fiscalía General de la Nación, la señora Martha Lucía Ríos Cortés recuperó su libertad el mismo día en que así se decidió, esto es, el 16 de enero de 2007 (f. 291, anexo 1).

5.13. El trámite del proceso continuó en la Fiscalía 18 Seccional – Unidad de Vida de Pereira y ésta, en auto del 14 de febrero de 2007, dio impulso a la actuación y decretó la práctica de pruebas (f. 306 a 308, anexo 1).

5.14. Mediante resolución 170 del 2 de julio de 2007, el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario reasignó el conocimiento del asunto a la Fiscalía 15 Especializada. Este último despacho, mediante proveído del 1° de diciembre de 2008, se apartó de la tesis de competencia manifestada por la Corte Suprema de Justicia, por considerar que el delito de trata de personas era de ejecución permanente, "reencausó" la diligencia hacia los postulados de la ley 906 de 2004 y ordenó, por consiguiente, el envío de la misma al Juez Penal del Circuito de Pereira, para que desarrollara la audiencia de formulación de acusación (f. 188 a 189 y 198 a 203, anexo 1).

5.15. El 30 de marzo de 2010, la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario – Fiscalía 15 Especializada profirió resolución de preclusión de la instrucción adelantada en contra de Martha Lucía Ríos Cortés, en atención al siguiente análisis procedimental (se transcribe tal como obra en el expediente):

> "**CALIFICACIÓN JURÍDICA PROVISIONAL QUE SIRVIERA DE PARÁMETROS PARA LA INVESTIGACIÓN PENAL.**
>
> "Como ya se había dejado anotado, en el Escrito de Acusación faltó los cargos por los cuales se acusaba, por ello, la única diligencia que sirve de parámetro para conocer cuál o cuáles eran los delitos motivos de investigación penal es la **audiencia de Formulación de imputación,** donde la Fiscalía impetró los siguientes delitos: … **TRATA DE PERSONAS** …
>
> "El anterior delito lo imputó en concurso con el delito de **CONCIERTO PARA DELINQUIR,** contemplado en el Código Penal …
>
> "Igualmente ya se había hecho mención que el primero de los punibles, no era posible atribuirlo en respeto al **principio de Legalidad,** pues la Ley 985 fue expedida en **26 de agosto de 2005,** fecha en la cual, la señora **LUZ ELENA BETANCUR CORREA,** ya estaba en Colombia, por ello, imposible queda admitir la teoría de la Fiscalía 15 Especializada, de la existencia de un delito de ejecución permanente, que no puede cobijar hechos que

antecedieron a la existencia de la ley y que contiene aspectos desfavorables, vulnerándose abiertamente el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, que exige que las personas sean juzgada por los hechos que se encuentran legalmente establecidos como delito para el momento de su ejecución, siendo ello así, la ley 985 no puede aplicarse retroactivamente a conductas ejecutadas desde el 16 de noviembre de 2004 al 13 de julio de 2005, en que la señora Betancur Correa regresó a Colombia.

"En este orden de ideas, la conducta que debió imputarse y por la cual se precluye es tanto por la anunciada anteriormente, cobijando obviamente la establecida en el **artículo 188 A modificado por el artículo 2° de la ley 747 del 19 de julio de 2002,** que establece: ***Trata de personas*** …

"Lo anterior, por cuanto los medios probatorios recaudados tanto en el trámite de la ley 600 de 2000 como de la ley 906 del 2004, desvirtuaron la tipicidad del mismo, veamos porqué: La Trata de Personas es definida como un delito de **lesa humanidad** que constituye la violación de los principales derechos humanos de las víctimas. Se caracteriza por el traslado al interior o fuera del país de una persona con fines explotación que puede ser entre otras de tipo laboral, sin importar el género, edad o lugar de origen de las posibles víctimas. Que está reglada a través de legislación internacional …

"Los **Elementos de la trata de Personas:** no se estructuran ni bajo los parámetros de la ley interna ni internacional, porque los medios probatorios desdibujan cualquier actividad delictiva que pueda encuadrar en los verbos rectores de las normatividades ya citadas, consecuencialmente, no se puede establecer la existencia de la **Antijuridicidad** ya que sin duda alguna no se vulneró el bien jurídico de la autonomía personal, pues es la condición y estado de las víctimas se ven sometidos al quehacer de otros, a las condiciones de esos terceros que bajo la amenaza de atentar contra ellas, o contra sus familias y como quedó establecido, lo único que hizo el señor … fue anunciarle que accionaría civilmente para demandarla y gravar su bien inmueble. Descartándose igualmente la **Culpabilidad:** que solo admite el **dolo,** es decir, la preexistencia de conocimiento y voluntad, con capacidad para comprender y determinarse, para la ejecución de la conducta punible, pero en el presente caso, lo que quedó demostrado fue la existencia de una empresa dedicada a la colocación laboral de Colombianos en el Exterior de manera lícita y legal, ausente de daño o beneficios a favor de terceros, solicitando como pago la comisión por la ubicación, como razón de ser la existencia de la empresa misma, valor que no es excesivo y cancelado en una sola oportunidad como lo anunciara una de las declarantes. Se determina entonces, que ante la ausencia de tipicidad, se desdibuja la posibilidad de estructurar los demás elementos de la conducta punible, siendo entonces la tipicidad, el fundamento y base de la existencia del delito, en su ausencia, no queda opción distinta que precluir la investigación penal, en el trámite que corresponde, como lo es la ley 600 de 2000, pues como ya se dejó consignado, la conducta se ejecuta en el año 2004, cuando no estaba en vigencia aún la ley 906 de 2004, que empezó a regir el 1 de enero de 2005 en Armenia y Pereira, lugar donde se presentaron los hechos. Tomando como parámetro de avance procesal, el que la audiencia de formulación de imputación de la ley 906 de 2004 equivale por su contenido y consecuencias a la definición de la situación jurídica de la ley 600 de 2000, similitud que

> permite determinar que en adecuación del trámite, éste se encontraría necesariamente en instrucción penal, de ahí que se haga caso omiso a la determinación de quien consideró que las diligencias estaban en investigación previa.
>
> "Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a **la tipicidad de la acción.** La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo … Cuando el fiscal no puede encontrar esos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal, compete entonces efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo y constatado que no se estructuran las condicionantes de los verbos rectores, elementos normativos o finalidad del tipo, lo que procede entonces entre otras, es la posibilidad de precluir la investigación penal, como en el presente evento se hace …" (f. 255 a 259, anexo 1A).

5.16. Según constancia secretarial de la Fiscalía General de la Nación, la anterior decisión quedó ejecutoriada el 20 de abril de 2010 (f. 278, anexo 1A).

Se acreditó, entonces: i) que la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue capturada el 4 de agosto de 2006, por su presunta participación en la comisión del delito de trata de personas, en concurso con concierto para delinquir, ii) que, con ocasión de lo anterior, el 25 y el 31 de los mismos mes y año la Fiscalía hizo la formulación de imputación y la acusación en su contra, respectivamente, de acuerdo con los postulados procesales de la Ley 906 de 2004, iii) que, previo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, en el que concluyó que esa investigación debió tramitarse a la luz de la Ley 600 de 2000, la Fiscalía, mediante proveído del 16 de enero de 2007, ordenó la libertad inmediata de Martha Lucía Ríos Cortés, por cuanto la medida de aseguramiento de detención preventiva que soportaba superó los 120 días sin que se hiciera la calificación del mérito del sumario y iv) que, finalmente, mediante providencia del 30 de marzo de 2010 el órgano investigador decretó la preclusión de la instrucción por atipicidad de la conducta, en los términos recién transcritos.

De los supuestos fácticos que se acaban de mencionar se colige, entonces, en primera medida, que la decisión de precluir la investigación que se tramitó en

contra de la señora Martha Lucía Ríos Cortés obedeció a que la conducta investigada carecía del elemento primordial para ser considerado contrario al ordenamiento jurídico: la tipicidad; es decir, el comportamiento de la indagada que dio paso al proceso penal no concentraba todos los verbos rectores necesarios para tipificarse como un hecho punible, en otras palabras, como lo dijo el mismo organismo investigador, la conducta que se persiguió no constituyó, en realidad, delito alguno.

Pero recuérdese que, en los términos en los que se edifica la posición plasmada en esta sentencia, ello ya no resulta suficiente para imputar responsabilidad patrimonial al Estrado en casos de privación de la libertad. Hay que determinar entonces, en primer lugar, si la señora Martha Lucía Ríos Cortés incurrió -desde el punto de vista puramente civil- en alguna conducta gravemente culposa o dolosa y si con ello dio lugar a la restricción de su libertad o si, en cambio, ésta resultó ser una medida injusta y generadora, por consiguiente, de un daño antijurídico imputable a la administración.

Pues bien, según se lee en los documentos y diligencias que hicieron parte del proceso penal promovido en contra de Martha Lucía Ríos Cortés, se encuentra que el mismo tuvo origen en una denuncia formulada por la señora Inés Elena Betancur Correa ante el Ministerio de Relaciones Exteriores remitida a la Fiscalía General de la Nación, en la que la segunda de las mencionadas manifestó que viajó desde Bogotá a Tel Aviv (Israel), que estando en ese país fue víctima del delito de trata de personas y que la señora Martha Lucía -con dinero de un señor llamado Ricardo Restrepo- fue quien compró su pasaje para que realizara dicho viaje[64].

Una vez formulada la denuncia por parte de la señora Inés Elena Betancur Correa, la Fiscalía inició las diligencias correspondientes y, según el informe del investigador de campo FPJ9, se pudo identificar que los hechos que dieron lugar al proceso penal fueron los siguientes (se transcribe literal):

> "DE ACUERDO AL ANALISIS DE LA ENTREVISTA REALIZADA A LA SEÑORA INES ELENA BETANCUR CORREA, AFIRMA QUE UNA MUJER QUE RESPONDE

[64] Ver f. 13, anexo 1.

> AL NOMBRE DE MARTA RIOS … LE OFRECIO TRABAJO COMO ENFERMERA EN ISRAEL, QUE SE GANARIA OCHOCIENTOS DOLARES MENSUALES, LE CONSIGUIO LOS TIQUETES A TRAVES DE LA AGENCIA DE VIAJES PALMA DE CERA, VIAJO EL DÍA 16 DE NOVIEMBRE DE 2004 Y UNA VEZ ALLA SE CONTACTARIA CON EL SEÑOR RICARDO RESTREPO Y UNA MUJER LLAMADA BATAMI SHAPIRA DE NACIONALIDAD ISRAELI, PERO CUANDO LLEGÓ ALLA SOLAMENTE LE PAGABAN 550 DOALRES, ESTUVO CUIDANDO UN SEÑOR LLAMADO LEON Y LUEGO LA MANDARON PARA OTRA CASA Y ASI PERMANECIO POR OCHO MESES, QUE LA SEÑORA BATAMI LA TRATABA MUY MAL HASTA QUE LA SACO DE LA CASA Y LA ENVIO A LA CALLE, ALLI PERMANECIO ALREDEDOR DE 15 DIAS Y UNA PERSONA LE AYUDO CON EL HOSPEDAJE UNOS DIAS, LUEGO LA POLICIA SE LA LLEVO DETENIDA PORQUE NO TENIA SUS DOCUMENTOS, Y ESTUVO EN LA CARCEL … INES ELENA LE DABA DINERO A RICARDO RESTREPO PARA CANCELARLE LA DEUDA Y ESTE A SU VEZ LE ENVIABA DINERO A MARTA RIOS …" (se subraya, f. 31 y 32, anexo 1).

Previa solicitud de la Policía Judicial, la agencia de viajes "Palma de Cera" certificó, mediante escrito del 6 de junio de 2006, que el tiquete aéreo que cubría la ruta Armenia - Bogotá - Madrid - Tel Aviv, a nombre de Inés Elena Betancur, fue cancelado por Martha Lucía Ríos, quien pagó $3'.006.624 (f. 35, anexo 1).

La Fiscalía continuó la investigación y, estando en la etapa probatoria, recibió la declaración juramentada de Inés Elena Betancur Correa (parte civil en el proceso penal[65]) quien, respecto de los supuestos fácticos en los que se fundó esa acción jurisdiccional, dijo (se transcribe como obra en el expediente):

> "A mí me recomendó a doña MARTHA una amiga que tengo en ISRAEL se llama SULMA, SULMA se fue primero que yo, ella se fue el 12 de mayo del 2004 y MARTHA fue quien le ayudó a SULMA para el viaje, con el amigo de MARTHA que se llama RICARDO RESTREPO. Después de que SULMA me habló de MARTHA y me dijo como ubicarla, me dio la dirección de MARTHA, entonces un día que yo estaba haciendo vacunación por cuidad Dorada, yo me dirigí a la casa de MARTHA … yo llegué averigüé por la señora MARTHA y salió ella, nos sentamos en el murito del andén de la casa de ella, le preguntó que si ella estaba mandando gente para ISRAEL me dijo que sí, yo le pregunté como es la movida ahí, ella me dijo: 'Yo les doy un formulario para que ustedes los llenen, ustedes lo firman y me lo pasan a mí' … Me dijo que nosotros como auxiliares de enfermería nos vamos a ganar ochocientos dólares, las que van a trabajar en casas les pagan quinientos mil pesos, me dijo de todas maneras si usted se va yo llegaba a una casa a trabajar, como enfermera cuidando niños especiales, enfermos y ancianos ganándome ochocientos dólares. Ella me dijo a ustedes le mandan la visa y la visa es con el contrato de trabajo y ese contrato de trabajo usted lo puede renovar al año y puede continuar trabajando allá. MARTHA me dijo la condición es que usted le tiene que pagar a RICARDO Y A BATAMY la visa la llevada, que eso costaba como dos mil quinientos dólares. MARTHA me exigió que tenía

[65] Según resolución de preclusión, ver f. 71, c. 1.

que pagarle quinientos dólares con el primer sueldo de allá de ISRAEL, me hizo firmar una letra … Yo le supliqué al señor RICARDO que me prestara lo del pasaje que yo se lo pagaba allá en Israel y él me prestó el pasaje, costaba como tres millones quinientos pesos … Cuando yo firmé los papeles a MARTHA en la casa ella me dijo que yo necesitaba un fiador por la plata que RICARDO me prestaba para viajar, el fiador fue mi hermana … yo le dije a MARTHA que si RICARDO me mandaba la plata directamente a mi, ella me dijo que no, que él se la mandaba a ella, MARTHA compró los tiquetes … Yo llegué a ISRAEL me recibió en el aeropuerto la señora BATAMY CHAPIRA … ella se me identificó y abordamos el carro de ella, me llevó para el apartamento de ella ... en el apartamento se encontraban varias muchachas de nombre SILVIA CHILENA, YAMILE CALEÑA, LUCY CALEÑA, otras dos señoras, que no recuerdo el nombre. Al otro día conversé con BATAMY y me dijo que el lunes me mandaba para mi trabajo donde me iba a ubicar, ella me llevó el lunes a la casa donde supuestamente empezaba a trabajar con el señor LEONEL y la esposa se llama a ANA, ella me presentó allá … supuestamente yo iba a cuidar sólo a la señora ANA, pero el señor me dijo que yo tenía que encargarme de todo el oficio de la casa, yo lo desempeñé como una orden del señor, yo allá trabajé noviembre, diciembre de 2004 y enero de 2005, yo ya tuve mis pequeños contratiempos con el señor, porque yo no sabía andarme bien a ISRAEL … De esa casa me mandaron para un KIBUS es una finca como un CHALET a cuidar una señora, duré muy poquito como un mes. Después estuve en otra casa … estuve cuidando dos niños, sólo estuve veinte días, porque me enfermé de uticaria, el señor no quiso esperar que yo me aliviara. Todos esos empleos me los consiguió BATAMY. De ahí BATAMY me mandó para donde un señor DAVID a cuidarle la mamá que se llama SARA, allá solo duré un día … BATAMY ya se me ofuscó me dijo que yo no servía, me dejó como veinte días sin trabajo, hambre no le aguanté a ella, pero estuve veinte días esperando que me consiguiera trabajo y nada, yo ya me disgusté, me aburrí y ella me echó del apartamento, hasta ese momento yo le había dado a ella OCHOCIENTOS DOLARES … a RICARDO le dí MIL DOSCIENTOS DOLARES porque él me estaba presionando mucho para que le pagara esa plata, yo al ver que BATAMY me echó para la calle y yo sin conocer a nadie y yo sin saber para donde me iba a ir, la única opción mía fue buscar la calle, estuve quince días en la calle … Yo llamé a SULMA y le dije que BATAMY me había echado, que yo estaba en la calle, ella me dijo que iba a hablar con BATAMY que yo era buena gente … Estando en la calle me encontré con un señor que se llama DAVID donde yo había ido a hacer unos turnos de oficios de casa por horas, como él hablaba español, le conté todo, me llevó para la casa de él … Un día yo estaba en la casa de DAVID llegó la policía y me llevaron para la cárcel, RICARDO fue el que me echó la policía, yo ya viéndome en la cárcel llamé al CONSUL de ISRAEL en COLOMBIA, ahí fue donde yo hice la denuncia, me dejaron 35 días en la cárcel, estando yo en la cárcel me llamó RICARDO y me amenazó 'QUE SI YO NO LE ACABABA DE PAGAR ESA PLATA QUE NO LE IMPORTABA … QUE YO PERDIERA LA CASA Y QUE ME QUEDADRA EN LA CALLE'. Que lo que era esa letra él la iba hacer efectiva … PREGUNTADO: Usted ejerció la prostitución en ISRAEL. CONTESTO: No, en ningún momento ejercí la prostitución en ISRAEL …" (se subraya, f. 338 a 345, anexo 1).

Valorado el acervo probatorio recaudado en la investigación penal (entrevistas, declaraciones, documentos), la Fiscalía decretó la preclusión de la misma, con fundamento, entre otras, en las siguientes conclusiones (se transcribe literal):

> "* El 12 de marzo de 2004 estaba ella vacunando en el barrio Ciudad Dorada en Armenia, allí contactó a la señora **MARTHA LUCIA RÍOS CORTES** porque una amiga le dijo que ella estaba mandando gente parta trabajar en Israel, la buscó, conversó con ella y le pidió que la mandara para Israel *(esta circunstancia modifica completamente la actividad de captación, ya que es la misma señora Betancur, quien la busca y pide que la envíe)*.
>
> "* MARTHA LUCIA RÍOS CORTÉS le hizo firmar unos papeles – contrato de trabajo – y una letra de cambio por valor de $3.500 dólares, que equivale al valor del tiquete y la comisión del servicio, suma de dinero que no alcanzó a pagar y por ello el señor Ricardo Restrepo Giraldo, la ha estado llamando a cobrarles y **amenazándola con hacer efectiva la letra de cambio y dejarla sin casa** *(se evidencia que no se trata de una amenaza en contra de la vida o integridad personal, sino de hacerle conocer que tiene acción civil para hacer efectivo el pago de la letra de cambio que cubrió el valor del pasaje a Telaviv – se desvirtúa así la existencia de conducta que atenta contra la autonomía personal)*.
>
> "(…)
>
> "* Que la señora **BATAMI** le pidió el pasaporte y la cédula de ciudadanía, le sacó fotocopia y se los devolvió *(con ello se desvirtúa su dicho inicial, respecto de que le tenían los documentos retenidos y por ende, se desvirtúa el motivo de su captura, pues admite, que siempre conservó los documentos consigo)*.
>
> "(…)
>
> "*Clarifica que el ofrecimiento de salario mensual fue de **quinientos cincuenta dólares,** *(queda clarificado el valor, pues inicialmente había dicho que la oferta laboral era de ochocientos dólares, pero la cifra de quinientos cincuenta dólares corresponde a lo consignado en el contrato de trabajo)* a término de un (1) año, renovable a otro año y el objetivo era cuidar niños o ancianos.
>
> "* A pesar de la contratación, establece que trabajó cuidando ancianos por un (1) mes y le pagaron **mil quinientos dólares mensuales** *(es decir tres veces lo consignado en su contratación, de ahí se desvirtúa la explotación laboral)*.
>
> "(…)
>
> "* Reitera el nombre de los testigos, citando a **SANDRA, ZULMA y CARMEN ROSA**, entre otras *(personas que desmienten a la denunciante y explican satisfactoriamente que ocasionó la inestabilidad laboral de la señora INÉS ELENA BETANCUR CORREA y el motivo de su desvinculación con la empresa y con sus compañeras de trabajo, dejando clarificadas las circunstancias que permiten determinar la atipicidad de la conducta que conduce a la decisión de preclusión)*" (f. 73 y 74, c. 1).

Así las cosas, si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación concluyó que el ilícito denunciado no se configuró, porque Inés Elena Betancur Correa no fue captada, ni a ella le retuvieron sus documentos, ni fue engañada por parte de los acusados de trata de personas, entre ellos, de Martha Lucía Ríos Cortés y, por lo tanto, aquélla precluyó la investigación, también es cierto que, con las diligencias adelantadas por ese organismo, quedó demostrado que la denunciante (Inés Elena Betancur Correa) contrajo una deuda en el momento en que la acá demandante "*le hizo firmar … una letra de cambio por valor de $3.500 dólares, que equivale al valor del tiquete y la comisión del servicio, suma de dinero que no alcanzó a pagar y por ello el señor Ricardo Restrepo la ha estado llamando a cobrarles y amenazándola …*"[66], supuesto fáctico que, aunque no develó un comportamiento delictivo que comprometiera la responsabilidad penal de doña Martha Lucía, sí se avino como un comportamiento irregular que permitió sospechar su participación en la comisión del delito investigado.

En efecto, la Constitución Política de 1991 contiene postulados y principios[67] cuya teleología está dirigida a garantizar y a proteger la dignidad humana y a prohibir, por tanto, todo tipo de trato degradante e inhumano o cualquier conducta discriminatoria generadora de desigualdad y de marginación; en ese sentido y en lo que al caso en particular respecta, se observa que el Estado colombiano promulgó la Ley 800 de 2003[68], por medio de la cual incorporó a su ordenamiento jurídico el "*Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas,*

---

[66] F. 73, c. 1.

[67] **ARTÍCULO 12.** Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
ARTICULO 17. Se prohiben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.
ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.
El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.
ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

[68] Diario Oficial 45131 del 18 marzo de ese año.

especialmente mujeres y niños (o protocolo contra la trata de personas)", el cual hace parte de la "*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*" o Convención de Palermo, cuyo artículo 3 dispone lo siguiente:

> "Definiciones
>
> "Para los fines del presente Protocolo:
>
> "a) Por 'trata de persona' se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;
>
> "b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;
>
> "c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará 'trata de personas' incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo;
>
> "d) Por 'niño' se entenderá toda persona menor de 18 años" (se subraya).

Según el "*glosario de términos trata de personas*"[69]: 1) la captación se traduce en el reclutamiento de la víctima, generalmente a través del engaño, con el fin de controlar su voluntad. Una vez aquélla se "engancha", es trasladada o movilizada de un lugar a otro, sea de comunidad o de país, a través de cualquier medio de transporte o de locomoción (incluso a pie), con fines de explotación u "*obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación ajena de otra persona en actos de prostitución, servidumbre sexual o laboral*"[70] y 2) el abuso de poder, como elemento preponderante del tipo penal, refiere "*la facultad de dominio o control que el tratante puede tener sobre la víctima por su relación social, laboral, de parentesco o vínculo legal*"[71] (se subraya).

---

[69] CENTENO MUÑOZ, Luis Fernando: "Glosario de términos de trata de personas: derecho aplicado", Organización Internacional de las Migraciones, San José, Costa Rica, 2010.
[70] Ibídem, p. 9.
[71] Ibídem. p. 1.

Como se observa, a la luz de la Convención de Palermo la definición de la trata de personas contempla una multiplicidad de reglas, conductas y verbos rectores, entre los cuales se incluyen la explotación laboral o el trabajo forzado que, en los términos del convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo, es el "*que se realiza de manera involuntaria y bajo amenaza de una pena cualquiera*" y "*se refiere a situaciones en las cuales personas están forzadas a trabajar mediante el uso de violencia o intimidación, o por medios más sutiles como una deuda manipulada, retención de documentos de identidad o amenazas de denuncia a las autoridades de inmigración*" (se subraya).

Por su parte, el Decreto 3115 de 1997[72], vigente para la época de los hechos que dieron lugar a la investigación adelantada en contra de la acá demandante, reglamentó el ejercicio de la actividad de intermediación laboral, definió como "agencia de colocación o empleo" a todas aquellas "*personas naturales o jurídicas*" dedicadas a esa labor, ya fueran privadas (lucrativas o no lucrativas) o públicas y dispuso, entre otras cosas, que aquellas con ánimo de lucro podían "*cobrar al demandante de mano de obra una comisión hasta del 20% sobre el salario básico que el oferente postulado devengará, pero sólo en el caso que éste sea aceptado por el demandante*", cobro que podía hacerse "*por una sola vez*".

Así las cosas, si bien la señora Martha Lucía Ríos Cortés fue vinculada a un proceso penal y posteriormente fue exonerada de responsabilidad, lo cierto es que, en opinión de la Sala, fue la conducta de la misma demandante la que dio lugar a la investigación que se adelantó en su contra y, por consiguiente, a que se le impusiera la medida de aseguramiento de detención preventiva.

En efecto, por un lado quedó acreditado que Martha Lucía Ríos Cortés le cobró a Inés Elena Betancur Correa una comisión por la intermediación laboral[73], exigencia a todas luces ilegal, teniendo en cuenta que el Decreto 3115 de 1997 disponía que dicha comisión debía ser cobrada al demandante de la mano de obra, es decir, al empleador y no al oferente, como sucedió en este caso y, por otro lado, se demostró que, ante la falta de disponibilidad presupuestal de Inés

[72] Derogado por el artículo 54 del Decreto 722 de 2013.
[73] F. 73, c. 1.

Elena Betancur Correa, Martha Lucía consiguió el dinero, compró personalmente el tiquete a nombre de ésta y le hizo firmar una letra, tanto por el valor del tiquete como por la comisión del servicio, cuyo pago debía amortizar Inés Elena con el dinero que recibiría como contraprestación de su trabajo en Israel.

Téngase en cuenta que la señora Inés Elena Betancur Correa se encontraba en situación de vulnerabilidad –con mayor razón dada su condición de mujer[74] y cabeza de hogar[75], mayor de 50 años[76]-, y eventualmente en una situación económica que seguramente no era la mejor, pues no se acreditó que estuviera empleada cuando contactó a Martha Lucía y, en cambio, sí está probado que esto lo hizo en busca de ayuda con miras a irse para Israel, aún a pesar de que ello comportaba un cambio total de cultura y con las dificultades que podía implicar el hecho de no conocer ese país[77] y de no saber el idioma; por consiguiente, cuando Martha Lucía le trasladó la obligación del pago de una comisión -que no debía pagar- a sabiendas de que Inés no contaba con el dinero y, seguido de ello, le hizo el préstamo condicionado a la suscripción de una garantía (la letra), dio lugar a que se pudiera presumir su intención de sacar provecho de la debilidad de Inés Elena y de manipular (sutilmente -como dice el atrás citado convenio 29 de la OIT- o no) su voluntad a través de la imposición de una deuda que, vista a la luz de ese convenio, podía entenderse como una modalidad de trabajo forzado, elemento que, según la Convención de Palermo, está atada a la trata de personas, conducta tipificada como delito, según el ordenamiento jurídico interno.

No cabe duda, entonces, de que la actuación de Martha Lucía Ríos Cortés constituyó una conducta gravemente culposa, pues no solamente trasgredió el ordenamiento jurídico (Decreto 3115 de 1997), sino que le impuso a Inés Elena Betancur Correa unas condiciones a todas luces irregulares, comportamiento que no se espera de quien cumple profesionalmente y, por consiguiente, con apego a la ley la labor de intermediación o colocación laboral, máxime que ella, como

---

[74] "Pueden considerarse indicadores de esta situación de vulnerabilidad *la edad, el género, la pobreza … Se ejemplifican como situación de vulnerabilidad las derivadas de circunstancias personales tales como … circunstancias económicas, laborales …*" ("An Introducción to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action", Naciones Unidas, Nueva York, 2008, pp- 68 y ss. Ver https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/An_Introduction_to_Human_Trafficking_-_Background_Paper.pdf).
[75] F. 13, anexo1.
[76] F. 48, c.1.
[77] F. 160, anexo 1.

persona dedicada a esa actividad debía saber que obrar de esa manera podía dar lugar a pensar que estaba incurriendo en actividades de trata de personas, lo cual, sin duda, dado el carácter delictual de éstas, abría la puerta a la labor investigativa del Estado, con todo lo que la misma pudiera implicar; en consecuencia, fueron las actuaciones de la demandante las que motivaron la investigación que se le adelantó por parte de la Fiscalía (en cumplimiento de su deber constitucional de investigar las conductas que pudieran constituir delito[78]) y la suspensión de la medida restrictiva de la libertad en su contra, toda vez que existían indicios que permitían inferir una posible intención de control, dominación o sujeción a un trabajo forzado a través de la imposición de una obligación económica a favor de doña Martha Lucía o de un tercero (Ricardo Restrepo), situación que sólo se podía esclarecer en el escenario de un proceso penal.

Así, pues, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación adelantó la investigación a la luz de una norma procesal que no resultaba aplicable, lo cierto es que ello no fue determinante en la privación de la libertad de que Martha Lucía Ríos Cortés fue objeto, pues, en todo caso, su conducta debía ser investigada -independientemente de las normas de procedimiento penal que debieron aplicarse-. Así las cosas, a juicio de la Sala no existe vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la "causalidad adecuada") entre la medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el presente asunto, pues, se insiste, la privación de la libertad de la señora Ríos Cortés no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la administración de justicia (a pesar de ser la causa inmediata), sino en la conducta asumida por ella misma.

En este orden de ideas, resulta necesario recordar que nadie puede sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Por lo anterior, es claro que en el caso analizado se impone la revocatoria de la sentencia recurrida.

---

[78] El texto original del artículo 250 de la Constitución Política, antes de la reforma introducida por el Acto Legislativo 006 de 2011 señalaba: "*Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes*".

V. COSTAS

En consideración a que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

SEGUNDO: REVÓCASE la sentencia del 29 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

TERCERO: En consecuencia, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSTIÉNESE de condenar en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

PUBLÍQUESE, CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Presidenta

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO **MARÍA ADRIANA MARÍN**

RAMIRO PAZOS GUERRERO **JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA