

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No condena. Daño causado por la administración de justicia / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Delito de acceso carnal violento / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Detención preventiva / PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN - In dubio pro reo / PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - No desproporcionada o violatoria del procedimiento legal / PROVIDENCIA CON ENFOQUE DE GÉNERO

La Sala examinará si en el presente caso se reúnen los presupuestos necesarios para que la Nación - Fiscalía General de la Nación deba responder patrimonialmente por la privación de la libertad padecida por el señor Luis Rafael Redondo Uriana, ordenada dentro de la investigación que cursó ante la Fiscalía Seccional de Riohacha, por el delito de acceso carnal violento y que culminó con preclusión de la investigación penal, la cual tuvo como fundamento la aplicación del principio del in dubio pro reo.

DAÑOS CAUSADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Competencia / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Fundamento normativo / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, el 15 de agosto de 2012, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en casos de reparación directa por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, consultar providencia de 9 de septiembre de 2008, Exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00(34985), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 73

CADUCIDAD ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN - Ejercicio oportuno

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente al cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en casos de privación injusta de la libertad, consultar providencia de 14 de febrero de 2002, Exp. 13622, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD - Eventos de procedencia / DETENCIÓN ILEGAL - Conforme a

la antijuricidad del daño / RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN - Aplicación de principio iura novit curia / CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA - Obligatoriedad de la sentencia C 037 de 1996 / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

[R]ecientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica establecer: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio iura novit curia encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. (...) En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad. (...) De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, consultar providencia de 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Referente al estudio de exequibilidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, consultar sentencia de la Corte Constitucional de febrero de 1996, Exp. C-037, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE EN CASOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / DETENCIÓN PREVENTIVA LEGAL - Criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Privación injusta de la libertad / HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA - Culpa grave o dolo

En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada. En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

APLICACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Protección especial a la persona en situación de debilidad manifiesta

[L]a Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para el asunto estudiado, establecía que era deber de los servidores judiciales hacer efectiva la

igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y, que la actuación se desarrollaría teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales (artículo 9).

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 9

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PERSPECTIVA DE GÉNERO / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD SEXUAL / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

[L]a Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido adoptando una cosmovisión con perspectiva de género en casos específicos de privación injusta de la libertad, mediante los cuales se evidencia que hay de por medio una víctima de violencia sexual que, en muchos casos, tuvo que someterse a una revictimización y, posteriormente, ver que su agresor fue absuelto en virtud del principio de in dubio pro reo, por no hallarse “pruebas suficientes” para ser acreedor de una condena, pero que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la conducta del procesado resultó determinante para concluir que sus acciones promovieron y dieron lugar a una medida restrictiva de la libertad.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la perspectiva de género en caso de privación injusta de la libertad, consultar providencias de 14 de diciembre de 2014, Exp. 39393, C.P. de Stella Conto Díaz del Castillo; y de 10 de mayo de 2018, Exp. 51733, C.P. María Adriana Marín

VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA MUJER - Dificultad probatoria

[E]s preciso advertir que en tratándose de casos de violencia sexual ejercida contra mujeres no puede pasar inadvertido el hecho hay una gran dificultad probatoria, toda vez que, normalmente, no hay testigos, sólo están presentes el agresor sexual y la víctima, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, (...) se han desarrollado unos parámetros para lograr el grado de certeza suficiente para declarar la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor, los cuales, sirven de sustento para imponer una medida de aseguramiento.

VALORACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE DELITOS SEXUALES - Parámetros para la apreciación de la prueba / LEGALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Enfoque de género / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

[C]onsidera la Sala que el análisis de la legalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento deberá ser interpretado a la luz de los anteriores criterios, los cuales se pueden concretar en la apreciación de las pruebas con enfoque de género, así: - El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima. -El derecho a que se aprecie especialmente el testimonio de las víctimas en razón al modus en que generalmente se cometen los delitos sexuales -El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia. -El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de

exámenes o pruebas, etc. -El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen. -El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias necesarias en la vida íntima de la víctima. -El derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual a la igualdad y el deber correlativo de los operadores de las normas, incluidos los defensores, de adoptar medidas para eliminar y prevenir la discriminación. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a los lineamientos jurisprudenciales para la valoración de la prueba en caso de delitos sexuales, consultar providencias de 13 de diciembre de 2017, Exp. 42070, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo; de la Corte Suprema de Justicia, de 26 de enero 2006, Exp. 2370, MP. Marina Pulido de Barón; de la Corte Suprema de Justicia, de 26 de enero 2006, Exp. 23706, M.P. Marina Pulido de Barón.

SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - Alcance / VALORACIÓN PROBATORIA SENTENCIA PENAL CONDENATORIA - Prueba documental / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Debe aclararse que a esta Jurisdicción no le corresponde cuestionar las decisiones de la justicia penal, puesto que así lo ha expuesto esta Sección del Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades, porque se trata de procesos diferentes y autónomos entre sí. (...) Lo anterior, no impide al juez de la reparación valorar el comportamiento del procesado en relación con los hechos que dieron lugar a la investigación penal, los cuales se pueden constituir en los indicios graves que tuvo el juez penal para imponer la medida de aseguramiento y, que a su vez, hubieran dado lugar a trato discriminatorio con fundamento en el género de la víctima. **NOTA DE RELATORÍA: NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la valoración probatoria de las sentencias penales como prueba documental en procesos contencioso administrativos consultar sentencias del 13 de agosto de 2008, Exp. 16533, CP. Ruth Stella Correa Palacio.

DIMENSIÓN DE GÉNERO - Trabajo sexual / PROSTITUCIÓN - Límites constitucionales y legales para su ejercicio / DERECHOS DE LOS TRABAJADORES SEXUALES / ENFOQUE DE GÉNERO / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T - 073 de 2017, expuso que las personas que vienen realizando trabajo sexual gozan de una protección basada en los derechos de igualdad, libertad y dignidad, los cuales constituyen la principal defensa de un colectivo constantemente vulnerado y discriminado, social y legalmente. Adujo que si el Estado, a través de todas sus autoridades, incluida la justicia, pretende detener los estereotipos y la estigmatización que generan una persecución moral, que se ha trasplantado al ordenamiento jurídico, debe atender a las garantías constitucionales que justifican una especial protección. Es decir, tiene que actuar conforme a la intención de la carta política y adecuar su funcionamiento a esta última, especialmente a la hora de realizar operaciones en contra de la prostitución. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la protección de los derechos de los trabajadores sexuales, consultar sentencia de la Corte Constitucional, de 6 de febrero de 2017, Exp. T-073, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - Inexistente / MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Cumplió con los requisitos legales y probatorios / ACTUACIÓN ABIERTAMENTE DESPROPORCIONADA Y VIOLATORIA DEL PROCEDIMIENTO LEGAL - No acreditada / PERSPECTIVA DE GÉNERO - Caso de delitos sexuales

[O]bserva la Sala que aun cuando a favor del señor Luis Rafael Redondo Uriana se profirió resolución de preclusión de la investigación en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, porque la Fiscalía consideró que no existían suficientes elementos probatorios que permitieran mantener la medida de aseguramiento impuesta, la Subsección concluye que valoradas las pruebas allegadas al expediente, el juicio de las mismas se hizo en el trámite de la investigación penal y proferir la medida de aseguramiento resultaba plenamente razonable; ajustado a las disposiciones legales y, por tanto, era proporcional. (...) [S]e deduce que el ente investigador tenía indicios y soporte probatorio suficiente para inferir que la denunciante había sido víctima del acceso carnal, obligada mediante intimidación, por lo que la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la deber de investigar al sindicado y, además, privarlo de la libertad mediante una medida de aseguramiento en centro carcelario debido a la gravedad del delito por el cual fue procesado. Como consecuencia, la Sala confirmará la sentencia denegatoria de las pretensiones.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 44001-23-31-000-2004-00987-01(45574)

Actor: LUIS RAFAEL REDONDO Y OTROS

Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD– Preclusión de la investigación penal por aplicación de la presunción *in dubio pro reo* / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL – *in dubio pro reo* / Falla del servicio no se configuró – VALORACIÓN PROBATORIA EN CASOS DE DELITOS SEXUALES - la medida de aseguramiento fue proporcional, legal y razonable. – PROVIDENCIA CON ENFOQUE DE GÉNERO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La

Guajira, el 15 de agosto de 2012, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 6 de noviembre de 1999, el señor Luis Rafael Redondo Uriana fue capturado por miembros de Policía como supuesto autor de la conducta de acceso carnal violento. La Fiscalía Primera Seccional Unidad de Vida de Riohacha profirió en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. La decisión fue revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha y, en su lugar, se ordenó precluir la investigación penal y dejarlo en libertad.

II. ANTECEDENTES

Cuestión previa

La Sala suprimirá de la presente providencia, el nombre de la mujer involucrada en el proceso penal a fin de proteger su intimidad, por lo que se reemplazará por las letras "M.H.A."

1. La demanda

En escrito presentado el 9 de diciembre de 2004 (fls. 1 a 8, c. 1), el señor Luis Rafael Redondo Uriana y Lucinda Esther Epinayú Epinayú actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Yeiner Alexander, Briseida Elena, Rafael Jesús, Esneider José y Wiston Deyin Redondo Epinayú; Luis Rafael Redondo Epinayú y María Isabel Redondo Uriana; Mariela y María Isabel Redondo Uriana, por conducto de apoderado judicial (fl. 65, c. 1), interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación -Fiscalía General de la Nación, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por los perjuicios causados con motivo de la privación injusta de la libertad que soportó el primero de los mencionados entre el 8 de enero y el 13 de febrero de 2004.

En concreto, los demandantes solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: El Ministerio de Justicia y del Derecho es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor Luis Rafael Redondo Uriana y de los perjuicios morales de Lucinda Esther Epinayú Epinayú quien actúa en nombre propio y de sus menores hijos Yeiner Alexander, Briseida Elena, Rafael Jesús, Esneider José y Wiston Deyin Redondo Epinayú, de sus padres Luis Rafael Redondo Epinayú y Alicia Uriana, así como de sus hermanas Mariela y María Isabel Redondo Uriana, por la privación injusta de que fue objeto (sic), mediante providencia, de fecha diciembre 17 de 2003, dictada por la Fiscalía Primera de la Unidad Seccional de Vida de Riohacha, contra el señor Luis Rafael Redondo Uriana, siendo posteriormente exonerado de responsabilidad, por virtud de providencia revocatoria, de fecha febrero 13 de 2004, proferida por la Fiscalía Delegada ante el Honorable Tribunal Superior de Riohacha.

SEGUNDA: Condenar en consecuencia, a la Nación Colombiana – Ministerio de Justicia y Derecho, a pagar a los actores o a quien (es) represente (n) sus derechos, como indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, objetivado y subjetivo, actuales y futuros, los cuales se estiman superior a los setenta millones de pesos (\$70'000.000), o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerá la indexación desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta que se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.

CUARTA: El Ministerio de Justicia y Derecho dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al presente proceso en los términos de las disposiciones 176 y 177 del C.C.A. (fls. 2 a 3, C. 1).

Como fundamento fáctico de la demanda, se narró que el 6 de noviembre de 1999, la señora M.H.A. formuló denuncia penal ante la SIJÍN de Riohacha, contra el señor Luis Rafael Redondo Uriana por el delito de acceso carnal violento, motivo por el cual fue capturado ese mismo día.

El señor Redondo Uriana rindió indagatoria y negó la comisión del delito, pero manifestó que efectivamente había tenido una relación sexual con la denunciante de manera consentida, toda vez que habían convenido un pago de \$40.000 por aquel acto, pero que él solamente le pagó la suma de \$20.000, por lo que, la señora M.H.A. se disgustó al sentirse engañada y lo denunció por aquel tipo penal.

El mismo 6 de noviembre de 1999, la Fiscalía Primera Unidad de Vida de Riohacha profirió resolución de apertura de instrucción, y decidió dejar en libertad al señor Redondo Uriana, porque la captura se hizo contraviniendo las garantías constitucionales.

Seguida la instrucción penal se allegó a la investigación un informe de medicina legal, con fundamento en el cual la Fiscalía instructora, mediante proveído de 17 de diciembre de 2003, profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro carcelario en contra del sindicado por el delito de acceso carnal violento.

La anterior decisión fue apelada por el abogado defensor del señor Redondo Uriana. Mediante providencia de 13 de febrero de 2004, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Riohacha resolvió revocar la medida de aseguramiento y se ordenó la preclusión de la investigación penal (fls. 3 a 4 c. 1).

2. El trámite en primera instancia

El Tribunal Administrativo de la Guajira inadmitió la demanda para que se precisara la entidad demandada (fl. 63, c. 1). El escrito se subsanó en el sentido de indicar que correspondía al Ministerio de Justicia y Derecho y la Fiscalía General de la Nación (fl. 64, c. 1).

No obstante lo anterior, el Tribunal, mediante auto de 15 de febrero de 2005, admitió la demanda solamente respecto de la Fiscalía General de la Nación (fl. 67, c. 1), decisión que no fue impugnada por la parte interesada, la cual se notificó en legal forma a ese organismo y al Ministerio Público (fls. 69 a 70, c. 1).

Seguidamente, en proveído de 24 de julio de 2006, el Tribunal *a quo* ordenó remitir el proceso a los Juzgados Administrativos de Riohacha en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA06-3409 de 9 de mayo de 2006 (fl. 79, c. 1).

El Juzgado Segundo Administrativo de Riohacha, mediante auto de 15 de agosto de 2006 avocó el conocimiento de la presente controversia (fl. 86, c. 1); sin embargo, en auto de 28 de mayo de 2009, el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto de 15 de agosto de 2006 (fls. 130 a 131, c. 1) y avocó el conocimiento de la controversia en razón de

las reglas de competencia, asimismo, fijó en lista el asunto para que la Fiscalía diera respuesta a la demanda.

La Fiscalía General de la Nación contestó oportunamente la demanda y se opuso a sus pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó que se limitaba a lo que resultare probado en el curso del proceso. Adujo que la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta al señor Redondo Uriana por la Fiscalía Delegada obedeció a razones jurídicas atendibles en ese momento, determinadas por el acervo probatorio de la investigación penal.

Formuló la excepción de hecho de un tercero, con fundamento en que la investigación penal tuvo su génesis en un informe de la SIJIN y en la denuncia de la señora M.H.A. que puso en conocimiento la comisión del punible de acceso carnal violento, por lo que el Fiscal a cargo contaba con los indicios graves para proferir la medida de aseguramiento (fls. 164 a 172, c. 1).

Mediante providencia del 2 de junio de 2010, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas (fls. 188 a 189, c. 1) y mediante auto del 22 de septiembre de 2010, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fl. 193, c. 1).

En sus alegatos, la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fls. 206 a 208, c. 1) y la entidad demandada hizo lo mismo respecto de la contestación (fls. 194 a 205, c. 1).

Por su parte, el Ministerio Público solicitó que accediera a las pretensiones de la demanda, en el entendido que al señor Redondo Uriana no se le desvirtuó su presunción de inocencia, por lo que no se encontraba en la obligación de soportar la privación de la libertad a causa de una investigación penal que no contó con elementos serios ni argumentos responsables que permitieran justificar la medida de aseguramiento (fls. 210 a 216, c. 1).

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 15 de agosto de 2012, el Tribunal Administrativo de La Guajira denegó las pretensiones de la demanda. Efectuó un recuento de las disposiciones legales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad extracontractual

del Estado y concluyó que al presente caso le era aplicable un régimen subjetivo de responsabilidad.

Señaló que la Fiscalía General de la Nación impuso una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra el actor, por considerar que se cumplían los requisitos exigidos por la Ley 600 de 2000, esto es, que se contaba con que al menos dos indicios graves de responsabilidad y la pena a imponer, en caso de una sentencia condenatoria, superaba los 4 años de prisión, tal como lo disponía el artículo 356 de la citada norma.

Aseveró que el ente acusador tuvo como indicios graves de la responsabilidad penal en contra del señor Redondo Uriana i) la denuncia de 6 de noviembre de 1999 formulada por la víctima del delito de acceso carnal violento y ii) el dictamen médico – sexológico practicado a la denunciante.

A juicio del *a quo*, las razones que tuvo la Fiscalía General de la Nación para proferir la medida de aseguramiento en contra del hoy actor estaban suficientemente fundamentadas. Si bien se dictó una decisión favorable al sindicado, ello no desvirtúa la existencia de los requisitos que en su momento eran necesarios para imponerle al procesado la medida de detención preventiva (fls. 219 a 228, c. 2).

4. El recurso de apelación

La parte actora presentó de manera oportuna recurso de apelación mediante el cual solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Adujo que en el plenario obraban pruebas suficientes del daño antijurídico imputable a la Fiscalía General de la Nación, circunstancia que la entidad demandada no desvirtuó.

Añadió que el Tribunal desconoció el régimen de responsabilidad de carácter objetivo, que resulta aplicable cuando se absuelve al sindicado en aplicación del principio de *in dubio pro reo* (fls. 230 a 237, c. 2).

5. El trámite de segunda instancia

El recurso fue concedido en proveído de 18 de septiembre de 2012 (fl. 240, c. 2), y fue admitido por auto del 22 de noviembre siguiente (fl. 244, c. 2). El 18 de

enero de 2013, se corrió traslado a las partes, para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 246, c. 2).

En esta oportunidad procesal, la Fiscalía General de la Nación manifestó que se encontraba acreditado que la medida de aseguramiento dictada en contra del señor Redondo Uriana se efectuó con fundamento en los indicios graves que obraban en su contra (fls.248 a 259, c. 2).

El Ministerio Público solicitó la revocatoria de la sentencia porque consideró que la privación de la libertad del hoy demandante se tornó en injusta dado que la presunción de inocencia no fue desvirtuada (fls. 273 a 275, c. 1).

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal (fl. 276, c. 2).

En proveído de 21 de junio de 2018, la Sala dispuso oficiar a la Fiscalía Primera Unidad Seccional de Riohacha, para que allegara en calidad de préstamo, el proceso penal mediante el cual estuvo investigado el hoy demandante (fl. 339, c. ppal.).

En auto de 14 de enero de 2019, se fijó fecha de inspección judicial sobre el referido expediente del proceso penal (fl 345, c. ppal.).El 11 de febrero de 2019,se llevó a cabo la audiencia y se incorporación a la presente controversia algunas pruebas documentales de importancia para el desarrollo de la misma.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, el 15 de agosto de 2012, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra

radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

2. El ejercicio oportuno de la acción

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

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad².

La investigación penal en contra del actor se declaró precluida en providencia de 13 de febrero de 2004, proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de la Guajira, la cual cobró firmeza el mismo día de su expedición³, lo que lleva a concluir que la demanda fue interpuesta oportunamente, ya que su radicación se efectuó el 9 de diciembre de 2004 (fl. 8, c. 1), vale decir, dentro del término de dos años.

¹ Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ De conformidad con el artículo 187 de la Ley 600 de 2000 *“Artículo 187. Ejecutoria de las providencias. Las providencias quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas si no se han interpuesto los recursos legalmente procedentes.*

La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente. Subrayado Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 641 de 2002

Las providencias interlocutorias proferidas en audiencia o diligencia quedan ejecutoriadas al finalizar ésta, salvo que se hayan interpuesto recursos. Si la audiencia o diligencia se realizare en varias sesiones, la ejecutoria se producirá al término de la última sesión.

3. La legitimación en la causa

Al proceso concurrió el señor Luis Rafael Redondo Uriana como persona que fue privada de la libertad en virtud del proceso penal adelantado en su contra por el delito de acceso carnal violento (c. 2).

Al proceso concurrieron los señores Alicia Uriana y Luis Rafael Redondo Epiayú quienes acreditaron ser los padres del señor Luis Rafael, según consta en el registro civil de nacimiento de este (fl. 46, c. 1); los menores Wiston Deyin, Yeiner Alexander, Briseida Elena, Rafael Jesús y Esneider José Redondo Epiayú acreditaron ser hijos de aquel con los registros civiles de nacimiento (fls. 47, 50 a 53, c. 1), y las señoras Mariela y María Isabel Redondo Uriana, quienes probaron la calidad de hermanas del señor Luis Rafael con los respectivos registros civiles de nacimiento (fls. 54 a 55, c. 1), a partir de lo cual se infiere que se encuentran legitimados en la causa por activa.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que a la Nación–Fiscalía General de la Nación, se le imputa un daño en razón de la detención del señor Luis Rafael Redondo Uriana, motivo por el que considera la Sala que tiene legitimación para actuar dentro del presente asunto.

4. La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento artículo 90 de la Constitución Política

4.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la

presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación la privación⁴.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos donde resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal⁵.

4.2. Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue modificado recientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica establecer: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. La Sala señaló en la mencionada sentencia⁶:

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 Civil⁷, la conducta de quien fue

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁷ “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.

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.

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 ello⁸.

“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”.

⁸ Consideración que resulta congruente con la parte resolutive del mismo fallo:

“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

4.3. Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/18⁹, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, así como la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad¹⁰.

La Corte Constitucional reitera que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política¹¹.

En el mismo sentido precisa que en determinados eventos, entre los cuales se hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, y a aquellos en los cuales se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el

*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.*

⁹ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁰ *Ibídem*. Acápites 117 y 118.

¹¹ *Ibídem*, Acápites 119 y 120.

precedente constitucional con efectos *erga omnes*, esto es la sentencia C-037 de 1996¹².

De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Por último, la Corte Constitucional, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que en todos los casos en los que se reclame la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debe valorarse la culpa exclusiva de la víctima¹³.

4.4. Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado Social de Derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución Política, entre otros, bajo el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser entendidos sino tienen como punto de partida la libertad¹⁴.

Sin embargo, la libertad, como otros derechos, no tiene carácter ilimitado y puede ceder en casos excepcionalísimos al disfrute de los derechos por parte de otros individuos o a la búsqueda del bienestar general. La fuente principal de esas restricciones es el derecho punitivo, que al mismo tiempo la reconoce de manera principalísima como un principio¹⁵¹⁶.

Esas restricciones excepcionales a la libertad, además de los límites constitucionales, están sometidas de manera superlativa a estrictas reglas de competencia, de tiempo para verificar su legalidad, así como a la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción. En el mismo sentido debe hacerse una diferenciación tajante entre dos figuras, pena y detención preventiva, y que esta no puede implicar, de ninguna manera, una vulneración al principio de presunción

¹² *Ibidem*, Acápites 121.

¹³ *Ibidem*, Acápites 124

¹⁴ *Ibidem*, Acápites 67 a 69.

¹⁵ *Ibidem*. Acápites 69 y 70.

¹⁶ Artículos 4 del Decreto Ley 2700 de 1991, 3 de la Ley 600 de 2000 y 2 de la Ley 906 de 2004.

de inocencia y que, conforme al bloque de constitucionalidad, se encuentran sometidas al criterio irreductible de que sean absolutamente necesarias¹⁷.

Pero además de la necesidad, ese ejercicio punitivo preventivo del Estado encuentra otro límite, como es el principio de proporcionalidad, que permite desde el ámbito constitucional examinar y neutralizar los excesos de la potestad de configuración del legislador penal, en particular la medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal de una persona imputada por un hecho punible. La regla de proporcionalidad impone que los beneficios de las medidas preventivas deben ser superiores o razonablemente equivalentes a las restricciones que imponen a los afectados por ellas¹⁸.

Bajo los anteriores parámetros, la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el Consejo de Estado, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen responsabilidad subjetivo como objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política¹⁹.

Sin embargo, señala que en cuatro eventos de absolución, como son que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o porque se aplicó el principio del *in dubio pro reo*, se ha aplicado el título objetivo de imputación del daño especial.

Para la Corte Constitucional un régimen de tal naturaleza, pasa por alto que la falla del servicio es el título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo excepcional y el daño especial, son residuales “*esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación*”^{20*21}.

¹⁷ Ibidem. Acápito 70. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁸ Ibidem. Acápito 71. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁹ Ibidem. Acápito 101.

²⁰ Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzón y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación de injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente *“definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”*²². Frente a este tópico prescribe:

*En este punto se precisa que esa comprensión fue plasmada como condicionamiento de dicho artículo, al consignar en el numeral tercero de la parte resolutive que se declaraban exequibles “pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...)”, entre otros, el artículo 68, sobre el cual en la parte considerativa se había determinado que las reflexiones transcritas eran las condiciones para declararlo exequible*²³.

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales²⁴, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo el grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado²⁵.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de *“razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”*²⁶²⁷. Al respecto concluye:

septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

²¹ Ibidem. Acápito 102.

²² Ibidem. Acápito 102.

²³ Ibidem. Acápito 102.

²⁴ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 906 de 2004.

²⁵ Ibidem. Acápito 103.

²⁶ Ibidem. Acápito 104.

*Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares²⁸.*

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse²⁹.

La Corte señala que lo anterior no impide que se creen reglas en pro de ofrecer homogeneidad en materia de decisiones judiciales, pero estas deben fundamentarse en un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no en

²⁷ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento...

²⁸ Ibídem. Acápito 104.

²⁹ Ibídem. Acápito 104.

generalizaciones normativas, que no tomen en cuenta las posibilidades que giran en torno a esas fuentes.

4.5. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “*el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos*”³⁰.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación, el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal³¹.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absoluciones consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral³².

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo³³.

4.6. En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo.

³⁰ Ibidem. Acápito 105.

³¹ Ibidem. Acápito 105.

³² Ibidem. Acápito 106.

³³ Ibidem. Acápito 106.

Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

Bajo los anteriores parámetros entra a considerarse el caso concreto.

5. Problema jurídico

La Sala examinará si en el presente caso se reúnen los presupuestos necesarios para que la Nación - Fiscalía General de la Nación deba responder patrimonialmente por la privación de la libertad padecida por el señor Luis Rafael Redondo Uriana, ordenada dentro de la investigación que cursó ante la Fiscalía Seccional de Riohacha, por el delito de acceso carnal violento y que culminó con preclusión de la investigación penal, la cual tuvo como fundamento la aplicación del principio del *in dubio pro reo*.

5.1. El daño

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

En el caso concreto, el daño alegado por el demandante es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo detenido en centro carcelario en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra como supuesto autor del delito de acceso carnal violento, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario el 8 de enero de 2004, según consta en el informe del CTI de esa misma fecha, así:

En el día de hoy 08 de enero del presente año, nos desplazamos hasta la ranchería 'Las Delicias' kilómetro 3 vía Santa Marta, con el propósito de hacer efectiva la captura, es así que este señor fue interceptado en

ese lugar a eso de las 05:20 horas, el que se identificó al instante de la captura como Luis Rafael Redondo Uriana, identificado con la cédula de ciudadanía No.84'078.783 expedida en Riohacha Guajira.

Al capturado se le informó el motivo de su captura, la autoridad que lo requiere, legalmente se les respetaron sus derechos fundamentales.

El capturado fue conducido hasta las instalaciones del Cuerpo Técnico de Investigaciones de esta ciudad donde se le dio por escrito el acta de los derechos de captura (fl. 42, c. 1).

Lo mismo se señaló en el acta de derechos del capturado: “*Riohacha, enero 08 de 2004. Nombre del capturado: Luis Rafael Redondo Uriana. Delito: Acceso carnal violento. Despacho: Fiscalía 001 Unidad 001 vida de Riohacha*” (fl. 43, c. 1).

La privación de la libertad se extendió hasta el 13 de febrero de 2004, fecha en la que se profirió resolución de preclusión de la investigación penal, proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de la Guajira y en la cual se dispuso librar la boleta de libertad, dirigida al Director de la cárcel del Distrito de Riohacha (fl. 18, c. 1).

Ahora bien, es preciso señalar que dentro de la investigación penal adelantada contra el hoy demandante se encuentra probado que los hechos objeto de la investigación ocurrieron el 6 noviembre de 1999, y que ese mismo día fue capturado por miembros de la Policía Nacional; sin embargo fue dejado en libertad por orden de la Fiscalía Primera Unidad de Vida previa suscripción del acta de compromiso de acudir a las autoridades cuando fuera requerido, al considerar que la captura no cumplió las garantías constitucionales (fl. 10, c. 3).

En concordancia con lo anterior, encuentra la Sala que con la demanda se pretende que se indemnicen los perjuicios padecidos por el señor Luis Rafael Redondo Uriana y su familia por la privación de la libertad en el establecimiento carcelario, por lo tanto, se encuentra probado que el hoy demandante fue privado de su libertad en centro de reclusión desde el 8 de enero de 2004 hasta el 13 de febrero del mismo año, en razón de la investigación penal que se adelantó por los hechos acaecidos el 6 de noviembre de 1999.

Al proceso concurrieron los señores Alicia Uriana y Luis Rafael Redondo Epiayú los menores Wiston Deyin, Yeiner Alexander, Briseida Elena, Rafael Jesús,

Esneider José Redondo Epinayú y las señoras Mariela y María Isabel Redondo Uriana, quienes acreditaron el parentesco que los vincula con el señor Luis Rafael en sus calidades de hijo, padre y hermano, respectivamente (fls. 46 a 55, c. 1), hecho a partir del cual se infieren que padecieron un daño por la privación de la libertad.

5.2. La imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si resulta antijurídico y, además, imputable jurídica o fácticamente a la Nación – Fiscalía General de la Nación, toda vez que, se recuerda, a juicio de la parte demandante, la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Redondo Uriana debe calificarse como injusta, ya que su presunción de inocencia no fue desvirtuada, por lo tanto, no estaba en el deber jurídico de soportar la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad en centro carcelario.

Ahora bien, valorado en conjunto el material probatorio, ha de decirse que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- El 6 de noviembre de 1999, la señora M.H.A. formuló denuncia penal ante el departamento de Policía de la Guajira – SIJIN Riohacha, contra el señor Luis Rafael Redondo Uriana por el punible de acceso carnal violento, así:

Yo iba del seguro para mi casa cuando iba por la catorce con diez miré hacia atrás y vi que venía detrás de mí cuando quise correr ya lo tenía encima, intenté tocar en una casa pero no me dio tiempo, después de eso él me agarró por la espalda y me puso un puñal en el estómago, me obligó a caminar hasta la construcción y me dijo que si no tenía relaciones con él me iba a puñalear. PREGUNTADO: Diga al despacho si usted accedió voluntariamente, en vista de que estaba siendo presionada por el particular. CONTESTÓ: Sí me opuse al momento pero me puso la puñaleta (sic) en el estómago y entonces no me quedó más remedio que quitarme la ropa, PREGUNTADO: Diga al despacho si anteriormente había visto a esta persona o si había sido amenazada. CONTESTÓ: Nunca lo había visto ni había sido amenazada. PREGUNTADO: diga al despacho qué se encontraba haciendo a esta hora de la madrugada y sola. CONTESTÓ: Pues venía a apartar una cita al seguro social. PREGUNTADO: Cuántas personas fueron las que la accedieron y cómo eran. CONTESTÓ: Uno y era indígena, color moreno. PREGUNTADO: Diga al despacho qué hizo después de haber sido agredida. CONTESTÓ: Me dio miedo denunciarlo en ese momento

y me fui a mi casa, me puse a pensar y decidí venir a denunciarlo (fl. 22, c. 1).

- Ese mismo día, miembros de la Policía Nacional de La Guajira dejaron a disposición de la Fiscalía Local de Riohacha al señor Redondo Uriana, con la siguiente anotación:

Por medio de presente me permito dejar a disposición de esa Unidad, al particular de nombre LUIS RAFAEL REDONDO URIANA, identificado con la CC. No. 84'078.783 de Riohacha, de 27 años de edad, de profesión desconocida, quien momentos antes portando un arma blanca al parecer cuchillo, intimidó y cometió el delito de acceso carnal violento a la joven quien dijo llamarse M.H.A., indocumentada, de 23 años de edad, natural de esta ciudad, estudiante, residente en la Kra 11 #13-59, quien formuló la respectiva denuncia.

Los hechos se presentaron el día de hoy 061199, a las 4:30 horas en el sector de la calle 15, cerca de las instalaciones del edificio TELECOM, y se logró actuar en forma rápida gracias a la llamada telefónica de un ciudadano (fl. 1, c. 3).

- El 6 de noviembre de 1999, la Fiscalía Primera Unidad de Vida de Riohacha profirió resolución de apertura de instrucción en contra del hoy demandante y, además, ordenó escuchar en indagatoria al sindicado, el cual, en diligencia llevada a cabo ese mismo día, manifestó lo siguiente³⁴:

Yo ayer me puse a beber temprano con mi hermano Luis Manuel Redondo, y mi primo Carlos Emilio Redondo, estábamos bebiendo en el Bar California, allí estuvimos hasta las 4:00 de la tarde, después nos vinimos para la Primera, de allí nos fuimos para Las Delicias, buscamos plata y nos fuimos para el Rancho de Batalla, eran como las 8:00 de la noche, seguimos bebiendo, no teníamos más plata y entonces mi hermano y mi primo salieron a buscar plata para comprar más wiski y yo me quedé solo, entonces decidí irme, salí y caminé por la carrera de Telecom, ya eran como las 11:00 de la noche, entonces

³⁴ Respecto de la validez probatoria de la indagatoria, la Sección Tercera en sentencia 8 de junio de 2017, exp. 43402 señaló: "Al respecto, cabe señalar que esta Corporación ha sostenido que la indagatoria no puede ser considerada como medio de prueba en los procesos administrativos, por la ausencia del rigor del juramento de que gozan otros medios de prueba como el testimonio. Esta posición ha venido siendo morigerada cuando de forma libre y espontánea, el investigado decide voluntariamente colaborar con la administración de justicia o someterse a ella sin presión de ninguna naturaleza. En estos eventos, la verdad material contribuye con el esclarecimiento del proceso penal suministrando elementos de análisis integral (...) se hace necesaria la valoración de la indagatoria para el análisis integral del caso, ya que ella, aunada a otros medios de prueba, da luces respecto del comportamiento adoptado por el señor (...), el cual, como se verá influyó en la imposición de la medida de aseguramiento dictada en su contra".

me encontré con la muchacha, se me olvida el nombre, yo la convidé a que estuviera conmigo y le ofrecí \$40.000 barras, ella aceptó y me dijo vamos a meternos allí y nos metimos a una casa que no tiene techo, después que hicimos el rato, yo la acompañé hasta la puerta de su casa, ella me dijo que vivía allí, entonces me dijo, dónde está la plata, o sea, los 40.000 pesos, entonces yo nada más le di \$20.000 y por eso se enojó, me dijo que ella estaba enferma y que iba para los seguros a apartar una cita que necesitaba la plata, después me dijo que la acompañara pal (sic) seguro, yo le dije que tenía que ir a la ranchería y la dejé y me quedé en el Rancho de Batalla porque mi hermano y mi primo ya habían regresado, yo la veía, ella entró dos veces a Telecom, luego llegó la Policía y se montó, (...) entonces se vino la camioneta de la patrulla y uno de los agentes me dijo móntate, yo les dije que por qué me iba a montar si no había hecho nada malo, entonces me dijo móntate y yo me monté porque me obligaron, después me trajeron al cuartel y ella entonces quería cachetearme y se puso a llorar y me dijo te voy a hundir porque tú me hiciste esto (...), yo le dije que no andaba armado, que nada más tenía la cartera, yo le dije que pasado mañana le podría dar los otros \$20.000, allí me jodió por la plata (...)

PREGUNTADO: La señora M.H.A. manifestó que usted la amenazó con una navaja y la accedió carnalmente. Qué nos puede manifestar al respecto: CONTESTÓ: Nada, yo no la amenacé, yo no cargo ni navaja, solo la cartera y una peinilla, yo eso se lo mostré al policía, le dije es lo único que cargo, nada más (...)

PREGUNTADO: Diga si la señora M.H.A. en algún momento opuso resistencia. CONTESTÓ: Nada, yo por eso me asusté cuando ella llegó con la Policía y pensé que ya me iban a joder por los \$20.000 (fl. 26, c. 1).

- El 6 de noviembre de 1999, la Fiscalía Primera Unidad de Vida de Riohacha, a través de oficio No. 145 dirigido al Director Seccional del CTI, solicitó dejar en libertad inmediata al señor Redondo Uriana, toda vez que advirtió una irregularidad en su captura. En todo caso ordenó que este “suscribiera acta de diligencia de compromiso en la cual se obliga a presentarse en la Fiscalía cuantas veces en razón del proceso sea requerido” (fls. 28 a 29, c. 1).

- El 8 de noviembre de 1999, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional de La Guajira allegó a la investigación penal un informe del examen físico realizado a la denunciante, del cual se destaca lo siguiente:

No se evidencian huellas de lesiones recientes que permitan fundamentar una incapacidad médico legal. Carúnculas himeneales no

se evidencian huellas externas de agresión reciente, la cual no se descarta. Se toman muestras.

De acuerdo al desarrollo pondoestatural (...) y sexual secundario tiene la edad clínica superior a dieciocho (18) años. El examen mental se considera dentro de los límites normales (fl. 32, c. 1).

- El 17 de diciembre de 2003, la Fiscalía Primera de la Unidad Seccional de Vida resolvió proferir medida de aseguramiento en contra del señor Luis Rafael Redondo Uriana, consistente en detención preventiva en centro carcelario, al considerarlo presunto autor del punible de acceso carnal violento del que resultó víctima la señora M.H.A. (fls. 36 a 39, c. 1), así se señaló:

Nótese especialmente que del recaudo probatorio encontramos en principio el informe policivo de captura del sumariado REDONDO URIANA el cual según se lee se originó gracias a una llamada telefónica y por ello pudo la policía actuar de manera rápida logrando la captura del aquí sumariado, es decir, que su captura se debió no a la manifestación o denuncia que hiciera la víctima misma sino a la oportuna información entregada por vía telefónica que hiciera un ciudadano.

Ahora bien, nótese que del texto de la denuncia penal formulada por la víctima, se desprende que luego de ocurridos los hechos la víctima no concurrió de manera inmediata a la autoridad policiva sino que fue a su casa y luego de pensar lo que le había ocurrido decidió formular la denuncia penal, aspecto que igual concuerda de manera armónica con la forma como el informe policivo de captura señala que operó por información ciudadana.

De igual manera la víctima señala que en todo momento estuvo bajo la intimidación con un arma blanca o cuchillo, esto es que no se ejerció violencia física contra la integridad de la víctima, sino una mera amenaza de proceder en contra de su integridad sino se dejaba hacer lo que su agresor le hacía, por ello resulta coherente el hecho de que la víctima no presenta signos de violencia física en su cuerpo y muy especialmente en sus genitales externos, toda vez que lo que se ejerció por el victimario fue una fuerza psicológica de amenaza capaz y suficiente para hacer nacer en la víctima el temor de ser dañada lesionada con un arma blanca si no accedía a lo que el sindicado quería.

De igual manera debemos señalar que según el dictamen médico sexológico la víctima no presenta lesiones en sus genitales internos ni externos lo que no descarta el acceso sexual, pues como se advierte se trata de una múltipara, sumado al hecho de que es el mismo

sindicado quien afirma que efectivamente sí existió una relación sexual entre él y la denunciante lo que permite dar credibilidad al hecho denunciado por la víctima, esto es, que fue obligada mediante intimidación con un arma blanca a permitir ser accedida sexualmente por el aquí sindicado y que este hecho se dio así no se hubiera logrado evidenciar violencia física alguna, pues la violencia se opera de manera psicológica mediante la forma de amenaza.

La denunciante señala que ella se encontraba a esas horas de la madrugada apartando una cita en el seguro social, situación que fue aprovechada por su agresor, con lo cual justifica la presencia en el lugar de los hechos, lo que sin duda alguna descarta la versión defensiva del sindicado en el sentido de [que] contrató con la víctima mantener una relación sexual por el valor de 40.000 pesos, porque además el mismo sumariado es quien en desarrollo de su indagatoria manifiesta que se habían quedado sin dinero para seguir tomando, lo que explica que no es cierto que él hubiera ofrecido pagarle a la víctima para que tuvieran una relación sexual, pues de haber sido cierto igualmente hubieran acordado ir a un sitio apropiado para tal encuentro, aspecto que igualmente, tampoco se corresponde con el hecho que consistió en que fue una casa abandonada del sector donde fue introducida ella para ser accedida, pero bajo la amenaza de lesionarla con un cuchillo. También encontramos que el victimario y la víctima no se conocían con antelación y que es el mismo sindicado quien señala que la víctima le manifestó que no podía porque se encontraba enferma y que iba para el seguro social, lo que sin duda explica que existe veracidad en el dicho de la demandante y por ello ofrece su dicho credibilidad, comprometiendo la responsabilidad penal del aquí sindicado Redondo Uriana.

(...)

Imponer medida de aseguramiento en contra de LUIS REDONDO URIANA, consistente en DETENCIÓN PREVENTIVA, sin beneficio de libertad provisional, de conformidad con los artículo 205 del C.P. y 356, 357 del C.P.P. y como presunto responsable del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO del que resultó víctima la joven M.H.A., que deberá cumplir en la cárcel de esta ciudad. Para tal efecto la correspondiente orden de captura (fls. 37 a 39, c. 1).

- El 13 de febrero de 2004 la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de La Guajira decidió precluir la instrucción de acuerdo con los siguientes argumentos:

La presente investigación se inició en el año 1999 en el mes de noviembre cuando fue capturado el inculpado Redondo Uriana, se le

vinculó mediante indagatoria y se le dejó en libertad por haber sido ilegalmente capturado se ordenó ampliar la denuncia a la ofendida, lo cual no se llevó a cabo, de ahí en adelante nunca más se impulsó a fin de investigar lo que verdaderamente había ocurrido. En el actual momento y con base en las pruebas practicadas en el proceso, se le resuelve la situación jurídica al implicado con medida de aseguramiento' de detención preventiva porque, como se anotó arriba, el señor funcionario A Quo, al analizar las pocas pruebas allegadas, consideró que la víctima decía la verdad en su denuncia y que el informe sobre captura, la indagatoria y el dictamen del legista corroboraban sus manifestaciones, sin embargo, de acuerdo con el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal para afectar con medida de aseguramiento a una persona, se requiere por lo menos la existencia de dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso y en el caso que nos ocupa se observa que solo obra la denuncia de la implicada señalando a Redondo Uriana como la persona que la accedió sexualmente con violencia utilizando un arma blanca con la cual amenazó lesionarla sino accedía a sus pretensiones, hecho que no está sustentado en otro medio probatorio, porque el implicado en su indagatoria lo niega, acepta que sí tuvo con ella una relación sexual, pero con su consentimiento ante el ofrecimiento de cierta cantidad de dinero, lo cual incumplió, siendo este el motivo de su denuncia.

(...)

Ante tantos vacíos probatorios se puede concluir, que en el caso que nos ocupa, se da la duda, pues no obra otro medio de convicción en que se sustente lo manifestado por la ofendida, porque como se anotó anteriormente, es la versión de ella contra la del sindicato y ante esa situación y sin otro sustento probatorio, es imposible que se le dé credibilidad a uno o al otro no, en conclusión, esta Delegada no encuentra, en el escaso caudal probatorio, se den las exigencias del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal, para que se afecte con medida de aseguramiento de detención preventiva al inculgado.

Estamos de acuerdo con el A Quo en que como el término de instrucción se halla más que vencido, no es procedente decretar ni practicar pruebas, razón por la cual y ante la duda probatoria la cual se resuelve a favor del sindicato, la única determinación que podemos tomar en este momento procesal es el de dictar resolución de preclusión de la investigación de acuerdo a lo normado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal porque así como se encuentra la investigación, la actuación no puede proseguir (fls. 15 a 17, c. 2).

Así las cosas, de acuerdo con el material probatorio arrimado al plenario, para efectos de decidir el caso puesto a su consideración, precisa la Sala necesario concluir lo siguiente:

- i)* Entre el señor Rafael Redondo Uriana y la señora M.H.A. existió una relación sexual el día 6 de noviembre de 1999 en el municipio de Riohacha.
- ii)* El dicho de la señora M.H.A. da cuenta de que fue una relación sin consentimiento y que el señor Redondo Uriana la intimidó con arma blanca.
- iii)* El dicho del hoy demandante da cuenta de que este le ofreció \$40.000 a la señora M.H.A. a cambio de una relación sexual pero que una vez efectuado el acto sexual, este le pagó la suma de \$20.000 y, que según su juicio, la mujer en represalia lo denunció por acceso carnal violento.
- iv)* La investigación penal en contra del señor Redondo Uriana fue precluida en virtud del principio de *in dubio pro reo*.

En relación con el marco legal de la investigación penal, conviene aclarar que a las diligencias adelantadas en contra del demandante, por versar sobre hechos ocurridos en 1999, le resultaban aplicables las disposiciones procesales contenidas el Decreto 2700 de 1991; sin embargo, el 25 de julio de 2001 entró a regir la Ley 600 del 2000, la cual, en su artículo 535, derogó expresamente el “Decreto 2700 de 30 de noviembre de 1991 (...) sus normas complementarias y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente”, de manera que, a partir de la referida fecha, el proceso penal objeto de análisis debía tramitarse con observancia de las disposiciones previstas en la Ley 600 de 2000.

Frente a la aplicación de las normas en cita, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

En relación con las normas procesales de efectos sustanciales, la resolución del conflicto por un tránsito de leyes en el tiempo, en términos generales, resulta de fácil solución cuando quiera que se tengan dos enunciados que formen parte de dos o más sistemas de procedimiento similares. No genera ningún inconveniente, por ejemplo, el enfrentamiento entre las reglas del Decreto 050 de 1987 y las del Decreto 2700 de 1991, o entre las de éste y las de la Ley 600 del 2000.

El estudio y escogencia de la pauta benigna surge evidente, porque se parangonan sistemas y estructuras de procedimiento penal semejantes, que regulan las mismas materias y parten de los mismos presupuestos.

En efecto, en los estatutos indicados, en general, se toma como base un mismo régimen, conocido como inquisitivo con tendencia acusatoria (...).

Para citar algunos ejemplos, todos regulan, con similares presupuestos, trámite y finalidades, la indagación previa, la instrucción, la vinculación del imputado por medio de indagatoria o declaratoria de persona ausente, las medidas de aseguramiento, el cierre de la investigación y la acusación. Y las actuaciones del fiscal que afectan derechos se entienden como providencias interlocutorias judiciales, pasibles de los recursos ordinarios³⁵.

Con fundamento en lo anterior y, dado que la medida de aseguramiento en contra del señor Redondo Uriana se profirió el 17 de diciembre de 2003, esto es, en vigencia de la Ley 600 de 2000, este será el marco de referencia para realizar el respectivo análisis de responsabilidad patrimonial.

Los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 establecían que la detención preventiva como medida de aseguramiento³⁶ solo se imponía “*cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso*”³⁷.

El artículo 340 *ibídem* señalaba que, producida la captura y conducido el capturado a la autoridad judicial competente, “*la indagatoria deberá recibirse en la mayor brevedad posible o a más tardar dentro de los tres días siguientes a aquél en que el capturado haya sido puesto a disposición del Fiscalía General de la Nación o su delegado*”.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de marzo de 2006, expediente 24300, M.P. Marina Pulido de Barón.

³⁶ Así establece el artículo 355 de la Ley 600 de 2000: “*La imposición de la medida de aseguramiento procederá para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria*”.

³⁷ Artículo 356 *ibídem*: “*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”.

Finalmente, el artículo 354 de la Ley 600 de 2000 disponía que se debía resolver situación jurídica en los eventos en que fuera procedente la detención preventiva y que *“cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata”*.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para el asunto estudiado, establecía que era deber de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y, que la actuación se desarrollaría teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos procesales (artículo 9).

6. Valoración probatoria en casos de delitos sexuales

La situación especial que comporta un caso de violación a la autonomía sexual, precisa la Sala poner de presente algunos pronunciamientos efectuados por las diferentes jurisdicciones en relación con la función del Estado en la eliminación de la discriminación y violencia de género y en la garantía de derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T - 338 de 2018, advirtió que la Rama Judicial al interior de la estructura del Poder Público deberá velar por el cumplimiento de las garantías tendientes a la eliminación de la discriminación de la mujer y a garantizar una vida libre de violencia, esto implica, entre otras cosas, que el operador judicial no actúe desde una forma estereotipada inclinada por la normalización e invisibilidad de la violencia contra la mujer. Al respecto, se expuso en la providencia:

Son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma

que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad.

(...) para esta Corte es claro que, de los mandatos contenidos en la Constitución y en las Convenciones sobre protección a la mujer, se deduce que el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo.

Así, por ejemplo, se extrae que el Estado debe: a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; b) prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; e c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras.

*35. Esta última obligación, en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la **Rama Judicial del Poder Público**; por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad³⁸ (destacado del original).*

Asimismo, en la sentencia de T - 126 de 2018, la Corte expuso varias situaciones que resaltan el concepto de “debida diligencia” en casos de violencia sexual, de las que se destacan las siguientes apreciaciones:

Para la Corte la obligación de ‘debida diligencia’ en las actuaciones de investigación judicial, conforme lo exigen organismos internacionales como el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁹, es un elemento axial. Al

³⁸ Plazas-Gómez C. V (ed). (2018) *Hacia la Construcción de una Política Fiscal con Enfoque de Género en Colombia, Perspectiva de género: reconocimiento de los derechos de la mujer, origen teórico y desarrollo legal*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Pág. 75-76.

³⁹ Los artículos 4.c de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y 7.b Convención de Belem do Pará, establecen el deber de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de conductas de violencia contra la mujer. Por su parte la CEDAW estableció en la Recomendación General No. 19 que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la

respecto, esta Corporación ha precisado que en casos de violencia sexual, las autoridades judiciales deben encaminar sus actuaciones con perspectiva de género y la observancia de los principios de igualdad y respeto⁴⁰. Así, a la luz de los estándares establecidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴¹, la Corte Constitucional ha precisado que la debida diligencia implica al menos los siguientes factores:

‘El deber de garantizar los derechos fundamentales de las víctimas de violencia sexual, especialmente cuando son niños y mujeres, impone a las autoridades judiciales –incluidos los fiscales– la obligación de adelantar las respectivas investigaciones y juicios penales con debida diligencia. Este deber de debida diligencia se traduce en obligaciones concretas como (i) adelantar la investigación de manera oportuna y dentro de un plazo razonable; (ii) no tomar decisiones discriminatorias basadas en estereotipos de género; (iii) brindar a las víctimas oportunidades para ser oídas y participar dentro del proceso, así como tomar en cuenta sus opiniones y reclamos, y adoptar mecanismos para facilitar la rendición del testimonio y para proteger su intimidad; (iv) dictar mandatos judiciales de amparo para evitar nuevas agresiones, así como para garantizar la seguridad de la víctima y su familia durante y después del proceso; (v) dar aviso a las víctimas de la liberación de los agresores; (vi) brindar información a las víctimas sobre sus derechos y la forma cómo puede participar en el proceso, así como orientación psicológica; (vii) permitir a las víctimas solicitar el control de legalidad de las decisiones que afectan sus derechos; y (viii) guardar la debida reserva de la identidad de la víctima⁴²’.

violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”. Concretamente, la Corte Interamericana ha establecido que en los casos de violencia contra la mujer en contextos de discriminación estructural las autoridades judiciales deben adelantar las diligencias con perspectiva de género. Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Párr. 258.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencias T-967 de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-271 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva; SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez).

⁴¹ Los casos más relevantes sobre violencia sexual contra la mujer de la jurisprudencia interamericana son los siguientes. Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006; caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010; caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014; Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015; Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017; Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-843 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Luis Ernesto Vargas Silva).

En dicha providencia se resaltó, además, que se debe dar credibilidad al testimonio de las víctimas, incluso cuando las denuncias no se hayan realizado en las primeras entrevistas con las autoridades judiciales, y se deben considerar en conjunto las evidencias y el contexto en el que ocurre la violencia sexual:

4.5.9. Las mujeres víctimas de violencia sexual, aparte de tener que sufrir las afectaciones generadas por el ilícito, se deben enfrentar al sistema judicial al momento de presentar la denuncia y esto trae una serie de situaciones como entrevistas, exámenes psicológicos, declaraciones reiteradas de los hechos, entre otros, que pueden implicar una revictimización. Esta situación exige “un deber ético de quienes integran el sistema de justicia, minimizar su sufrimiento al momento de cumplir con las diligencias judiciales”⁴³.

Así pues, en esa providencia se hizo énfasis en que las autoridades judiciales deben reevaluar el uso del lenguaje en procesos de violencia contra la mujer y recordó que en los casos investigados por violencia sexual se deben cumplir con ciertas garantías, tales como: i) el derecho a que se valore el contexto en el que ocurrieron los hechos, ii) el derecho a que no se imponga una tarifa probatoria a la credibilidad de la víctima, iii) el derecho a que se aprecie y valore el testimonio de la víctima, teniendo en cuenta el ‘*modus operandi*’ de estos delitos, iv) el derecho a que se les garantice una protección especial durante todo el proceso de investigación y que esta se adelante con la mayor seriedad y diligencia, v) el derecho a ser tratadas con la mayor consideración y respeto por parte de las autoridades y vi) el derecho a que las diligencias no conlleven a la revictimización.

En similar sentido, la sección Tercera ha puesto de presente las diferentes instituciones normativas que protegen a la mujer de actos violatorios de derechos humanos:

Desde 1945, la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) proscriben la

⁴³ Corte Constitucional, sentencia T-234 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). La Corte adujo que “el hecho de denunciar este tipo de ilícitos, no tiene en la mujer un efecto reparador, debido a que debe enfrentarse a revictimizaciones producidas en los exámenes médico-legales que deben ser practicados, la incredulidad o culpabilización de los funcionarios que reciben la denuncia, el tener que repetir constantemente su relato en condiciones poco dignas (personal sin técnicas básicas de escucha responsable, lugares inadecuados, incómodos, ruidosos y concurridos).”

discriminación contra la mujer y propugnan por hacer efectivos los derechos y libertades de todas las personas, sin distinción por razones del sexo.

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

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

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

En adición, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, conocida también como Convención de Belém do Pará, ratificada por la Ley 248 de 1995, define los tipos de violencia, sus ámbitos, la responsabilidad del Estado en materia de atención, prevención, sanción y propende por el pleno reconocimiento de la dignidad de la mujer, su libertad, integridad física,

psíquica, moral, el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales, culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación y a una vida libre de violencia y discriminación.

En la Convención se puntualiza que ‘la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres’⁴⁴.

Asimismo, se precisa que –se destaca- ‘debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado’⁴⁵.

Adicionalmente, se advierte que la ‘violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica’⁴⁶:

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

b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar’⁴⁷.

En análogo sentido, se resalta que “[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros,”⁴⁸

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

b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación’⁴⁹.

También introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente”⁵⁰:

⁴⁴ Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer.

⁴⁵ Artículo 1 ibídem.

⁴⁶ Inciso 1º del artículo 2 ibídem.

⁴⁷ Literales a) y b) ibídem.

⁴⁸ Artículo 6 ibídem.

⁴⁹ Literales a) y b) ibídem.

⁵⁰ Inciso 1º del artículo 7 ibídem.

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

b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer⁵¹.

Igualmente, previó el deber de “adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para”.⁵²

b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer⁵³.

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

(...) tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad⁵⁴.

(...)

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

(...)

Y descendiendo al orden legal, recientemente la Ley 1258 de 2007, con el propósito de sensibilizar, prevenir y sancionar toda forma de

⁵¹ Literales a), b), ibídem.

⁵² Inciso 1º del artículo 8 ibídem.

⁵³ Literal b) ibídem.

⁵⁴ Artículo 9 ibídem.

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

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido adoptando una cosmovisión con perspectiva de género en casos específicos de privación injusta de la libertad, mediante los cuales se evidencia que hay de por medio una víctima de violencia sexual que, en muchos casos, tuvo que someterse a una revictimización y, posteriormente, ver que su agresor fue absuelto en virtud del principio de *in dubio pro reo*, por no hallarse “*pruebas suficientes*” para ser acreedor de una condena, pero que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la conducta del procesado resultó determinante para concluir que sus acciones promovieron y dieron lugar a una medida restrictiva de la libertad. En el anterior fallo reseñado, se continúa el estudio de género en los siguientes términos:

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

Esto es así, porque las razones invocadas por el actor para acceder a la reparación demandada se sostienen en estereotipos culturales y sociales que datan al menos desde la fundación, en el siglo VIII a. C., de la ciudad que dio origen a la civilización en la que germinaron las instituciones patriarcales que legó la tradición jurídica latina a occidente, en el sentido de que la deificación de la fuerza masculina, exacerbada por la provocación que le despierta la presencia femenina, subroga la libertad sexual de la mujer en favor del macho y legitima la posesión sexual, al margen de la voluntad de la poseída⁵⁵. Mito,

⁵⁵ Cfr.: “Un día, Rea, que probablemente tenía muchas ganas de marido y se resignaba mal a la idea de no poder casarse, tomaba el fresco a las orillas del río porque era un verano tremendamente caluroso, y se quedó dormida. Por casualidad pasaba por aquellos parajes el dios Marte, que bajaba a menudo a la Tierra, un poco para organizar una guerrita que otra, que era su oficio habitual, y otro en busca de chicas, que era su pasión favorita. Vio a Rea Silvia. Se enamoró de ella, Y sin despertarla siquiera, la puso encinta.// Amulio se encolerizó muchísimo cuando lo supo. Más no la mató. Aguardó a que pariese, no uno, sino dos chiquillos gemelos. Después ordenó meterlos en una pequeñísima almadía que confió al río para que se los llevase, al filo de la corriente, hasta el mar, y allí se ahogasen. Mas no había contado con el viento, que aquel día

*igualmente, extendido en el culto canónico adoptado en el siglo IV d. C., por el Imperio Romano, en el que se pregona el carácter accesorio de la mujer, se la maldice y condena al señorío varonil por tentadora⁵⁶.
(...)*

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

Fundado en esas discriminaciones odiosas se pretende desconocer que i) la adolescente Jazmín no se encontraba en condiciones de consentir la relación; ii) que el denunciado no se detuvo ante sus

soplaba con bastante fuerza, y que condujo la frágil embarcación no lejos de allí, encallando en la arena de la orilla, en pleno campo, Ahí, los dos desamparados, que lloraban ruidosamente, llamaron la atención de una loba que acudió para amamantarlos. Y por eso ese animal se ha convertido en el símbolo de Roma, que fue fundada después por los dos gemelos.// Los maliciosos dicen que aquella loba no era en modo alguno una bestia, sino una mujer de verdad, Acca Laurentia, llamada loba a causa de su carácter salvajino y por las muchas infidelidades que hacía a su marido, un pobre pastor, yéndose a hacer el amor en el bosque con todos los jovencuelos de los contornos. Mas acaso todo eso no son más que chismorreos” –se destaca-; MONTANELLI, Indro; Historia de Roma, Plaza y Janés Editores S.A., 1996, págs. 12 y 13. Asimismo: “Cierta día en que Rea Silvia descansaba junto a una fuente en el bosque sagrado, acertó pasar por allí el dios Marte, al que le gustaba mucho pasear por la Tierra, y viendo la belleza de la hermosa vestal se le inflamó el corazón y sin reparar en promesas dejó en cinta a la pobre Rea. Cuando llegó el tiempo señalado, la vestal dio a luz a dos hermosos gemelos: Rómulo y Remo.// Al enterarse de ello, Amulio mandó que Rea Silvia fuera arrojada al Tíber y que los gemelos fueran metidos en un cesto y los dejaran al capricho de la corriente fluvial. El dios Tiberino se apiadó de la desgraciada vestal y la tomó como esposa, concediéndole la eternidad”; CARDONA, Francesc L., Mitología Romana, Colección Olimpo, 1996, págs. 34 y 35.

⁵⁶ Cfr., -se destaca- «Entonces Jehová Dios hizo caer sueño profundo sobre Adán, y mientras éste dormía, tomó de sus costilla, y cerró la carne en su lugar. Y de la costilla que Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. Dijo Entonces Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos y carne de mi carne; esta será llamada Varona “porque del varón” fue tomada... Y estaban ambos desnudos, Adán y su mujer, y no se avergonzaban. Pero la serpiente era astuta, más que todos los animales del campo que Jehová Dios había hecho; la cual dijo a la mujer: ¿Conque Dios os ha dicho: no comáis de todo árbol del huerto? Y la mujer respondió a la serpiente: Del fruto de los árboles del huerto podemos comer; pero del fruto del árbol que está en medio del huerto dijo Dios: No comeréis de él, ni le tocaréis, para que no muráis. Entonces la serpiente dijo a la mujer: No moriréis; sino que sabe Dios que el día que comáis de él, serán abiertos vuestros ojos, y seréis como Dios, sabiendo el bien y el mal. Y vio la mujer que el árbol era bueno para comer, y que era agradable a los ojos, y árbol codiciable para alcanzar la sabiduría; y tomó de su fruto, y comió; y dio también a su marido, el cual comió así como ella.... Mas Jehová Dios llamó al hombre, y le dijo: ¿Dónde estás tú? Y él respondió: Oí tu voz en el huerto, y tuve miedo, porque estaba desnudo, y me escondí. Y Dios le dijo: ¿Quién te enseñó que estabas desnudo? ¿Has comido del árbol de que yo te mandé no comieses? Y el hombre respondió: La mujer que me diste por compañera me dio, y yo comí. Entonces Jehová Dios dijo a la mujer: ¿Qué es lo que has hecho? Y dijo la mujer: La serpiente me engañó, y comí. Y Jehová Dios dijo a la serpiente: Por cuanto esto hiciste, maldita serás entre todas las bestias y entre todos los animales del campo; sobre tu pecho andarás, y polvo comerás todo los días de tu vida. Y pondré enemistad entre ti y la mujer, y entre tu simiente y la simiente suya; ésta te herirá en la cabeza, y tú le herirás en el calcañar. A la mujer dijo: Multiplicaré en gran manera los dolores en tus preñeces; con dolor darás a luz los hijos; y tu deseo será para tu marido, “y él se enseñoreará de ti”...»; La Santa Biblia, Sociedades Bíblicas Unidas, 1960, págs. 3 y 4.

requerimientos y iii) que por el alto estado de embriaguez no tuvo fuerzas para forcejear o resistirse. Sobre el particular, cabe señalar que esta Sección del Consejo de Estado ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre este tipo de casos -violencia contra la mujer- y ha trazado un criterio orientado con una perspectiva de género de protección a la mujer, criterio que ha sido acogido a través de diversas sentencias, de las cuales resulta pertinente citar la proferida el 14 de mayo de 2012, en la cual se resaltó el papel del juez contencioso administrativo en el estudio de este tipo de casos "(...) resulta de suma importancia defender y/o promover la igualdad efectiva de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; rechazar la discriminación que por razón del género se pueda presentar en contra de la mujer, en la adopción de cualquier tipo de decisión judicial por parte de quienes están llamados a administrar justicia y combatir toda clase de prejuicios o predisposiciones que impidan o excluyan que la mujer desempeñe determinadas actividades u oficios⁵⁷.

Así por ejemplo, se tiene un pronunciamiento de esta Subsección al señalar que no hay lugar a condenar al Estado cuando un daño resulta imputable única y exclusivamente a la propia víctima, en tanto que con su actuación desconoció su deber de autoprotección y permitió la concreción del resultado:

Lo anterior, resulta relevante para considerar que la conducta del demandante tuvo injerencia en la producción del daño, nótese cómo dentro del fallo absolutorio se aceptó de manera clara y expresa la participación del ahora actor en los hechos materia del proceso, solo que su absolución devino de la circunstancia que para la Sala Penal, no se logró establecer el estado de inconsciencia de la joven para el momento de ocurrencia de los hechos, pero quedó claramente demostrado que el señor Herrera Escobar sí accedió a la joven involucrada en los hechos, con el indicativo de que esta se hallaba en estado embriaguez el día de la ocurrencia de los mismos.

De las pruebas que se acaban de reseñar, es posible inferir que el detenido desplegó actuaciones que le hacen atribuible el daño sufrido, en la medida que se comprobó que la joven J.A.V.Ñ. fue accedida carnalmente por el señor Herrera Escobar, que aquel tenía conocimiento de que ella se hallaba en estado de embriaguez, asimismo que fue dejada en un terreno baldío por decisión de éste, después de haberla accedido y, por último, todo indica que la joven al momento de ser accedida, tuvo una alteración de la conciencia, que le impidió estar en la capacidad de evaluar la realidad objetiva en el momento de la relación sexual, por la cantidad de licor ingerido. Conclusión que se fundamenta en el brocardo de que nadie puede

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de mayo de 2012, Exp. 23.170, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

sacar provecho de su propia culpa, dado que el señor Félix María Herrera Escobar asumió una acción a propio riesgo⁵⁸

Otro pronunciamiento relevante mediante el cual se declaró la culpa exclusiva de la víctima por considerar que la vulneración mediante el engaño a la libertad sexual constituye una conducta civilmente reprochable, es el siguiente:

Así, retomando el caso en estudio y con las aclaraciones antes señaladas, vale poner de presente la defraudación de los valores de convivencia por parte del actor, en el marco de los hechos por lo que fue procesado. Esto es así porque si bien para la Sala es claro que la conducta delictiva no es objeto de análisis, sí lo es el compromiso de pago por servicios sexuales que el mismo reconoce adquirió y al tiempo defraudó. Se trata de poner de presente los principios y valores constitucionales de los que se deduce con claridad el respeto a la libre opción sexual al punto que no se censura el compromiso de pago, esto es, el comercio carnal, en cuanto realidad social, empero sí el incumplimiento del actor y en particular su actitud de desprecio y desprestigio de la mujer con quien el mismo acepta haber convenido en dicho comercio carnal; además de que pregonar lo acontecido se vanagloria del incumplimiento de su parte y desprestigia a su pareja ocasional.

(...)

Como quedó visto, el actor reconoce que pactó con la denunciante comercio carnal; admite haber incumplido el compromiso adquirido, al tiempo de conocer que a la mujer la motivaba la necesidad de satisfacer los requerimientos económicos de su familia. La Sala advierte en las declaraciones del actor la presencia de estereotipos culturales y sociales que rinden culto a la fuerza masculina, legitimadores del poder de su dominación. Estereotipos que, como lo ha señalado la comunidad internacional, empeñada en construir sociedades igualitarias, deben combatirse con medidas de afirmación positiva dirigidas al empoderamiento de la mujer y, en todo caso, a la mitigación de su situación. Es de advertir que uno de los mayores problemas que afronta el desarrollo tiene que ver con la necesidad de luchar con la discriminación, responsable igualmente de la feminización de la pobreza, por ser este uno de los obstáculos para la reivindicación de la mujer

(...)

Corolario de lo anterior, se denegará la reparación deprecada en razón de que, si bien el actor mantiene incólume su presunción de inocencia

⁵⁸ Sentencia de 10 de mayo de 2018, Exp. 51733.

*respecto del delito de violencia sexual por el que fue investigado, como su propia versión de los hechos lo evidencia, desconoció deberes básicos de convivencia y respeto. Esto es así, porque la libre opción sexual a la par de que comporta compromisos de crecimiento en todos los órdenes, impone cuestionamientos que no tendrían que empecinarse en señalar a la mujer, dadas las vivencias compartidas como las que se evidencian en autos*⁵⁹.

De otra parte, es preciso advertir que en tratándose de casos de violencia sexual ejercida contra mujeres no puede pasar inadvertido el hecho hay una gran dificultad probatoria, toda vez que, normalmente, no hay testigos, sólo están presentes el agresor sexual y la víctima, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo que, desde la época en que se desarrolló la investigación penal en contra del señor Redondo Uriana, se han desarrollado unos parámetros para lograr el grado de certeza suficiente para declarar la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor, los cuales, sirven de sustento para imponer una medida de aseguramiento.

En consecuencia, en la sentencia de 26 de enero de 2006⁶⁰, la Corte Suprema de Justicia señaló que resulta imperativo apreciar especialmente el testimonio de las víctimas de violencia sexual y la prueba indiciaria, en atención al hecho de que el agresor, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y que en esa medida *“lo más frecuente es que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente”*.

En un pronunciamiento de 26 de enero 2006⁶¹, la Corte manifestó que la finalidad del proceso penal en eventos en los cuales se investigue la responsabilidad de los autores por la comisión de delitos sexuales, se debe orientar a una finalidad legítima y que, si se encauza la practica probatoria a desvirtuar la responsabilidad del procesado mediante la culpabilización de la víctima, ello implicaría que el proceso penal se aparte de su objetivo y se transforme en un mecanismo de reproducción de prejuicios sociales adversos a las mujeres víctimas de conductas que podrían configurar delitos en contextos en los que desarrollen su libre desarrollo de la personalidad.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia de 14 de diciembre de 2014, Exp. 39.393.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Proceso N° 23706 del 26 de enero 2006. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Proceso N° 23706 del 26 de enero 2006. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón

La Corte ha dicho que para la demostración de la violencia en los delitos sexuales no es necesario que la víctima muestre signos de agresión en el cuerpo y su salud física, *“en relación con las lesiones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradicionalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramientos perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que pune la violación, pero que los daños que desbordan estos límites deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo, o como simple circunstancias de agravación”*⁶².

Así, precisó que, con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, como lo indicó la Corte Constitucional:

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

De lo anterior se concluye, que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia, transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente

⁶² Sentencia de 8 de mayo de 1996, radicación 9401. En el mismo sentido, sentencia de 2 de junio de 2004, radicación 18987.

inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión”⁶³.

En octubre de 2006 la Corte Suprema de Justicia definió el elemento de la violencia, en los delitos sexuales, como *“la fuerza, el constreñimiento, la presión física o psíquica –intimidación o amenaza- que el agente despliega sobre la víctima para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta”⁶⁴*. Como consecuencia, la violencia puede distinguirse en dos modalidades jurídicamente relevantes como son la llamada violencia física o material y la violencia moral, de tal suerte que:

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Así por ejemplo, cuando el infractor, con el propósito manifiesto de acceder sexualmente a una persona en un lugar despoblado o solitario, le apunta en la cabeza un revólver que ésta no sabe que se encuentra descargado y le dice que si no obedece a sus exigencias le disparará, lo trascendente ante dicha situación no consiste en valorar que se presentó determinado tipo de violencia (que sería moral en este caso), sino que, desde el punto de vista de un espectador inteligente situado al momento de realizarse la acción, la misma resulta suficiente para obtener el resultado típico previsto en la norma (es decir, el acceso carnal sin el consentimiento o aquiescencia de la víctima). Idéntica situación ocurriría en el evento de que, bajo las mismas condiciones, el sujeto agente no decidiera amenazar a la otra persona con un arma de

⁶³ Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU-159 de 2002 y SU-1159 de 2003, reiterado en sentencia del 26 de enero 2006, de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 23706. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Proceso N° 25743 de 26 de octubre de 2006. Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

fuego, sino que procediera a golpearla hasta vencer su resistencia, es decir, a someterla mediante el empleo de la fuerza física.

Para la Corte en lo que atañe a la violencia usada en los delitos sexuales, la práctica judicial enseña que en muchos eventos “*apenas haciendo uso de la fuerza física o de simples amenazas verbales, el abusador logra su propósito de acceder carnalmente a la víctima, sin que ésta, a pesar de oponerse al vejamen, acierte a pedir auxilio, sea porque la fuerza utilizada lo impide, la amenaza verbal cumple su efecto constrictor, o simplemente en atención a que la turbación de ánimo propia del evento traumático, mediatiza la posibilidad de que se recurra a este desesperado medio de evitar la agresión*”⁶⁵.

Al respecto, se recuerda que en sentencia 13 de diciembre de 2017, la Sección Tercera⁶⁶ señaló que la simple negación de la mujer a participar en un acto sexual impone de quien propone abstenerse de proceder:

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

Así mismo, se destaca de en un estudio que hizo el Centro Regional de Derechos Humanos acerca de la jurisprudencia colombiana, en justicia ordinaria, sobre delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas con un enfoque cualitativo y de derechos humanos de las mujeres, cuyo objetivo fue determinar en qué medida la judicatura garantiza y protege sus derechos como víctimas de violencia sexual, se expuso lo siguiente respecto del deber de resistirse y la capacidad de la violencia de doblegar:

Aunque en teoría los jueces no tienen problema en ratificar la postura imperante que determina el alcance y la configuración del elemento de la violencia, en la resolución de los casos se ve cómo hay una postura encontrada en la que se crean umbrales estereotípicos y

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia. Exp. 26381 de 25 de abril de 2007.

⁶⁶ Subsección B, Exp. 42070, M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

condiciones que invierten las responsabilidades, para que los jueces encuentren configurada la violencia.

(...)

La obligación de actuar de la víctima se erige con base en la postura teórica acogida sin problema por la jurisprudencia, sobre el concepto general de entender violencia como aquella que doblega la voluntad de la víctima. Pero el giro sutil consistió en condicionar dicho elemento a que la víctima tuviera una respuesta negativa frente al asalto, que entre agresor y agredida mediara una lucha donde se opusieran fuerzas antagónicas, que el agresor venciera la resistencia “seria y continuada”⁶⁷ exteriorizada por la víctima. Este giro hace que para hablar de violencia se haga remisión directa a hablar de consentimiento. Que para hablar de violencia primero haya que establecer si la víctima hizo o no dejó de hacer todo lo posible para no facilitar la conducta querida por el agresor, antes que centrarse en analizar el dolo del sujeto activo y las acciones por él desplegadas. Significa entonces que, aun cuando la norma penal solo exige probar que el delito lo cometió el procesado “mediante violencia”, lo que hay que terminar probando es que la víctima no consintió la agresión. La judicatura en los casos en que argumenta que no hay violencia por cuanto no hay oposición de fuerzas cuando la víctima no se resistió de algún modo, no infiere expresamente el consentimiento en el sentido de dar por probada la eximente de responsabilidad penal sino que, al plantear que la víctima no se resistió, se genera una duda respecto al consentimiento de esta, por lo cual se resuelve a favor del procesado⁶⁸.

De conformidad con los lineamientos expuestos, considera la Sala que el análisis de la legalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento deberá ser interpretado a la luz de los anteriores criterios, los cuales se pueden concretar en la apreciación de las pruebas con enfoque de género, así:

- El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima.

⁶⁷ Esta tesis la profesa la doctrina española y argentina, valga decir masculina, en la cual se basó la Corte en la sentencia de la “bicicleta” para estructurar el concepto de violencia (Cfr. Suárez Rodríguez, 1995; Soler, 1953).

⁶⁸ B UENAHORA Natalia; BEJUMEA Adriana; POVEDA Nathalia; CAICEDO Luz Piedad; BARRAZA Cecilia. Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/45369/1/9789589947104.pdf>.

- El derecho a que se aprecie especialmente el testimonio de las víctimas en razón al modus en que generalmente se comenten los delitos sexuales
- El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.
- El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.
- El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen.
- El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias necesarias en la vida íntima de la víctima.
- El derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual a la igualdad y el deber correlativo de los operadores de las normas, incluidos los defensores, de adoptar medidas para eliminar y prevenir la discriminación.

Y con ello, se entrará a determinar si los indicios exigidos por la normativa penal justificaron la medida de aseguramiento que soportó el señor Redondo Uriana en establecimiento carcelario y, por tanto, si se encontraba en el deber legal de soportar la restricción a su libertad.

7. Caso concreto

En el caso concreto, se desprende de las pruebas que el ente instructor al resolver la situación jurídica del procesado calificó cada una de las probanzas y expuso la manera cómo estas dieron credibilidad al dicho de la denunciante de acuerdo a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos que motivaron la restricción de la libertad del hoy demandante.

El sustento de esta afirmación descansa en el contenido de la providencia de la Fiscalía Primera de la Unidad Seccional de Vida que decidió imponerle una medida de aseguramiento al señor Redondo Uriana por la conducta endilgada, dado que su lectura permite entrever la existencia de situaciones que incidieron en la privación de su libertad, al margen de que la decisión final en este caso fuera de carácter preclusorio.

Debe aclararse que a esta Jurisdicción no le corresponde cuestionar las decisiones de la justicia penal, puesto que así lo ha expuesto esta Sección del Consejo de Estado, en reiteradas oportunidades, porque se trata de procesos diferentes y autónomos entre sí:

La Sala reitera el criterio jurisprudencial conforme al cual la sentencia penal que se profiera en el proceso penal que se adelante contra el servidor estatal, sea ésta condenatoria o absolutoria, no tiene efectos de cosa juzgada en la acción de reparación que se adelante contra el Estado por esos mismos hechos, porque, conforme se ha sostenido en las providencias en las que se ha acogido dicho criterio: (i) las partes, el objeto y la causa en ambos procesos son diferentes: a través del ejercicio de la acción penal, el Estado pretende la protección de la sociedad, con la represión del delito y para ello investiga quién es el autor del mismo y cuál su responsabilidad; a través del ejercicio de la acción de reparación, la víctima del daño antijurídico pretende la indemnización de los perjuicios que le ha causado el Estado con una acción que le sea imputable (...).

Adicionalmente, se observa que la responsabilidad patrimonial del Estado no constituye el efecto civil de un ilícito penal, por eso, no son aplicables las normas relacionadas con los efectos de la sentencia penal absolutoria sobre la pretensión indemnizatoria que se formule en proceso separado del penal. Ello por cuanto la responsabilidad del Estado, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Constitución, se genera en los eventos en los cuales se causa un daño antijurídico imputable a la entidad demandada, al margen de que ese daño hubiera sido causado con una conducta regular o irregular⁶⁹.

Lo anterior, no impide al juez de la reparación valorar el comportamiento del procesado en relación con los hechos que dieron lugar a la investigación penal, los cuales se pueden constituir en los indicios graves que tuvo el juez penal para imponer la medida de aseguramiento y, que a su vez, hubieran dado lugar a trato discriminatorio con fundamento en el género de la víctima.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 20008, expediente 16.533, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

Así las cosas, de las pruebas que obran en el plenario, se concluye que sí existió la relación sexual entre la señora M.H.A. y el señor Redondo Uriana; que ese acto se desarrolló en un sitio solitario, sobre los primeros avances de una construcción, sin techo ni muros que protegieran la intimidad, al punto que según el informe de la Policía de Riohacha, acudieron al lugar atendiendo la llamada de un ciudadano que los alertó sobre la comisión de un delito sexual en ese lugar, hechos que la propia víctima solo denunció luego de regresar a su casa y pensar en lo que había pasado.

En ese escenario, la Fiscalía impuso la medida de aseguramiento, por considerar que era posible inferir que el acceso carnal cometido por el señor Redondo Uriana a la señora M.H.A. se efectuó contra su voluntad y mediante intimidación, por la violencia psicológica ejercida en su contra. El ente investigador otorgó credibilidad al dicho de la denunciante, porque, a pesar de que esta no presentaba signos de violencia física, ni siquiera en sus genitales externos, el hecho de la intimidación mediante arma blanca resulta creíble, lo cual se corroboraba con el examen sexológico practicado a la señora M.H.A. que da cuenta de que se no se evidenciaron huellas de lesión traumática.

Luego, el hecho de que la relación sexual se hubiera producido en un área en proceso de construcción, llamó su atención en el sentido de considerar que, de ser cierto lo aducido en la indagatoria por el hoy demandante, en relación con el ofrecimiento que hizo a la señora M.H.A. de pagarle una suma de dinero, lo esperable era que se hubieran dirigido a un sitio apropiado para tal encuentro sexual; por el contrario, ese dicho, juega en contra del procesado, en cuanto refuerza el hecho de que lo único que pretendía el señor Redondo Uriana era satisfacer su apetito sexual, intimidando a su víctima y llevándola al referido lugar para accederla.

Adicional a lo anterior, cobra fuerza la teoría de la Fiscalía con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se dieron los hechos, esto es, que la víctima en su denuncia manifestó que se encontraba enferma y que se dirigía al Seguro Social a solicitar una cita médica, situación que el mismo sindicado adujo en la indagatoria; se cuenta además con la llamada telefónica recibida por la Policía de Riohacha según se señaló en el respectivo informe *“los hechos se presentaron el día de hoy 061199, a las 4.30 horas en el sector de la calle 15, cerca de las instalaciones de Telecom, y se logró actuar de forma rápida gracias a la llamada*

telefónica de un ciudadano” (fl. 1, c. 3), alertando así a las autoridades del hecho delictivo; además, que el señor Redondo Uriana sostuvo en su declaración que se encontraba alicorado y que no tenía dinero y, que por esa razón, los compañeros con los que se hallaba ingiriendo licor salieron en búsqueda de dinero para comprar más bebidas, por lo que no tenía sentido la afirmación del proceso a señalar que le ofreció una cantidad de dinero que no poseía.

Ahora bien, debe advertirse que el operador judicial que conoce del proceso de reparación directa debe tener especial cuidado en la interpretación de las declaraciones rendidas en el proceso penal, dado que se podría incurrir en una equivocada valoración de la denuncia y la indagatoria, que en muchos casos de violencia sexual, son los únicos elementos probatorios, dado que en el proceso penal se pueden hallar insinuaciones e inexactitudes en la formulación de las preguntas elaborados por los funcionarios que las reciben, pues como se vio en el presente caso, las preguntas formuladas a la señora M.H.A. en su denuncia, se vieron permeadas de estereotipos de género, lo que conlleva a que se incurra en la revictimización y culpabilización de la denunciante.

De tal modo, se observa que algunas de las preguntas resultan sugestivas y discriminatorias, lo cual era práctica común para la época de los hechos, cuando no se habían desarrollado los protocolos de recepción de denuncia, como los que existen ahora por mandato de la Ley 906 de 2004; sin embargo, debe advertirse que la declaración consignada por la denunciante debe leerse e interpretarse con un enfoque de género, obviando el sentido discriminatorio de las preguntas dirigidas a esclarecer las condiciones en las que ocurrieron los hechos.

Nótese cómo el funcionario que recibió su declaración formuló preguntas sugestivas: *“PREGUNTADO: Diga al despacho si usted accedió voluntariamente, en vista de que estaba siendo presionada por el particular”*. *“PREGUNTADO: diga al despacho qué se encontraba haciendo a esta hora de la madrugada y sola”* (fl.5, c. 2).

Lo anterior, va encaminado que al momento de hacer la reflexión jurídica de una prueba tan importante al interior del proceso de la reparación directa, no deba entenderse en favor de una interpretación prejuiciosa, como el hecho de que una mujer no debe caminar sola a una hora de la noche o madrugada, o el hecho de que al manifestar que no opuso resistencia a su agresor constituya el

consentimiento de la víctima para ser accedida. Así, la interpretación no debe ser literal, recuérdese que la señora M.H.A. aseguró se dirigía a solicitar una cita médica y que no se opuso de manera física a su agresor porque todo el tiempo estuvo amenazada con un arma blanca -lo que denota su posición de desventaja al encontrarse en peligro otro bien jurídico tutelado, como la vida-.

Ahora bien, es importante destacar que en términos de valoración de las pruebas de la investigación penal, en la que se enfrentaron la denuncia y la indagatoria, es dable aducir que la Fiscalía al analizar los elementos probatorios que rodeaban el caso para justificar la medida preventiva descartó la declaración del señor Redondo Uriana dado que resultaba débil frente a lo manifestado por la señora M.H.A. comoquiera que era dudoso el acuerdo de voluntades expresado por este para efectos de tener una relación sexual por el ofrecimiento de una suma de dinero, comoquiera que la relación negocial que pretendió probar carece de objeto lícito, pues no debe considerarse que el cuerpo de la mujer que pretende ser accedido carnalmente es un bien que esté dentro del ámbito comercial, adicional a ello, la posición de mujer en condición de prostitución no quedó probada en el proceso penal y tampoco en la presente acción.

Valga traer a consideración, la sentencia T - 629 de 2010 a través de la cual, la Corte Constitucional, además de definir temas en relación con el “*contrato laboral entre persona que ejerce la prostitución y establecimiento de comercio*”, “*el respeto laboral a trabajadoras y trabajadores sexuales*” y el “*fuero de maternidad de trabajadora sexual*”, se pronunció respecto de la configuración del contrato entre la mujer que ejerce la prostitución y su “cliente”.

Al respecto, señaló que el juez de primera instancia, en el caso particular, adujo que el si bien el ejercicio de la prostitución por sí misma no es un delito, el contrato que tenga como objeto de prestación actividades sexuales se encuentra afectado por un objeto ilícito, toda vez que, dicho ejercicio es contrario a las buenas costumbres. En cuanto el *Ad quem* aseveró que la pretensión de la demandante no es viable, debido a que la profesión escogida de manera libre y voluntaria, no puede imponerse a modo de contrato con el establecimiento demandando, por cuanto sería catalogar de legal una relación contraria al ordenamiento jurídico.

Como consecuencia, se analizaron los planteamientos expuestos en las instancias, mediante el cual, la Corte adujo que la autonomía privada debía interpretarse a luz de dos elementos de rango constitucional, como lo son la libertad y la dignidad humana *“Por su particular incidencia existen dos elementos constitucionales de valor esencial para absolver la pregunta sobre la licitud o ilicitud de las prestaciones: la libertad y la dignidad humana. Ello no significa que no puedan ingresar otros bienes constitucionales a los efectos de una tal valoración; significa únicamente que son ellos los que se insertan de modo estructural en el discurso jurídico de los acuerdos de voluntades”*.

Por ello, recordó que los particulares solamente serán responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y el derecho legislado, y que lo que no se encuentre prohibido, será entendido como permitido. De allí que se contemple que para el ejercicio de derechos y actividades no se puedan establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales a los dispuestos por el ordenamiento de manera general y que también para el ejercicio de la iniciativa privada y la actividad económica no se puedan exigir más requisitos y permisos que los autorizados por la ley. Como consecuencia aseguró:

Aunque en la definición de la licitud o ilicitud serán determinantes los derechos, bienes e intereses afectos a la actividad o al acuerdo de voluntades y a la incidencia que su ejercicio o disposición produzca en su titular y en otros sujetos, en términos generales la prestación será lícita cuando: i) cumpla con las normas jurídicas que la someten, incluido el respecto a los derechos de otros sujetos; y ii) se ejerza en lo restante, conforme las facultades derivadas del principio general de libertad; a ello se agrega iii) el criterio hermenéutico según el cual, cuando haya dudas sobre si una actividad de los particulares está prohibida o permitida, la libertad se preferirá a la restricción⁷⁰.

La Corte destacó el valor de la dignidad humana como fuente de la licitud al interior del acto revestido de autonomía privada, aseguró que es un principio fundante del Estado Social de Derecho que cobija todo el sistema jurídico y, por tanto, debe estar presente en la leyes, en las diferentes actuaciones estatales cuando ejerce soberanía, *asimismo poseer carácter de derecho que protege el poder de decisión de los titulares de derechos fundamentales. En este sentido, garantiza “(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse*

⁷⁰ En este sentido, se dijo en la sentencia C-341 de 2006: “Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana”.

según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)”. Como consecuencia, manifestó:

Es decir que, como ocurre con el principio general de libertad, la dignidad humana asegura una esfera de autonomía y respeto a la individualidad, de condiciones materiales y de condiciones inmateriales para su ejercicio, que debe ser respetada por los poderes públicos, los particulares, así como por el titular mismo del derecho.

78. Conforme a los anteriores criterios, es claro que nadie se obliga ni puede ser obligado a cumplir prestación que suponga atentar contra las posiciones jurídicas iusfundamentales de las libertades, ni contra la dignidad propia, menos aún la de otros individuos o grupos. Tales valores se convierten en límites constitucionales definitivos a la disposición individual y al acuerdo de voluntades, pues son inherentes e inalienables.

Lo anterior, desde el punto de vista constitucional, pero la Corte también abordó el tema desde el derecho legislado, acudió a los preceptos del Código Civil, y señaló que el artículo 1502 del Código Civil, establece las condiciones de validez de las obligaciones: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) Que sea legalmente capaz. 2) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) Que recaiga sobre un objeto lícito y 4) Que tenga una causa lícita”.*

De igual forma, se refirió al alcance del artículo 1518 del Código Civil, en el que se señala que el objeto sobre el que recae una obligación debe ser física y moralmente posible y agrega que *“es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.* Así como el artículo 1519 que establece que *“Hay un objeto ilícito en todo lo que la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.* Como consecuencia, adujo la Corte:

En consonancia con la doctrina civilista, lo primero por advertir es que la licitud de la prestación o del objeto del contrato, no se desprende del bien o atribución patrimonial en sí mismos, sino de la forma como se haya calificado jurídicamente la actividad de los sujetos y el contenido

de los actos de autonomía que ejecutan. Hay ilicitud del objeto, cuando se celebra un acto en el que se contemplan acciones expresamente excluidas de la libre disposición. Pero también lo hay cuando determinados bienes prohibidos por la ley son materia de un acto negocial, es decir, que se trata de bienes que están por fuera del comercio⁷¹.

(...)

Es decir que la licitud o ilicitud de una prestación, de un contrato, serán el resultado de la forma en que operen los bienes constitucionales que animan el ejercicio de la autonomía privada, las normas de Derecho público y el principio de solidaridad impuesto por el Estado social de derecho en las relaciones entre particulares. Será resultado del consentimiento y capacidad del sujeto que actúa en ejercicio de su libertad y dignidad humanas y todos los valores constitucionales que de allí se desprenden, de cumplir con el ordenamiento que somete la actividad de que se trate, a sus reglas y principios.

Todo lo anterior con el fin de argumentar que “el comercio sexual es una actividad lícita con límites estrechos”, dado que ningún tipo de trabajo sexual puede ser atentatorio de la libertad y de la dignidad humana de ninguno de los sujetos de la relación, incluida por supuesto la persona que ofrece el servicio:

Esta condición definitiva para el ejercicio de la libertad de disposición y autonomía privada, cobra mayor fuerza e importancia en la valoración del asunto, cuando los informes establecen cómo el trabajo sexual se ha ido relacionando de modo cada vez más estrecho con la trata de personas⁷², el turismo sexual y en definitiva la prostitución forzada⁷³. Actividades que, las más de las veces, crean negocios con dividendos enormes para sus promotores y satisfacción para aquellos que se sirven de ellas, en contraste con la esclavitud e indefectible abuso y

⁷¹ Bigliuzzi, Breccia, Busnelli, Natoli. *Derecho civil. Tomo I, Vol 2. Hechos jurídicos y actos jurídicos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 872-873

⁷² Definida en el artículo 3º del Protocolo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños de Naciones Unidas arriba citado, como “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 una concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo la explotación de prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud o servidumbre o la extracción de órganos (...)”.

⁷³ Vid. al respecto, Obi N. I. Ebbe. “The Nature and Scope of Trafficking in Women and Children”. En Ebbe and Das (ed.). *Global Trafficking in Women and Children*. N.Y., CRC Press, 2008, p. 17 y ss., donde se revela que las personas objeto de trata humana, proceden en general de los países en desarrollo (Colombia entre ellos) o recientemente democratizados y su número presenta datos diversos siempre preocupantes, como por ejemplo que para el año 2000, 45.000 mujeres y niños, fueron “traficados” hacia los Estados Unidos.

degradación humana de la persona “traficada” y en su caso prostituida⁷⁴.

De modo que plantearse la licitud de la prostitución en sus diversas manifestaciones, sólo puede ocurrir si se está partiendo del supuesto de que en su ejercicio media de modo íntegro y persistente la voluntad libre y razonada, en particular de la persona que vende el trato sexual⁷⁵.

(...)

100. Es decir que, no obstante el conflicto axiológico que plantea, la prostitución existe y sobre todo puede existir, y cada una de las relaciones arriba señaladas entre personas que ejercen la prostitución, clientes y dueños de los establecimientos de comercio relacionados con la prestación del servicio, podrá entenderse lícita en la medida en que: i) respete la libertad y dignidad humanas, así como los derechos ajenos; ii) respete los límites más severos previstos en los tipos penales del título IV, capítulo cuarto del Código Penal, a más de cualquier otro delito; iii) de cumplimiento a las normas de carácter policivo existentes, relacionadas con el uso del suelo, la salubridad y de comportamiento social.

Aunado a lo anterior, señaló que la persona que ejerce la prostitución desarrolla su libertad, su derecho y deber de trabajar y de elegir un oficio de manera autónoma y libre y, por tanto, supone, la expectativa legítima de que la prestación de los servicios que proporciona le permita obtener un beneficio económico. O, dicho de otro modo, *“es la forma de hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 6º del PIDESC, en el que se establece que los Estados partes “reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”.*

Bajo las anteriores consideraciones lo manifestado por la señora M.H.A., en su denuncia, acerca de que no medió consentimiento con el demandante al

⁷⁴ Es verdad que no es esta la única actividad a la que son sometidas las mujeres y niños víctimas de la trata de personas, aunque suele ser la más relevante. Vid. *Ibid*, p. 21.

⁷⁵ A este respecto y en contraste con la bibliografía que se acaba de citar, se destacan los trabajos de Laura María Agustín, quien ha criticado la llamada industria del rescate (rescue industry), que ordinariamente adscribe el carácter el status de víctimas a las prostitutas que, conforme sus investigaciones de campo en diferentes países de América Latina y España, al contrario han asumido su trabajo de modo consiente y voluntario. De allí que abogue por una aproximación al fenómeno de la prostitución sin preconcepciones morales ni fundamentalismos. Vid. *Trabajar en la industria del sexo, y otros tópicos migratorios*. País Vasco, Gakoa, 2004; *Sex at the Margins: Migration, Labour Markets and the Rescue Industry*, London, Zed Books, 2007.

momento de tener relaciones sexuales, resultaron suficientes para que la Fiscalía dictara la medida de aseguramiento cuyo carácter injusto se discute en el presente proceso, porque no obra indicio alguno en el proceso penal, como tampoco en el presente proceso, de que se dedicara a la actividad de la prostitución, de acuerdo con los parámetros establecidos en la sentencia citada.

Todo esto, al margen de las consideraciones que pueda hacer la Sala, relacionadas con la noción de que el cuerpo de la mujer puede ser objeto de comercialización, aun cuando la misma persona decida hacerlo de manera voluntaria por cuanto, si bien es cierto, y con lo que no se discute es que la mujeres en condición de prostitución se encuentran en estado de vulnerabilidad y por ende merecen una protección reforzada, lo cierto es que cuando se habla de una transacción sexual se perpetúan estereotipos machistas que cosifican el cuerpo de la mujer, observándola como un objeto de deseo sexual al servicio de los hombres, propiciando una situación de maltrato en el entendido que quien paga se cree con la libertad de ejercer poder respecto del cuerpo ajeno.

El término buenas costumbres en este contexto, no debe ser interpretado desde la posición de una sociedad machista y opresora para decir que ejercer la prostitución es contrario a la moral, pues lo contrario a la moral, es la consideración de que cuerpo humano es un objeto material, denigrarlo a puntos en los que solo importa el deseo sexual de un sujeto que está dispuesto a pagar por ello, a satisfacer un interés privado sin importarle que con su actuación está perpetuando un legado de discriminación y violencia de género contrario a la dignidad y reivindicación de la mujer.

Existe en Latinoamérica la campaña abolicionista del “trabajo sexual” que entiende que la trata con fines de explotación sexual y la prostitución son fenómenos inescindibles, que la prostitución es una institución patriarcal basada en la desigualdad entre hombres y mujeres y que no puede, bajo ningún concepto, ser considerada trabajo.

Asimismo, sostienen que el comercio sexual es una forma de violencia de género en la que la identidad y la subjetividad de las mujeres se ven comprometidas produciendo daños físicos y psíquicos; que es una institución fundamental en la construcción de una sexualidad basada en el dominio masculino y la sumisión femenina y en la cosificación de los cuerpos; que nunca es una elección libre

(independientemente incluso de los contextos en los que tenga lugar y de la clase social a la que se pertenezca) y que, por tanto, no puede pensarse en un libre consentimiento⁷⁶.

En ese sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T - 073 de 2017, expuso que las personas que vienen realizando trabajo sexual gozan de una protección basada en los derechos de igualdad, libertad y dignidad, los cuales constituyen la principal defensa de un colectivo constantemente vulnerado y discriminado, social y legalmente. Adujo que si el Estado, a través de todas sus autoridades, incluida la justicia, pretende detener los estereotipos y la estigmatización que generan una persecución moral, que se ha trasplantado al ordenamiento jurídico, debe atender a las garantías constitucionales que justifican una especial protección. Es decir, tiene que actuar conforme a la intención de la carta política y adecuar su funcionamiento a esta última, especialmente a la hora de realizar operaciones en contra de la prostitución. Se resalta:

En Colombia, la Iniciativa de la Prostitución a la Equidad de Género, que agrupa a diferentes organizaciones, ha defendido esta visión. Su principal pretensión ha sido la de establecer que las mujeres en situación de prostitución han sufrido de una vulnerabilidad económica, psicológica, social y de género, frente a las cuales el Estado no las ha protegido, ni les ha brindado oportunidades, normalizando el trabajo sexual y haciendo aceptables delitos de explotación y trata de personas.

Para quienes componen esta iniciativa, el trabajo sexual es un eufemismo, porque naturaliza la explotación sexual, con todas las vulneraciones que esta acarrea, e invisibiliza a los proxenetas y demandantes de la relación sexual, que son quienes se encargan de cosificar los cuerpos de las personas en situación de prostitución, considerándolas mercancía. En ese sentido, el debate alrededor de la prostitución no es si el ser humano tiene o no derecho a decidir sobre su propio cuerpo, ya que el verdadero problema de fondo está en determinar si se tiene el derecho a instrumentalizar y explotar el cuerpo de otra persona.

Las cifras muestran que las prostitutas permanecen en un ambiente de inseguridad, en el que se ven sometidas a constantes abusos físicos, sexuales y policiales. En el Informe sobre Acercamiento al fenómeno de la prostitución en Bogotá de 2015, la Secretaria de la Mujer pudo

⁷⁶ DAICH DEBORAH, ¿Abolicionismo o reglamentarismo? Aportes de la antropología feminista para el debate local sobre la prostitución, RUNA XXXIII, (1), pp 71-84, 2012 FFyL - UBA - ISSN 0325-1217.

comprobar que el 60.8% de las mujeres en situación de prostitución han sido víctimas de violencia física, el 27.4% de violencia sexual y el 21% de violencia policial. También, se ha podido establecer que estas personas sufren de diferentes enfermedades físicas y psíquicas, asociadas al estrés postraumático que les produce la actividad que realizan. Asimismo, Medicina Legal reportó que, entre 2004 y 2013, fueron asesinadas 238 mujeres prostitutas.

7.5. En consecuencia, quienes apoyan la perspectiva abolicionista insisten en que siempre que exista un aprovechamiento sexual de una persona vulnerable, a través de una posición de poder o confianza, con el fin de obtener ganancias económicas, sociales o políticas, se podrá hablar de explotación sexual. Por ello, se debe buscar la penalización de las conductas de los explotadores y favorecer a las personas que se encuentran en situación de prostitución, brindándoles herramientas que les permitan superar las condiciones que las llevaron a tener que prostituirse.

Ahora bien, en el encuentro de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del año 2018, celebrado en la ciudad de Pasto del 12 al 14 de septiembre se desarrolló un panel denominado "Situación de Colombia sobre violencia y explotación sexual", en el que se dijo que la equidad de género debe estar presente en la eliminación de la violencia, reducción de las desigualdades y lograr la justicia social. Para ello, invitaron a la señora Alika Kinan, quien es una activista feminista que lucha por la abolición del trabajo sexual en Argentina, ella fue víctima de explotación sexual durante años por un proxeneta que le hacía creer que ella trabajaba para él y que como contraprestación él le garantizaba unas condiciones mínimas de existencia, condiciones que para ella eran medidas más que suficientes para lograr su subsistencia y la de sus hijas.

En el panel se le preguntó a Alika, por qué las mujeres en el momento de ser rescatadas de la explotación sexual no se reconocen como víctimas y al respecto expuso:

Hay diferentes factores que no permiten que las mujeres no nos reconozcamos como víctimas, que no nos veamos como víctimas del sistema, primero es el mismo proceso psicológico, en el cual terminamos disociándonos para poder sobrevivir al sistema prostituyente, prostibulario en el cual estamos siendo sometidas, hay que tener que estar con 30 hombres por noche, hay que tener mucho coraje para poder enfrentar la vida desde ese lugar y si nos viéramos como víctimas cómo consideran ustedes que una víctima pudiera enfrentarse cada noche a 30 hombres que vienen a ejercer su poder

económico y su poder estructural que les ha entregado el patriarcado a los hombres fundamentalmente o únicamente.

(...).

Cuando nacemos, nacemos pobres o nacemos 'negras' como decimos en mi país, cuando nacemos en las villas, en las zonas más vulnerables, se nos condena a la prostitución y se nos condena a la explotación sexual. Hemos sobrevivido las mujeres históricamente a los abusos a la desigualdad estructural, a la falta de educación, a la falta de oportunidades económicas, políticas y sociales que históricamente las mujeres en todo el mundo hemos tenido que enfrentar, las mujeres en todo su contexto sí somos víctimas, algunas más víctimas que otras, pero las mujeres dentro de los prostíbulos, luchan, luchan fuerte y luchan por su vida (...)⁷⁷.

Lo anterior sirve para ilustrar que mujeres que han ejercido actividad sexual a cambio de dinero, han sido víctimas de un sistema opresor y patriarcal, víctimas de discriminación y de pobreza. En consecuencia, en el encuentro de la jurisdicción, se reflexionó entorno a la función de las autoridades judiciales cuando conocen un acto de violencia de explotación sexual, en la mayoría de los casos, la preocupación se centra en el daño, sobre la decisión de que si hay lugar o no a decretar una medida preventiva y, en todo caso, de garantizar los derechos de quien vienen siendo investigados, pero a la víctima se le desconoce y se le culpabiliza precisamente por estereotipos de género.

Así las cosas, en atención a la labor como operadores judiciales en relación con la deconstrucción de un sistema estructurado discriminatorio de género, se concluye que en el presente caso la manifestación del hoy demandante en su indagatoria echó mano de una excusa fácil socialmente aceptada, que le permitía salvar su responsabilidad con la aceptación de una práctica que si bien puede leerse como discriminatoria, no ha sido tipificada como delictiva. No se puede obviar el avance en el contexto nacional e internacional en relación con la proliferación de normas que impulsan la eliminación de la discriminación de la mujer, como quedó expuesto, dado que Colombia ha suscrito la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención De Belem Do Pará), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) -entre otras-, normas que

⁷⁷ Consejo de Estado, 18 de diciembre de 2018, "Panel situación de Colombia sobre violencia y explotación sexual copy 01", disponible en: <https://youtu.be/8j4bdViReoo>.

están encaminadas a proteger a la mujer y, que a su vez, obligan a las autoridades a actuar frente patrones discriminatorios en aquellos paradigmas relacionados con la violencia de género, porque es preciso expresarlo, en el estudio de la responsabilidad patrimonial, se logró visualizar que la señora M.H.A. fue víctima y sus derecho a la libertad y autonomía sexual fue vulnerado.

Por lo expuesto hasta este punto, es posible aducir que la actuación de la Fiscalía Primera de la Unidad Seccional de Vida de Riohacha, al imponer la medida de aseguramiento en contra del señor Luis Rafael Redondo Uriana en establecimiento carcelario, se ajustó a las pruebas que practicó y los indicios que construyó a partir de las mismas, conforme a las disposiciones legales que regulaban dicha fase dentro del proceso penal.

Si bien en materia penal las pruebas recaudadas no resultaron suficientes para convencer al juez penal más allá de toda duda razonable del acaecimiento del hecho, en materia extracontractual devienen suficientes para negar la reparación reclamada por el demandante respecto de la imputación realizada a la Fiscalía General de la Nación. Esto es así porque responden a la explicación más razonable de lo probado.

De esta manera, observa la Sala que aun cuando a favor del señor Luis Rafael Redondo Uriana se profirió resolución de preclusión de la investigación en aplicación del principio de *in dubio pro reo*, porque la Fiscalía consideró que no existían suficientes elementos probatorios que permitieran mantener la medida de aseguramiento impuesta, la Subsección concluye que valoradas las pruebas allegadas al expediente, el juicio de las mismas se hizo en el trámite de la investigación penal y proferir la medida de aseguramiento resultaba plenamente razonable; ajustado a las disposiciones legales y, por tanto, era proporcional.

Con todo lo mencionado anteriormente, se deduce que el ente investigador tenía indicios y soporte probatorio suficiente para inferir que la denunciante había sido víctima del acceso carnal, obligada mediante intimidación, por lo que la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la deber de investigar al sindicado y, además, privarlo de la libertad mediante una medida de aseguramiento en centro carcelario debido a la gravedad del delito por el cual fue procesado⁷⁸. Como consecuencia, la Sala confirmará la sentencia denegatoria de las pretensiones.

⁷⁸ Artículo 357, numeral 2° de la Ley 600 de 2000, que señala una lista de delitos en los que procede la medida de aseguramiento, entre ellos varios de los tipos punibles contenidos en el

8. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, 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, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 15 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

título del código penal que protege la libertad sexual. En ese sentido, en sentencia del 7 de septiembre de 2005 rad. 18455 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual se define como: *la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyo límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinar y auto regular su vida sexual. Así, los delitos sexuales vulneran el derecho de la persona de disponer de su propio cuerpo y, por lo mismo, su objeto de protección se determina en las acciones o fines sexuales verificados mediante la fuerza, abuso, error y engaño.*

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA