



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

**Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo**

Bogotá, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Expediente n.º: (...)  
Radicación n.º: (...)00327 01  
Actor: Omar Mauricio y otros<sup>1</sup>  
Demandados: Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación  
Naturaleza: Reparación directa

Descriptor: *Responsabilidad extracontractual del Estado. Exoneración por privación de la libertad. Violencia de género. Vulneración de la libertad sexual de quienes practican el comercio carnal. Deber de cumplir los compromisos de pago pactados.*

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 24 de junio de 2010 por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena Medio, mediante la cual se denegaron las pretensiones.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. Síntesis del caso**

---

<sup>1</sup> Los nombres, apellidos y lugares reales han sido omitidos en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral segundo, con el fin de que la difusión de esta providencia a los medios y observatorios no permita la identificación de los involucrados y, en todo caso, salvaguardar la intimidad las familias involucradas con los hechos de que trata este proceso, amén de la presunción de inocencia del denunciado.

El 16 de diciembre de 2003, el señor Omar Mauricio fue detenido a órdenes de la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de la orden de captura proferida dentro de la investigación por la presunta comisión del punible de acceso carnal violento. Situación que se prolongó hasta el 26 de diciembre siguiente, cuando el ente acusador se abstuvo de imponer al sindicado medida de aseguramiento. El 24 de noviembre de 2005 se profirió resolución de acusación y se ordenó la reclusión en la Cárcel de La Macarena hasta el 1 de marzo de 2006, cuando el Juzgado Penal de Rincón Guapo decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación. Finalmente, el 19 de junio de 2007 se dictó resolución de acusación y privó de la libertad al señor Omar Mauricio hasta el 31 de abril de 2008, cuando fue absuelto. El demandante estuvo privado de la libertad por un total de doce (12) meses y veinticuatro (24) días.

## **2. Pretensiones**

En la demanda presentada el 21 de octubre de 2008, por los señores Omar Mauricio y Geraldine, quienes actúan en nombre propio y en representación de sus hijas menores Adriana y Patricia; Nancy, Orlando, Javier, Iván y Marina, en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, se pretenden las siguientes declaraciones y condenas (f. 132-141, c. 1):

*PRIMERA: Declarar administrativa y civilmente responsable a LA NACIÓN, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA de todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales, daño a la vida en relación, ocasionados al señor OMAR MAURICIO; a su esposa GERALDINE, a sus hijas menores ADRIANA y PATRICIA, a su padre ORLANDO, a su madre NANCY, a su hermano JAVIER, a su hermana MARINA y a su hermano IVÁN, con motivo de la privación injusta de la libertad del señor OMAR MAURICIO, quien fue detenido injustamente durante 13 meses en la cárcel de La Macarena, por orden de la FISCALÍA SECCIONAL 002 DELEGADA ANTE EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE Rincón Guapo.*

*SEGUNDA: Condénese a LA NACIÓN, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA a pagar al señor OMAR MAURICIO; a su esposa GERALDINE, a sus hijas menores ADRIANA y PATRICIA, a su padre ORLANDO, a su madre NANCY, a su hermano JAVIER, a su hermana MARINA y a su hermano IVÁN, y por medio de su apoderado, todos los daños y perjuicios tanto morales como materiales y por daño a la vida en relación que se le ocasionaron con la privación de la libertad del señor OMAR MAURICIO, quien fue detenido injustamente durante 13 meses por orden de la FISCALÍA SECCIONAL 002 DELEGADA ANTE EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE RINCÓN GUAPO, conforme a la siguiente liquidación o la que se demostrare en el proceso así:*

*A. LUCRO CESANTE: la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS (\$39.000.000), que corresponden a \$3.000.000 mensuales promedio que obtenía por trabajo o labor independiente en su taller denominado "MONTALLANTAS EL PRI", que se liquidarán directamente a favor del propio ofendido OMAR MAURICIO, correspondiente a las sumas mensuales que ha dejado de producir durante el tiempo que estuvo privado injustamente de la libertad durante 13 meses.*

*B. DAÑO EMERGENTE: la suma de DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS (\$19.900.000) que consisten o son totalidad de los siguientes valores y conceptos: \$6.000.000 más sus intereses (pendientes por liquidar) del préstamo hecho por la señora PETRONILA; \$8.900.000 por la pérdida objeto de la venta de un lote de terreno a la señora DUVINA; \$5.000.000 por concepto de pago de honorarios del abogado, que se liquidarán directamente a favor del propio ofendido OMAR MAURICIO. Toda esta clase de gastos se hicieron necesarios para la obtención de su justa libertad y para la manutención de su hogar que, como cabeza de familia, ha asumido siempre.*

*C. PERJUICIOS MORALES (Pretium dolores): se debe a cada uno de los demandantes o a quien represente sus derechos en el momento del fallo el equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, según certificación que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Estos perjuicios morales consisten en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de estar privado injustamente de la libertad (...).*

*D. DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN (pérdida del placer de disfrutar la vida normalmente): se debe a cada uno de los demandantes o a quien represente sus derechos en el momento del fallo el equivalente a CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES VIGENTES a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, según certificación que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Esto consiste en el perjuicio extrapatrimonial, distinto del moral, denominado perjuicio fisiológico o la vida en relación, que es la pérdida de la posibilidad de realizar actividades*

*que no producen rendimiento patrimonial pero que hacen de la vida agradable. Esto a causa del hecho de estar privado injustamente de la libertad durante 13 meses por el Estado (...).*

*E. Otras que resulten probadas dentro del proceso.*

*(...).*

### **3. Oposición a la demanda**

3.1. La Nación–Rama Judicial se opuso a las pretensiones (f. 163-176, c. 1). Señaló que en *sub-lite* no se advierten los presupuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad del Estado. Explicó que la actuación de la Fiscalía General se sujetó a las normas constitucionales y legales vigentes, por lo que el señor Omar Mauricio debió soportar la reclusión, en la medida en que esta no fue producto de un error judicial o de un defectuoso y anormal funcionamiento de la administración de justicia. Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones:

*Falta de causa para demandar.* En la medida en que los jueces y fiscales deben acatar las normas constitucionales y legales vigentes que regulan los procedimientos judiciales.

*Falta de legitimación en la causa por pasiva.* Conforme a los hechos relacionados en el libelo y a los documentos aportados por los actores, se puede concluir que el supuesto daño antijurídico alegado es atribuible únicamente a la Fiscalía General de la Nación, entidad que cuenta con autonomía administrativa y presupuestal.

*Inexistencia de perjuicios.* En tanto el daño no se erige en antijurídico.

3.2. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación sostuvo que los fiscales, en calidad de administradores de justicia, están revestidos de autonomía para interpretar los hechos puestos a su conocimiento y

valorar las pruebas recaudadas. En ese orden, señaló que su proceder se ajustó a las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico y que en el trámite de la investigación el demandante contó con las garantías suficientes para controvertir las pruebas y las decisiones adoptadas. Finalmente, adujo que en el presente caso no es posible aplicar el régimen de responsabilidad previsto en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en tanto que la absolución se profirió con fundamento en el principio de *in dubio pro reo*.

#### **4. Sentencia recurrida**

El Tribunal Administrativo del Magdalena Medio, mediante sentencia del 24 de junio de 2010, denegó las pretensiones (f. 239-253, c. ppl.). En primer lugar, se refirió a las excepciones propuestas por la Rama Judicial, para concluir que, en efecto, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva en lo que a esta entidad respecta, pues los hechos por los que se demanda se originaron en actuaciones exclusivas de la Fiscalía General de la Nación, quien también fue demandada y cuenta con autonomía presupuestal y administrativa, al tiempo que actuó debidamente representada por el Fiscal General.

Como fundamento de la decisión denegatoria de las pretensiones, consideró que algunos de los medios de prueba allegados por la parte actora, con el propósito de demostrar la existencia del daño y de su antijuridicidad, obran en copia simple y, en consecuencia, no pueden ser consideradas. De otro lado, señaló que las pruebas que, a su juicio, podían ser valoradas, daban cuenta de que la libertad concedida al demandante en abril de 2008 lo fue de manera provisional, en tanto se dispuso en primera instancia, aunado a que no obra ningún elemento de convicción en el plenario que dé cuenta de su ejecutoria.

#### **5. Recurso de apelación**

Inconforme con la decisión, la parte actora interpone recurso de apelación para que se revoque y, en su lugar, se acceda a las pretensiones incoadas (f. 258-266, c. ppl.). Sostiene que no hay discusión sobre la legitimación en la causa por pasiva, pues la demandada es la Nación, quien a través de la Fiscalía General de la causó el daño antijurídico. Reprocha la *“inactividad probatoria”* del *aquo*, toda vez que si no era posible valorar la documentación allegada en copia simple, lo procedente tenía que ver con hacer uso de sus facultades oficiosas para acceder a la original o autenticada. También señala que el principio de la buena fe rige las actuaciones de los particulares, *“mientras no obre prueba en contrario”*, en ese orden no se puede negar que la valoración conjunta de las pruebas obrantes en el expediente acredita la existencia del daño antijurídico y da lugar a su reparación.

## **6. Alegatos de segunda instancia**

En esta oportunidad la parte actora, la Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio (f. 300, c. ppl.). Por su parte, la Fiscalía General reitera los argumentos expuestos en el *iter* procesal (f. 282-291, c. ppl.).

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Presupuestos procesales de la acción**

#### **1.1. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer el recursos de apelación interpuesto por la parte actora, en proceso de doble instancia, fallado por el Tribunal Administrativo del Cesar, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., habida cuenta de la naturaleza del asunto, en los

términos de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia–, tal como lo definió la jurisprudencia de esta Corporación.

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

## **1.2. Caducidad**

De conformidad con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir *“del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*.

En el presente caso, la pretensión resarcitoria tiene que ver con la privación de la libertad que afectó al señor Omar Mauricio, entre el 29 de junio y el 25 de julio de 2003. En la jurisprudencia de esta Corporación es pacífica la premisa según la cual el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde el día siguiente a *“la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión”*. Para el caso concreto, se tiene que

la sentencia absolutoria quedó ejecutoriada el 15 de abril de 2008<sup>2</sup> y la demanda fue presentada el día 21 de octubre de siguiente, esto es en el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A.

## 2 Hechos probados

2.1. El señor Omar Mauricio es: (i) **cónyuge** de Geraldine, (ii) **padre** de Adriana y Patricia, (iii) **hijo** de Nancy y Orlando y (iv) **hermano** de Javier, Marina e Iván (copias de registros civiles de matrimonio y nacimiento –f. 11, 13, 14, 17-20, c. 1).

2.2. El 16 de diciembre de 2003, el señor Omar Mauricio fue detenido a órdenes de la Fiscalía Seccional 002 de Rincón Guapo, con ocasión de la captura ordenada el 5 de diciembre, dentro de la investigación que se adelantó por la presunta comisión del punible de acceso carnal violento; situación que se prolongó hasta el 26 de diciembre siguiente, cuando esa agencia fiscal definió su situación jurídica y se abstuvo de proferir medida de aseguramiento (providencia del 5 de diciembre de 2003, mediante la cual la Fiscalía Seccional Segunda define la situación jurídica del señor Arturo Vidal y ordena la captura del señor Omar Mauricio – f. 23-31, c. 1; boleta de detención n.º 029 del 16 de diciembre de 2003, mediante la cual la Fiscalía Seccional 002 de Rincón Guapo solicita al director de la cárcel de esa localidad mantener en calidad de retenido al señor Omar Mauricio –f. 14, c. pruebas; providencia del 26 de diciembre de 2003, mediante la cual la Fiscalía Seccional Segunda define la situación jurídica del señor Omar Mauricio y se abstiene de proferir medida de aseguramiento privativa de la libertad en su contra, al tiempo que revoca la dictada en contra del señor Arturo Vidal –f. 40-47, c. 1; boleta de libertad n.º 024 del 26 de diciembre de 2003 mediante la cual la Fiscalía Seccional 002

---

<sup>2</sup> Copia del oficio n.º 1556, suscrito por el secretario del Juzgado Penal del Circuito de Rincón Guapo y dirigido al Procurador General de la Nación (f. 126, c. 1), a través del cual se remiten copias de la sentencia del 2 de abril de 2008 “*mediante la cual se absolvió a OMAR MAURICIO Y OTRO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO (...), Así mismo se hace saber que dicho fallo quedó debidamente ejecutoriado el 15-IV-2008*”.

de Rincón Guapo solicita al director de la cárcel de esa localidad poner en libertad al demandante y al señor Arturo Vidal –f. 15, c. pruebas). Se consignó en la providencia del 5 de diciembre de 2003:

(...).

*Así las cosas, el primer indicio grave de responsabilidad nace precisamente de la denuncia que la ofendida realizara en contra de nuestro sindicato, donde y en forma primigenia, no supo decir siquiera sus nombres, empero lo individualizó y lo identificó con un alias, esto es, el de “CHUKY”, pero fue enfática en determinarlo como el gratuito agresor a su libertad sexual, dice que después de haber estado en compañía de unos amigos en un bar, al embriagarse estos se despidieron de ella y una amiga, preciso instante en que aparece nuestro sindicato en compañía de otro sujeto y las convidan a continuar en ese estado de disfrutar el rato en dicho lugar, luego nace en cabeza de este sujeto invitarlas a pasear en su vehículo y no notó nada irregular, ella y su amiga se subieron en el vehículo, el cual era conducido por el sindicato, mismo que tomara la ruta hacia la ciudad de Metrópolis. Estando a la altura del sitio denominado “Palomino”, fueron bajadas ella y su amiga en forma contraria a su voluntad, esto es, a la fuerza, para proceder a ser violentada en su libertad sexual, pues la accedieron los dos sujetos sin mediar su consentimiento y, dice que a su amiga no le pasó nada ya que ella se les escapó a dichos sujetos, de este modo nótese como la supuesta ofendida siempre dirigió sus decires en contra del sujeto que individualizó desde los comienzos de esta investigación, denuncia que se sale de toda temeridad, mala fe o lazo de amistad o enemistad, pues los sujetos eran personas recién conocidas para ella y su amiga y no vemos como se pueda prestar en forma consiente y voluntaria (...) para que dos sujetos a la vez la accedieran carnalmente (...).*

*Aunada a esa denuncia se cuenta también con el examen médico legal que le realizaran a la ofendida y con los diferentes exámenes de laboratorios, de ellos podemos extraer que la ofendida efectivamente fue vulnerada en su bien jurídicamente tutelado por el Estado, entonces, su libre disposición de su anatomía humana para los delitos del cuerpo, esos exámenes, mismos que fueran recolectados momentos después de haberse presentado el acto, determinan que efectivamente la ciudadana que recurrió a la autoridad había sido objeto de haber tenido relaciones sexuales (...), así al (sic) examen de fresco vaginal se observó la presencia de esperma, esto es, que la susodicha sí había tenido relaciones sexuales, de donde y entonces su denuncia no era gratuita sino basada en hechos que solamente a ella le correspondió vivir, por eso la forma tan peculiar y desprevenida en que los narra, es más el recto de paciente presentó fisuras y excoriaciones radiales recientes, lo que permite acotar que fue abusada a nivel anal y por nuestro sindicato en compañía de su amigo.*

(...).

*Luego en ampliación de denuncia pudo determinar al segundo sujeto que la accedió carnalmente, valga decir, el señor OMAR MAURICIO, mismo que se presentara al sitio donde labora la ofendida en ofrecimiento de dinero para que retirara la denuncia por ella interpuesta, a lo cual ella lo llevó ante los policiales, los cuales le aconsejaron que no reciba dinero y tomaron los datos de su segundo sindicato, incluso denota en su ampliación de denuncia que unos familiares de sus ahora denunciados le ofertaron arreglar las cosas por las buenas, dentro de ese grupo de personas hacía presencia la compañera de nuestro sindicato y ante la negativa de la ofendida estos procedieron a amenazarla, de todas maneras continúa dirigiendo su denuncia en forma clara y expedita (...).*

*En su injurada el sindicato no negó haber tenido relaciones sexuales con la ofendida, empero niega que haya sido a la fuerza, pues dice que esta ofertó primero a su amigo OMAR MAURICIO y luego a él; que al primero le cobraba la suma de cincuenta mil pesos y a él la suma de veinte mil pesos, que esa relación no fue como la sostenía la ofendida sino que fue con el claro y nítido consentimiento.*

2.3. El 15 de noviembre de 2005 la fiscalía profirió resolución de acusación en contra del demandante y ordenó su reclusión en la Cárcel de La Macarena, que se hizo efectiva el día 24 del mismo mes y año y se extendió hasta el 1 de marzo de 2006, fecha en la que el Juzgado Penal de Rincón Guapo decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación (resolución de acusación del 15 de noviembre de 2005 –f. 55-62, c. 1; boleta de detención n.º 015 del 24 de noviembre de 2005, mediante la cual la Fiscalía Seccional 002 de Rincón Guapo solicita al director de la cárcel de esa localidad mantener en calidad de detenido al señor Omar Mauricio –f. 13, c. pruebas; acta de audiencia preparatoria del 1 de marzo de 2006, en la que el Juzgado Penal del Circuito de Rincón Guapo dispone la nulidad de lo actuado a partir del auto de la resolución de acusación, por indebida adecuación típica de la conducta –f. 73-75, c. 1; orden de libertad del 1 de marzo de 2006, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Rincón Guapo dispone la libertad del demandante –f. 12, c. pruebas).

2.4. Nuevamente, el 19 de junio de 2007, se dictó resolución de acusación en contra del señor Omar Mauricio por el delito de acceso carnal violento, al tiempo que se ordenó su reclusión en la Cárcel de La

Macarena, entre el 20 de junio siguiente y el 3 de abril de 2008, esto es, un día después de haber sido absuelto de responsabilidad por el Juzgado Penal del Circuito de Rincón Guapo. El demandante estuvo privado de la libertad por un total de doce (12) meses y veinticuatro (24) días (resolución de acusación del 19 de junio de 2007 –f. 78, c. 1; orden de detención del 20 de junio de 2007 proferida por la Fiscalía 002 Seccional de Rincón Guapo, dirigida al director de la Cárcel de dicha municipalidad –f. 11, c. pruebas; sentencia del 2 de abril de 2008, proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Rincón Guapo –f. 94-111, c. 1; orden del 3 de abril de 2008, mediante la cual el Juzgado Penal del Circuito de Rincón Guapo exhorta al director de la Cárcel La Macarena para que ponga en libertad al señor Omar Mauricio –f. 9, c. pruebas). El fallador penal consideró:

*(...) terminó el proceso y llegó este momento procesal y aún las dudas respecto a ese momento previo y concomitante al acceso carnal no se aclaran, sacan avante en parte la posición de los procesados, y con ello la verdad se sumerge en la oscuridad y solo emergen ciertas situaciones aparentemente claras, pero con ellas no es suficiente para proferir condena por no demostrarse la responsabilidad penal, como tampoco se demuestra la inocencia de los mismos, sino que lo acaecido queda en un manto de dudas insalvables y el principio de PRESUNCIÓN DE INOCENCIA no sufrió pleno resquebramiento, y la absolución aflora, reitero, no por demostrarse la inocencia de los procesados, sino exclusivamente por la duda, y las dudas deben resolverse a favor de los procesados.*

*(...).*

*En concernencia con el segundo ingrediente del primer elemento estructural de la conducta, es decir, SI FUE O NO VIOLENTO EL ACCESO CARNAL, existen las dos versiones irreconciliables, y tal como ha quedado la duda hasta este momento persiste, y en esas condiciones, también queda en duda el elemento subjetivo respecto a la RESPONSABILIDAD de los procesados en el reato por el cual se les conculcaron los cargos jurídicos. A juicio de este despacho resulta innecesario atarearnos en el examen o análisis de todo aquel cúmulo de pruebas que se ciernen sobre las circunstancias de tiempo, modo o manera y lugar que redondearon el tipo penal reseñado en la resolución acusatoria sobre el instante previo y el concomitante a la relación sexual, por la sencilla razón de que respecto del señalamiento de los autores obran en el paginario (sic) las dos versiones insulares contenidas por un lado en la denuncia y en las ampliaciones de la señora ISABEL CRISTINA [presunta ofendida] y de su amiga; y por el otro lado, en las declaraciones de los procesados. Incluso la primera versión sin respaldo en otras pruebas orales o documentales; y la segunda versión con respaldo en los testimonios de WALTER DELGADO, quien declara que para*

*la fecha de los hechos, en las horas de la noche observó una camioneta azul, con dos muchachos y una muchacha y que esa muchacha que estaba junto a la camioneta les gritaba que le dieran la plata ofrecida y ellos le decían que se subiera, pero ella no quería ante lo cual se fueron y la dejaron ahí; con el testimonio de JOAQUÍN GÓMEZ, quien atendió para la noche de los hechos hoy fallados en el bar o whiskería EL KOREANO, en calidad de administrador, y declara que la pareja conformada por ISABEL CRISTINA y su amiga y sus dos acompañantes masculinos, estuvieron en el sitio, ingirieron inicialmente una botella de ron, luego otra y en total 8 cervezas, incluso advierte que todos tomaron por parejo, y permanecieron una hora y media ingiriendo bebidas embriagantes y cuando su compañía masculina las dejó solas, ellas se quedan tomando cerveza y ron y ellas toman la iniciativa y se sientan en la mesa donde estaban los procesados, y cuando salieron afirma que ellas estaban bastante “prendidas” y abrazaban a sus acompañantes; y finalmente DORIS AGUIRRE, en calidad de mesera de EL KOREANO, declara que en la noche de los hechos, cuando la compañía se va del sitio, ellas, refiriéndose a ISABEL CRISTINA y su amiga estaban borrachas y luego una de ellas, a quien ubica “...la pelada bajita se le sentaba en las piernas de uno de ellos, estaban dándose besos...”. Con estas pruebas se demuestra en parte la versión de los procesados, quienes siempre han ubicado a las damas en cita como personas que estaban bajo el influjo de bebidas embriagantes; que la iniciativa de acercarse a la mesa de los procesados fue de ellas; que incluso realizaron actos amorosos, con lo cual desmienten lo expresado por ellas al afirmar cosas totalmente distintas, y esta instancia se hace el siguiente interrogante.*

*¿Si ISABEL CRISTINA y su amiga en sus narraciones temporales de su estadía en el bar o whiskería han sido totalmente ajenas a la verdad, qué razones válidas serían aplicables y qué regla de la experiencia se aplicaría para afirmar que sobre el instante previo o concomitante al acceso carnal dijeron la verdad?*

*Y la respuesta es única, no es posible darle credibilidad a sus versiones sobre esos instantes previos y concomitantes, por el contrario, reitero, todo queda en el grado de duda y poco creíble.  
(...).*

### **3. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar -en función de los hechos probados- si la Nación-Fiscalía General es patrimonialmente responsable por la privación de la libertad que padeció el señor Omar Mauricio, tildada de injusta, a la luz de los artículos 90 de la Carta Política, y los artículos

65 y 68 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia.

Así mismo, se analizará la conducta del implicado y ahora demandante, tal como corresponde en los términos de los artículos ya señalados de la Ley 270, acorde con los artículos 83 y 95 constitucionales.

#### **4. Análisis de responsabilidad**

De conformidad con los hechos probados, se tiene por demostrado **el daño** invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditado que el señor Omar Mauricio estuvo privado de su libertad, a órdenes de la Fiscalía General de la Nación, durante diferentes períodos, para un lapso total de trece (13) meses, hasta que la justicia ordinaria lo absolvió de responsabilidad penal, el 2 de abril de 2008.

En el estado actual de la jurisprudencia no se discute la **antijuridicidad** del daño, cuando se impusieron restricciones a la libertad personal que no se tendrían que soportar; con absoluta claridad, en los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica.

Inclusive, no se discute la responsabilidad estatal en los casos antes referidos cuando se trata de hechos ocurridos una vez la referida norma fue derogada por las disposiciones correspondientes de la Ley 270 de 1996; ello, en aplicación del artículo 90 constitucional, sin perjuicio de las previsiones del artículo 95 de la misma normatividad, en cuanto la Constitución Política impone a los asociados deberes de convivencia, respeto de los derechos ajenos, no abuso de los propios y colaboración, con las autoridades, en particular con la administración de justicia.

Así las cosas, en aplicación del precedente vigente<sup>3</sup>, la Sala entiende que así se mantenga la presunción de inocencia incólume, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello se traduzca en un menoscabo al derecho fundamental a la libertad, dada la autonomía del juicio de responsabilidad, esto es, de la reparación, al margen de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad ya definidas por el juez penal en ejercicio de su competencia, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, no lograron desvirtuar la presunción de inocencia.

Es que la cláusula general de responsabilidad del Estado en todos los casos exige que la víctima no abogue por su propia culpa, misma que, si bien no comprometió su responsabilidad penal, deviene en insuficiente para exigir del Estado reparación, en tanto su conducta no responda a los estándares mínimos de corrección que exige la convivencia, pues sabido es que, a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar el de mantener un comportamiento de respeto por los derechos ajenos y no abuso de los propios, relacionados uno y otro con el deber de colaborar con la administración de justicia (art. 95 *ibídem*). Esta última encargada de garantizar la convivencia y el imperio de un orden justo con el concurso de los asociados (art. 2 *ejusdem*).

Es de anotar que, dado que se trata de preservar el derecho fundamental a la libertad, las tradicionalmente denominadas causales de fuerza mayor y hecho exclusivo y determinante de un tercero no tendrían que exonerar a la administración, pues, no se entiende que

---

<sup>3</sup> Sentencias de ésta misma Subsección, proferidas el 6 de abril de 2011 dentro del expediente 19.225, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, del 28 de mayo de 2015 dentro del expediente 33.907, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, y del 30 de abril de 2014 dentro del expediente 27.414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

alguien pueda ser privado de la libertad por fuerza mayor o por obra de un tercero<sup>4</sup> y que, si lo fue, deba soportarlo.

Ahora bien, en casos como el *sub-judice*, el análisis de la responsabilidad necesariamente debe hacerse en los términos de la Ley 270 de 1996 y particularmente en aplicación de los artículos 2º, 83 y 95 constitucionales, a efectos de descartar la culpa grave o el dolo civil. Bajo ese entendido, el análisis de la mayor o menor diligencia del privado de la libertad respecto de sus deberes de convivencia social deviene en imperativo, en tanto no se comprende la exigencia de responsabilidad del Estado sin considerar la conducta de la víctima, lo que no se traduce en volver sobre las actuaciones de esta en razón de la conducta delictiva por la que fue absuelta, dada la autonomía del juicio de responsabilidad y el imperativo de no volver sobre lo decidido por el juez penal, único autorizado para resolver sobre la conducta punible.

De conformidad con las disposiciones de los artículos 28 y 250 constitucionales, la privación de la libertad procede por hechos imputables que revistan las características de delito, siempre que suficientes motivos y circunstancias fácticas indiquen su existencia, conforme un juicio de regulación y competencia estricta y excluyente, sin que de esto se siga que los deberes de corrección se agoten o subsuman en acciones típicas, antijurídicas y culpables.

En esas circunstancias, aunque el daño consiste en la privación y la antijuridicidad tiene que ver con lo injusto de la medida, vulneraría el principio de juez natural, el *non bis in idem* y la presunción de inocencia volver sobre lo decidido en sede penal, sin que por ello se tenga que disponer la reparación de todas maneras; como si la víctima de la

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 19067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

privación fuese un ser aislado de la comunidad política, autorizado para desconocer deberes imperativos de convivencia.

Nótese que se trata de un juicio ajeno al que dio lugar a la absolución y, siendo así, resulta contradictorio volver sobre el mismo para sostener que la víctima no puede ser indemnizada en la medida que dio lugar a la privación. Además porque la presunción de inocencia impone al Estado el deber de desvirtuarla, sin que la actuación de la víctima cuente.

Siendo así, la responsabilidad patrimonial por la privación de la libertad se estructura a la luz de un juicio autónomo, complejo, sobre una misma unidad fáctica, en cuanto, a partir de la investigación penal considerada en su conjunto y al margen de la configuración del delito que no es objeto del proceso de reparación, al juez de la responsabilidad patrimonial le corresponde determinar si i) la investigación en la que se impusieron las medidas de aseguramiento invocadas como fundamento de la reparación demandada concluyó con decisión favorable a la víctima porque el Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, no logró desvirtuar la presunción de inocencia y ii) si los hechos o actuaciones que comprometieron en esa investigación a quien demanda en reparación se enmarcan en culpa grave o dolo civil, con entidad suficiente para negar la reparación.

En esas circunstancias, comoquiera que la *causa petendi* de la reparación del daño comprende particularmente la privación de la libertad, los juicios no se confunden. Ello es así, en tanto la unidad fáctica sobre la que se estructura la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, con la investigación penal, se limita a los hechos o actuaciones que comprometieron al actor en reparación.

Esto es así porque, acorde con el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, acreditada la culpa grave o el dolo civil de la víctima, es claro que se

impone al juez de la responsabilidad proferir sentencia adversa a sus pretensiones, al margen de la presunción de inocencia y los imperativos de legalidad, juez natural, favorabilidad y *non bis in ídem*.

En ese orden de ideas, para efectos de la reparación, es menester considerar también i) el descuido o negligencia del encartado en el cumplimiento de los deberes, en la vigilancia, cuidado o pericia, en los que no habrían incurrido las personas negligentes o de poca prudencia en sus actuaciones –culpa grave, equivalente al dolo- y ii) “...*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*” (art. 63, Código Civil), al margen de los elementos que configurados legitiman la pérdida de la libertad, habida cuenta que se trata de la culpa o el dolo de quien reclama como víctima y no del infractor de una conducta típica, antijurídica y culpable. Casos en los que, de conformidad con lo previsto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, “...*se exonerará de responsabilidad al Estado*”.

Juicio en el que, inclusive, le corresponde al juez de lo contencioso administrativo adelantar, al margen de que la demandada no haya formulado en su defensa la excepción, el análisis respectivo de la conducta de quien alega el daño, en tanto el imperativo constitucional y legal así lo indican.

Lo anterior encuentra su fundamento en los artículos 90 y 95 constitucionales, 65, 68 y 70 de la Ley 270 de 1996 que sujetan la responsabilidad patrimonial por la privación de la libertad no solo a la absolución o preclusión con que se favoreció al privado de la libertad, sino también a la exigencia de que la víctima no haya actuado de manera dolosa o gravemente culposa –entendido, como es natural, desde una perspectiva netamente civil–. De donde no es dable que se sujete esta última a las exigencias procesales de la excepción o que su análisis sea abordado desde una perspectiva fundada en la imputabilidad, comoquiera que lo relevante tiene que ver con que, al

tenor de las disposiciones especiales que, desde la Constitución Política y la Ley Estatutaria de la Justicia, disciplinan la materia, no resulta posible recibir indemnización al margen de la culpa grave o dolo.

Se concluye entonces, sin hesitación, que a partir de la normatividad bajo análisis, en materia de privación injusta de la libertad la culpa grave o el dolo, son elementos sustanciales de la responsabilidad patrimonial del Estado. Esto es, le está vedado al juez de lo contencioso administrativo declarar esa responsabilidad al margen de lo dispuesto por el artículo 70 de la ley estatutaria.

Es así como la Sala ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión del 18 de febrero de 2010 sostuvo<sup>5</sup>:

*Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp.17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo –se destaca–.*

De igual modo, la jurisprudencia de esta Corporación ha estudiado los conceptos de culpa grave y dolo como los elementos determinantes de la responsabilidad del agente estatal, convocado a la acción de repetición<sup>6</sup>. Esto último también considerado por la Corte Constitucional con ocasión de los cargos de inconstitucionalidad formulados contra los artículos 77<sup>7</sup> y 78<sup>8</sup> del C.C.A., y contra la Ley 678 de 2001<sup>9</sup>. En efecto, se señaló que<sup>10</sup>:

*(...) para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Agregó [la Corte Constitucional] que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política<sup>11</sup> y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.*

---

<sup>6</sup> Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, exp. 8483, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 21 de octubre de 1994, exp. 9.618, C.P. Julio César Uribe Acosta; 12 de abril de 2002, exp. 13.922, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 5 de diciembre de 2005, exp. 23.218, C.P. María Elena Giraldo Gómez; y auto de 22 de mayo de 2003, exp. 23.532, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>7</sup> Sentencia C–100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C–430 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencias C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-455 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-423 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 37722, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>11</sup> “[24] El artículo 83 Constitucional reza: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

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 pregona lo acontecido se vanagloria del incumplimiento de su parte y desprestigia a su pareja ocasional.

Al efecto, vale poner de presente algunos apartes del acta de diligencia de indagatoria que rindió el demandante (f. 36-39, c. 1) –se destaca–:

*(...), ella era flaca, estaba como más entonada, pues yo a ellas las había visto, cuando dijeron que les gastara yo les pregunté que cómo era la cosa, que yo les gastaba trago pero que como era la cosa, pues a gratis nada, ella me dijo que le gastara y que habláramos, se sentó con su compañera y pidió cerveza para las dos, después de un ratico el muchacho Arturo se fue a dejar a los hijos para la casa, yo me quedé con ellas dos y ya después que estaban entradas le dije a ella que cómo era la cosa, entonces esta me respondió que cuánto le iba a dar, yo le pregunté qué cuánto era lo que cobraba, ella me dijo que le diera cincuenta mil pesos y entonces yo le dije que yo no le podía dar, después de un rato Arturo llegó ahí, él estuvo hablando con la otra muchacha que era gordita aindiada (sic) a quien no conocía, este Arturo con la muchacha estaban conversando pero no sé qué arreglarían ellos ahí, yo con la otra muchacha ya habíamos hablado de que íbamos a estar un rato juntos y que le daría algo de dinero, pero no todos los cincuenta mil pesos, incluso que la gordita como en dos o tres ocasiones le decía a la que estaba conmigo “prima vámonos”, la muchacha como estaba sentada en mis rodillas, ella decía que no fresca que ahora vamos, después ella se paró y no sé qué cosa le diría al oído a la otra muchacha y se quedó sentada con Arturo;*

después de un rato yo le dije que fuéramos a estar un rato ya que en eso habíamos quedado y ella me dijo que listo, que nos fuéramos, nosotros salimos de ahí, Arturo había dejado un carrito fuera de El Koreano y nos fuimos en la camioneta que yo tenía que era una doble cabina y la más flaquita con la que habíamos pactado precio se sentó en la parte de adelante conmigo y la otra se sentó atrás con Arturo, de ahí salimos hacía la parte norte, eso debe ser El Costal, es por las cruces, ahí parqueé la camioneta, me bajé y di la vuelta y me paré donde estaba ella y le comenté a él “bueno, yo vine a lo que vine, no sé ustedes a qué vinieron”, le abrí la puerta a ella y entonces le dije que si al fin y ella me contestó que sí, que listo, ella me decía que le pagara ya, que necesitaba la plata para sus hijos, ella ese día iba con yin (sic), yo comencé a hablar con ella y Arturo y la otra muchacha, ellos se bajaron de la camioneta y pues yo me quedé en la camioneta haciendo el amor con ella, pero Arturo estaba solo, entonces le pregunté de la muchacha y él me respondió que se había ido al baño para el baño y que no había regresado y entonces este Arturo le dijo a la pelada que había estado conmigo que si lo dejaba estar a él también y ella le respondió que le diera veinte mil pesos y que sí, que ella se dejaba hacer el amor, antes de él estar con ella, ella le dijo que se separara un momentico, que ella quería orinar, se fue para la parte delantera de la camioneta, luego volvió y pues comenzaron con Arturo a hacer lo que tenían que hacer y yo me pasé para el lado de la camioneta y pues yo estaba orinando sobre llanta de la camioneta y cuando estaba orinando sobre la llanta, venía alguien en una moto y resulta que había sido un señor a quien yo distingo, él vive en Palomino, él paró porque reconoció la camioneta y me preguntó que qué era lo que me pasaba, si estaba varado o qué, yo le dije que no, que sólo estaba esperando la pareja que estaba adentro de la camioneta terminando de hacer lo que estaban haciendo ahí (...), el muchacho de la moto siguió su camino, después de un momento ellos terminaron de hacer lo que estaban haciendo y ella cogió y se subió a la parte de atrás a vestirse (...), cuando estuvo lista se subió a la camioneta y Arturo y yo nos regresamos a la parte de adelante, yo venía conduciendo, la muchacha en la segunda banca y prendimos la camioneta y nos vinimos, cuando ya casi llegamos a la bomba me quedé sin gasolina, pero con el impulso que traía el carro alcanzamos a llegar a la bomba y yo le mencioné a ella que solamente traía ocho mil pesos y que tocaba echarle gasolina a la camioneta, que le echaría cinco mil pesos de gasolina y que los tres mil restantes eran para ella, que si quería los recibiera y este muchacho Arturo dijo que él tampoco tenía plata, cuando eso nos amenazó y nos dijo espérense y verán y se bajó de la camioneta y ahí mismo comenzó a pedir la plata, que le pagáramos, eso lo dijo en varias ocasiones. El que estaba tanqueando me pasó la llave y yo cogí y prendí la camioneta, cuando prendí las luces observé que adelante y en un quiosco estaba un señor que tiene un parqueadero ahí y tiene una mano mala (...), estaba con otra señora ahí, el otro no sé quién era, él se nos reía del escándalo que nos estaba formando la vieja esta, ya prendimos la camioneta y le dije a la muchacha que se subiera y ella no quiso, por eso nosotros nos vinimos, pasé dejando a Arturo

*por el sitio donde había dejado el carro y nos despedimos y cada quien se fue para su casa (...).*

También vale poner de presente la indagatoria rendida por el señor Arturo Vidal, quien se encontraba con el demandante el día de los hechos, acorde con el entendimiento que de la misma sentencia del 2 de abril de 2008 se señala (f. 94-111, c. 1):

*Indagatoria de ARTURO VIDAL, en cuyo desarrollo manifestó que para la fecha de los hechos se encontraba con sus hijos, a quienes había llevado a comer pizza y se encontró con su amigo OMAR M., quien lo invitó a tomar cerveza en “El Koreano”, llegando luego otro amigo conocido como “El Niche” y se tomaron dos cervezas cada uno. Que luego llegaron dos parejas, los cuales ya estaban tomados e ingresaron al lugar y poco después salieron y se fueron, pero las mujeres se regresaron, les tumbaron las bebidas y después se sentaron con ellos. Que al ver tal situación fue a dejar a los niños a la casa y se devolvió a seguir tomando, llegando luego y encontrando a su amigo OMAR MAURICIO con las muchachas al interior del establecimiento, ocurriendo después que empezaron a enamorarlas y la mujer que estaba con OMAR le manifestó que fueran a tomar a otro lugar, pero la que estaba con él (el indagado) no quería, pero habló con la otra fémina al oído y accedió a salir del sitio. Que salieron para la parte norte del lugar y le pidió a la que en ese momento lo acompañaba que hicieran el amor, a lo que ella accedió, pero pidió ir al baño y al salir ya no regresó. Que la otra mujer que estaba con OMAR, le pedía \$50.000 o que le ayudara con los hijos y estuvieron haciendo el amor en la cabina de la camioneta y que al acabar OMAR se paró y le refirió que le hiciera el amor a la mujer, por lo que le pidió realizar tal acto, pidiendo la mujer para acceder \$20.000, pero no se los dio porque no tenía dinero. Que luego regresaron los tres en la camioneta y la mujer se bajó en la “bomba” de arriba y en ese lugar se quedó, yéndose luego cada uno para sus casas. Que las mujeres les pidieron que les gastaran cerveza, pero que ellas ya estaban “prendidas”, tomando con ellos únicamente cerveza, sin saber que bebieron antes. Que es mentira lo referido en la denuncia, en primera lugar porque la denunciante iba con “CHUKY” u OMAR y porque la mujer les pidió plata, argumentando que la rabia de la mujer es porque no le dieron el dinero, además que la que más insistía que salieran del lugar, para la parte de arriba, era la mujer con la cual sostuvieron relaciones sexuales (...).*

Sobre la declaración rendida por el señor Walter Delgado dentro del mismo trámite, sintetiza la providencia:

*Declaración de WALTER DELGADO (conocido como...), quien manifestó que para la fecha de los acontecimientos no se encontraba trabajando como celador del parqueadero de la estación de gasolina del barrio (...), pero que como vive por ahí, siempre da vueltas por ahí, observando una camioneta de color azul y dos muchachos, uno moreno y otro como mono, a los que una mujer les gritaba que “le dieran la plata que le habían ofrecido”, que no se la robaran. Que alcanzó a escuchar que los hombres le decían que se subiera, pero que ella no lo hizo y se fue a pie (...).*

Finalmente, como prueba que sustenta el dicho de los indagados, se resumió la declaración rendida por el señor Augusto Palencia:

*Declaración de (...), quien manifestó que para un día lunes sin recordar la fecha, observó una camioneta azul oscura que estaba estacionada en la vereda (...) y había un hombre en la parte de atrás del vehículo, orinando. Que por haber reconocido el vehículo se acercó a preguntar si estaba varado, recibiendo por respuesta que no y que lo que hacía era esperar que un amigo que estaba en el interior del automotor, terminara con una mujer. Que se acercó al vehículo y efectivamente vio a una pareja teniendo sexo (...).*

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<sup>12</sup>, empeñada en construir sociedades igualitarias, deben combatirse con medidas de afirmación positiva dirigidas al empoderamiento de la mujer y, en todo caso, a la

---

<sup>12</sup> Cfr., “The stereotype of the Latino family comprising an authoritarian man and a dependent, submissive woman (Bozett and Hanson, 1991) has been challenged in the face of urbanization and acculturation. Traditionally, Latino fathers were depicted as fighting roosters through terms like macho, borracho (drunk) and bien gallo (fighter) (Coltrane and others 2004)”. (El estereotipo de la familia latina que comprende un hombre autoritario y una mujer sumisa dependiente (Bozett y Hanson, 1991) ha sido impugnada en el contexto de la urbanización y la aculturación. Tradicionalmente, los padres latinos se representan como gallos de pelea a través de términos como machista, borracho (drunk) y buscapleitos o “buen gallo” (luchador) (Coltrane y otros, 2004; traducción libre); United Nations, MEN IN FAMILIES, and Family Policy in a Changing World, págs. 53 y 54.

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.

En lo que tiene que ver con la obligación de los Estados de proscribir este tipo prácticas sociales que refuerzan o legitiman la falsa supremacía del hombre respecto de la mujer, vale poner de presente algunas consideraciones efectuadas por la Sala en sentencia del 11 de diciembre de 2015<sup>13</sup>:

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

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

*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*

---

<sup>13</sup> Exp. 41.208, C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo.

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.

(...).

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.

(...).

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”**<sup>14</sup>.

Adicionalmente, se advierte que la “violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”<sup>15</sup>:

(...).

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**<sup>16</sup>.

En análogo sentido, se resalta que “[e]l derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros,”<sup>17</sup>

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<sup>18</sup>.

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

---

<sup>14</sup> “[21] Artículo 1 ibídem”.

<sup>15</sup> “[22] Inciso 1º del artículo 2 ibídem”.

<sup>16</sup> “[23] Literales a) y b) ibídem”.

<sup>17</sup> “[24] Artículo 6 ibídem”.

<sup>18</sup> “[25] Literales a) y b) ibídem”.

erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente<sup>19</sup>:

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

b) **Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer**<sup>20</sup>.

Igualmente, previó el deber de “adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para”<sup>21</sup>

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 mujer<sup>22</sup>.

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 libertad<sup>23</sup>.

De otro lado, debe advertirse que el ejercicio de la prostitución y la práctica del comercio carnal generan problemas sociales de gran envergadura, siendo importante destacar la presión de satisfacer necesidades apremiantes de quien se ofrece y de su familia. Se advierte en estos casos, de una parte el estado de postración en todos los órdenes de quien ofrece su cuerpo en razón de la absoluta falta de oportunidades y, de otro, el interés en satisfacer sus apetitos sin ninguna consideración respecto de la situación del otro. Nótese que el

---

<sup>19</sup> “[26] Inciso 1º del artículo 7 *ibídem*”.

<sup>20</sup> “[27] Literales a), b), *ibídem*”.

<sup>21</sup> “[28] Inciso 1º del artículo 8 *ibídem*”.

<sup>22</sup> “[29] Literal b) *ibídem*”.

<sup>23</sup> “[30] Artículo 9 *ibídem*”.

actor no sólo obtuvo lo requerido, sino que propició el encuentro de la mujer con su amigo, quien tampoco cumplió el compromiso de pago.

Sobre la situación de personas que, como las trabajadoras sexuales, por variadas razones se ubican en más de una condición de desventaja social, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse en la sentencia T-736 de 2015<sup>24</sup>—se subraya—:

*[E]n la Sentencia C-741 de 2003<sup>25</sup> la Corte Constitucional determinó que existía una diferencia entre un grupo discriminado y un grupo marginado. En esa oportunidad consideró que el grupo marginado es más amplio que el discriminado pues “comprende no sólo a personas que han sido colocadas en una situación de desventaja por decisiones estatales, políticas públicas o prejuicios sociales, sino además a quienes dadas las condiciones reales en que viven, sin importar la causa, están en una situación de exclusión social, no se han incorporado a las actividades económicas acudiendo a las formas ordinarias para ello o están en la imposibilidad material de acceder a los beneficios de una sociedad organizada”<sup>26</sup>.*

*Entonces, la identificación de un grupo marginado o discriminado debe atender a un análisis del contexto social, político, económico y legal, de un grupo de personas reconocible, para verificar si la situación en la que se encuentra dicho grupo, en cualquiera de tales ámbitos, es la consecuencia de una selección u omisión excluyente, que los ha dejado en una situación de inferioridad o subordinación.*

**33. Los trabajadores sexuales conforman un grupo discriminado y marginado por su actividad respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material. Es necesario enfatizar que existe una**

---

<sup>24</sup> Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>25</sup> “[137] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”.

<sup>26</sup> “[138] Sentencia C-741 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: ‘De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, y tan solo a manera de ejemplo, un grupo marginado puede estar compuesto por (i) personas que por su condición económica, física o mental, se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta; (ii) personas que en razón de la situación desventajosa en la que se encuentran, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales; (iii) disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que son objeto de aislamiento, estigmatización, maltrato, incompreensión o discriminación lo cual conduce a su marginamiento; (iv) población en situación de extrema pobreza, o en condiciones de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana; o (v) un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan.’”

**diferencia entre el trabajo sexual lícito que parte del ejercicio de la voluntad libre y razonada de su titular, así se dé en contextos de vulnerabilidad socioeconómica, y la prostitución forzada o la explotación de seres humanos por el lucro económico de terceros (...).**

34. En contraste, el trabajo sexual lícito, es decir, la prostitución por cuenta propia o por cuenta ajena -a partir del ejercicio de la voluntad libre y razonada, y la actividad comercial de las casas de prostitución, no se encuentran penalizadas en Colombia<sup>27</sup>. Sin embargo, la prostitución es una actividad que reviste de estigma y prejuicios a las personas que la ejercen por voluntad, lo cual tiene el efecto de la discriminación. Esta discriminación tiene dos fuentes principales, una social y otra legal. La social, surge del trato y lugar que la sociedad le ha dado a la prostitución lícita, la cual es tolerada, pero al mismo tiempo provista como indigna e indeseada (...).

La prostitución es definida como “la prestación de un servicio sexual por el cual se recibe una retribución económica y cuyo intercambio permite una negociación y ejercicio de servicios sexuales remunerados”.<sup>28</sup> La valoración moral de la actividad, ha partido del reproche social a las relaciones sexuales en las que no medie un compromiso afectivo, no se tenga el objetivo de la reproducción, y en las que se dé una contraprestación económica, sin importar si hay voluntad en dicha transacción<sup>29</sup>. Históricamente, la prostitución ha tenido una cara visiblemente más femenina, pues son las mujeres que ejercen la prostitución, quienes han sido excluidas de la sociedad, por ejercer una actividad irregular y vergonzosa. Entonces, el trato hacia quienes ejercen esta actividad se ha fundamentado en conceptos de inferioridad y subordinación. No obstante, sólo a las mujeres, o a la parte activa del trabajo sexual, se le ha reprochado de esa forma, no a quien busca o compra los servicios.

En este sentido, los estereotipos negativos pueden ser fundamento de la discriminación o marginación de grupos. La asignación de estereotipos responde muchas veces a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, y generan una desventaja que tiene un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales. Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular, o sobre los roles que éstos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los

---

<sup>27</sup> “[142] Código Nacional de Policía. Decreto 1355 de 1970. “Artículo 179.- El solo ejercicio de la prostitución no es punible”.

<sup>28</sup> “[143] Tirado Acero, Misael. Comercio Sexual, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, 2010. P. 87”.

<sup>29</sup> “[144] Rubio, Mauricio. Viejos verdes y ramas peladas: Una mirada global a la prostitución, Universidad Externado, 2010. P. 289. “No se puede desconocer que el término prostitución tiene connotaciones negativas. En una de sus acepciones prostituir significa “deshonrar, vender su empleo, autoridad, etc., abusando bajamente de ella por interés o por adulación”.”

*miembros de un grupo tienen unas características o cumplen con unos roles precisos, y por lo tanto cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo se presume que ésta actuará de conformidad con dichas preconcepciones, o que es su deber hacerlo<sup>30</sup>.*

*Ahora bien, la atribución de características o visiones generalizadas hacia un grupo como estereotipos, pueden constituir prejuicios, que a su vez generan discriminación, más cuando constituyen omisiones en el ejercicio de la autoridad o marcan el razonamiento de la intervención del Estado. Estas prácticas contribuyen a la subordinación del grupo en la sociedad, y hacen a las personas que lo componen invisibles para el Estado, quien está obligado a proteger sus derechos como seres humanos. Tal y como se evidencia en la jurisprudencia de esta Corporación, la evaluación moral de la prostitución se ha desprendido de un patrón de valoración cultural que ha tendido a menospreciar a quienes ejercen tal actividad. Este acercamiento, que responde a estereotipos negativos, ha generado una visión de un menor valor hacia estas personas, a partir de la estigmatización (negritas original del texto).*

Estereotipos de marginalidad que el actor denota sin ningún reparo, en tanto sus declaraciones evidencian el menosprecio y desprecio hacia la mujer de quien obtuvo los favores sexuales que ofreció retribuir.

Lo anterior, al margen de que no se desvirtuó la presunción de inocencia y que no corresponde a la Sala volver sobre el punto, basta, para efectos de tener por estructurado el dolo civil, que el señor Omar Mauricio reconoce haber pactado con la señora Isabel Cristina comercio carnal, con conocimiento de que a la mujer la impulsaba la

---

<sup>30</sup> “[145] Rebecca J Cook & Simone Cusack, *Estereotipos de Género: Perspectivas Legales Transnacionales*, Profamilia, 2010. “Un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (vg. Mujeres, lesbianas, adolescentes). Según esta definición, los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v.g. los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos (v.g. las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o sus miembros de hecho, poseen o no tales roles. El elemento clave es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se cree que una persona, por el sólo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con una visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo”.

satisfacción de las necesidades económicas relacionadas con el mantenimiento de su familia, al tiempo de dejar en claro que incumplido lo pactado también su amigo repitió la conducta. Abuso del estado de necesidad y contribución a la marginalidad de la mujer que la Sala no puede pasar por alto. Nótese que el actor además de que se precia de haber accedido a la mujer a cambio de un precio, afirma que incumplió con el pago, sin advertir su falta y haciendo alarde del desprecio hacia la mujer con la que compartió por dinero. Conducta aunque reprochable, socialmente aceptada a la luz de la dominación patriarcal expresada en modo de desprestigio de quien fuera su pareja. Esto en cuanto de una parte es consciente de que la mujer facilitaba su cuerpo para sus necesidades apremiantes y, de otra, y no menos importante, en razón a que compartió por su propia voluntad la marginalidad de su compañera ocasional.

Para la Sala es claro que quien conviene en pagar por servicios sexuales se identifica con la oferente y en condiciones de igualdad adquiere el deber de cumplir, al margen de que el compromiso no resulte judicialmente exigible. Al respecto, bien vale echar de menos mayor reconocimiento de los derechos de las personas marginadas, para el caso de las trabajadoras sexuales, sometidas a prácticas sociales de menosprecio. Esta conclusión se desprende de otro reciente pronunciamiento del tribunal constitucional, en tanto consideró –se destaca–:

*En efecto, este Tribunal en su jurisprudencia<sup>31</sup> ha recogido algunos de los pronunciamientos de diferentes foros sobre prostitución en Bogotá que dan cuenta de la desprotección histórica de los trabajadores sexuales en relación con sus condiciones laborales, y de los estereotipos que conlleva su oficio, los pone en situación de discriminación y los hace vulnerables a ser víctimas de violencia, por ejemplo: i) considerar que estas personas nunca pueden sufrir violencia sexual; y ii) no pueden ser buenas madres o padres<sup>32</sup>.*

---

<sup>31</sup> Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>32</sup> “[151] Sentencia T-629 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En Documento ‘Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de

47. En suma, es claro que la prostitución ha estado revestida de estereotipos como que las personas que la ejercen, no son dignas, no son morales, y que su medio de subsistencia debe ser excluido de la sociedad para invisibilizar realidades indeseables, pues van en contra del valor de la familia tradicional, el matrimonio y la monogamia. Así, el rechazo que genera la prostitución ha sido enfocado a la vergüenza por el uso del cuerpo y del sexo como medio de subsistencia y generación de ingresos, pero también parte de una asignación de roles tradicionales donde se presumía que los hombres no podían ser reprochados por acceder a servicios sexuales, pues ellos no podían controlar sus impulsos, mientras que las mujeres sí eran objeto de censura, por lo que el reproche se dirigía hacia la prostituta, no al cliente ni a la prostitución. Estos estereotipos alrededor del ejercicio del trabajo sexual han contribuido de forma determinante a la exclusión y marginación de los trabajadores sexuales. Por lo tanto, la determinación de la actividad sexual como excluida del reconocimiento de la actividad laboral y de su protección en razón a estereotipos, ha generado una discriminación para los trabajadores sexuales, que perpetúa las bases de su desigualdad en la sociedad.

(...).

De otra parte, la jurisprudencia de la Corte ha mantenido su posición de considerar que existen deberes del Estado de reducir los efectos nocivos de la prostitución, pero ha evolucionado al desprenderse de la visión de la prostitución como una actividad indigna, para establecer la protección del derecho al trabajo en el ejercicio del oficio sexual lícito por cuenta propia o ajena, a partir de

---

2009" folio 101-102, tercer cuaderno: "Y, valga destacarlo, por esto también resulta explicable que en el Documento denominado 'Primer Foro sobre Prostitución en Bogotá, Hablemos de Prostitución, Marzo 30 de 2009', en la 'mesa' de normatividad y derechos se haya dicho entre otras cosas, que no ha existido un lenguaje común en relación a la prostitución, 'ya que no se puede hablar de Derechos Humanos cuando se desarrolla un oficio como la prostitución'. O que en la encuesta realizada por el Distrito en los conversatorios de 'Hablemos de prostitución en Bogotá' como parte del plan de desarrollo Bogotá Positiva 2008-2012, con un grupo diverso pero inclusivo de mil entrevistados, comprendidos todos los actores de la prostitución como actividad, cuyos resultados se trajeron al proceso, un 36% estimaran que las mujeres en situación de prostitución no pueden 'nunca (...) quejarse de abuso sexual o violación', porque esto hace parte de su trabajo por el cual 'reciben un pago', con lo que se está diciendo que quienes ejercen la actividad, son sujetos que no tiene ni honra ni pudor sexuales, y que pueden ser agredidos y violentados, es decir que, no preservan su dignidad moral por el hecho de vender servicios sexuales. Por esto, en fin, un 42% de aquellos afirma que 'una persona en situación de prostitución nunca podrá ser buena madre', lo que significa la negación a priori de un derecho inherente al desarrollo de la personalidad, consistente en reproducirse y formar una familia (arts 16 y 42 CP), fundada en el único supuesto de la actividad a la que el sujeto en cuestión se dedica. Una apreciación que resulta aún más impactante, en cuanto que, según indican otros estudios del Distrito capital, la mayoría de las mujeres dedicadas a la prostitución son madres cabeza de familia".

***la determinación de las personas que realizan esta actividad como sujetos de especial protección constitucional<sup>33</sup>.***

En ese orden de ideas, salta a la vista que el demandante, amparado en una supuesta posición de superioridad, fundada en una equivocada virilidad sesgada por estereotipos sociales y culturales que le permiten hacer alarde del desprecio por su pareja ocasional, accedió carnalmente a la señora Isabel Cristina, haciendo gala de artificios engañosos y fraudulentos. Ello, comoquiera que actuó a sabiendas de que obtenía la prestación carnal y no pagaría lo convenido.

De manera que conoce la Sala en esta oportunidad de una de las manifestaciones más dolorosas de la feminización de la pobreza. Se trata del comercio del propio cuerpo para cubrir las necesidades de subsistencia que de otra manera difícilmente pueden suplirse, al menos dentro de contextos marginados. Por tal razón, en cumplimiento de los mandatos imperativos de adoptar medidas afirmativas en pro de la igualdad real de las personas más desvalidas de la sociedad, la Sala debe rechazar el comportamiento del actor, que lejos de acercarlo a la construcción de una sociedad igualitaria, comporta discriminación y mayor marginalidad de la mujer.

Se trata de mitigar la desigualdad advertida en autos, cuando menos con el reconocimiento de la misma. Ciertamente, en ocasiones, el acceso a la justicia se constituye como una de las principales barreras para lograr la empresa de una sociedad igualitaria entre hombres y mujeres, tal como lo expone un riguroso estudio publicado por la

---

<sup>33</sup> Vale destacar que en esta decisión la Corte dispuso que “*en razón al contexto de vulnerabilidad quienes ejercen la prostitución legalmente por falta de regulación en el campo laboral que les otorgue la protección del trabajo digno se exhortará al Ministerio de Trabajo que elabore una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual, de acuerdo con los lineamientos establecidos en esta decisión*” –se destaca–.

Corporación Humanas –Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género–<sup>34</sup>:

**Los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de violencia sexual para acceder a la justicia**<sup>35</sup>

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

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

---

<sup>34</sup> Situación en Colombia de la violencia sexual contra las mujeres. Bogotá, 2009.

<sup>35</sup> “[145] la Corporación Humanas - Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género realizó una investigación sobre el funcionamiento práctico del sistema penal acusatorio en Colombia. En este aparte se presenta una síntesis de los principales resultados del trabajo mencionado. La investigación encontró que las mujeres víctimas de las diferentes formas de violencia de género en Colombia enfrentan numerosos obstáculos para acceder a la justicia, los cuales pueden agruparse en tres categorías: 1) los obstáculos relacionados con la desigualdad en la protección procesal entre los procesados y las víctimas de violencia, 2) los relacionados con las exigencias de la descongestión judicial y la celeridad de los procesos y 3) los obstáculos relacionados con la histórica discriminación que afecta a las mujeres y el desconocimiento de ella en la práctica judicial. Los resultados de esta investigación fueron publicados en La situación de las mujeres víctimas de violencias de género en el sistema penal acusatorio” Bogotá, 2008.

verificó la presencia del procesado, de su defensor, que la Fiscalía hubiera hecho las correspondientes imputaciones fácticas y jurídicas, que el procesado hubiera sido informado de la pena correspondiente a los delitos que se le atribuyen y de la rebaja que obtendría al aceptar los cargos, así como que el procesado hubiera entendido las consecuencias de su decisión y que ésta hubiera sido libre y voluntaria. La actuación de los jueces duró entre 20 y 25 minutos aproximadamente.

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

(...).

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

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

No obstante lo anterior, en el 100% de los casos de violencia sexual observados (así como en los otros de violencia física y asesinato) se encontró que la identidad de las víctimas, incluso la física, es totalmente pública. Los jueces y juezas piden que la víctima se identifique por su nombre completo y número de cédula y diga cuál es su lugar de residencia. Además, durante las audiencias, los jueces y juezas se refieren a las víctimas llamándolas por su nombre y señalándolas. Sólo en dos casos de violencia sexual los jueces se abstuvieron durante todo el proceso de referirse a la víctima por su nombre y lo hicieron<sup>36</sup> (...).

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

En la investigación se hizo evidente que los jueces y juezas no garantizan el derecho de las víctimas a contar con representación

---

<sup>36</sup> “[147] *Ibidem*, pág. 60”.

*legal en las diferentes etapas del trámite procesal. En efecto, del total de audiencias revisadas, el porcentaje más alto de participación de representantes legales de las víctimas fue de 23%, para el delito de homicidio. La participación del Ministerio Público fue del 42% en los casos de acceso carnal violento y del 15% en los de homicidio. Solamente en una audiencia actuó un representante de la víctima. Del total de casos en que hubo suspensión del procedimiento a prueba, en un 75% se hizo presente la víctima y sólo en un 25% lo hicieron el Ministerio Público y un representante legal de la víctima. Todas las audiencias de legalización de preacuerdo se llevaron a cabo sin participación de la víctima o de su representante.*

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

*Según la regulación del sistema acusatorio y lo establecido en las normas internacionales vigentes para Colombia, las víctimas tienen derecho a que en los procesos judiciales se proteja su integridad y su seguridad y las de su familia. La Fiscalía tiene la obligación de solicitar medidas de protección para asegurar estos derechos. A pesar de que la seguridad de la víctima se puede garantizar no sólo mediante la restricción de la libertad sino también mediante otras medidas, tales como la vigilancia del procesado, la presentación periódica ante la justicia, la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con las víctimas, la prestación de una caución o la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6.00 p.m. y las 6.00 a.m., en ninguno de los casos revisados el fiscal o la fiscal pidió medidas de protección específicas para las víctimas.*

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

satisfacer con su cuerpo los deseos sexuales de sus cónyuges haya o no violencia física (...).

### **5. La complejidad de la prueba**

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

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

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

*El principal hallazgo respecto de la reparación de las víctimas dentro del proceso penal fue la interpretación restrictiva del concepto de reparación, que se asocia casi exclusivamente con la indemnización económica por los perjuicios causados. En consecuencia, los jueces y juezas no adoptan otras medidas de reparación importantes y necesarias para que la reparación sea integral, como las medidas de restitución, las de rehabilitación, las de satisfacción y las garantías de no repetición. La concepción limitada de la reparación se observó tanto en los casos de suspensión del procedimiento a prueba como en los de extinción de la acción penal. En las oportunidades en que se adoptaron medidas orientadas al restablecimiento del derecho de la víctima, se ordenaron por el lapso en que el procesado se comprometió a pagar la indemnización y no por el tiempo requerido realmente por la víctima para el restablecimiento de los derechos vulnerados. En todos los casos se observó que las condiciones que se imponen al imputado para que cumpla durante el período de prueba no responden a las necesidades particulares de las víctimas en cada caso sino a una repetición mecánica, en todos los casos, de una lista de sólo 4 condiciones<sup>37</sup> de las 12 que se pueden imponer al imputado durante el período de prueba, según el artículo 326 del código de procedimiento penal.*

---

<sup>37</sup> “[149] Estas cuatro condiciones son que el procesado 1) se comprometa a guardar buena conducta, 2) se someta a tratamiento psicológico o psiquiátrico, 3) conserve el lugar de residencia y 4) notifique cualquier cambio del mismo”.

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

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

Visto lo anterior, la Sala al tiempo que confirmará la sentencia impugnada por los motivos ya expuestos, considera necesario exhortar a la Fiscalía General y a la Rama Judicial para procurar por un mayor compromiso con las formas de violencia sexual y con la protección adecuada de quienes han sido víctimas de este flagelo; para el efecto la necesidad de considerar el incumplimiento de compromisos de pago en el comercio sexual como elemento determinante de la falta de consentimiento en la relación. Esto es así porque si bien no corresponde a esta instancia evaluar las providencias penales, es factible advertir los estereotipos que las motivan. Es que resulta contrario a la dignidad humana y al contenido axiológico de la Constitución, ignorar el estado de marginalidad de quienes en razón de

necesidades apremiantes ejecutan el comercio carnal<sup>38</sup> y echar de menos la motivación del pago como elemento de la voluntad.

Lo anterior si se considera que en el *sub-exámine* la denuncia presentada se formuló por acceso carnal violento y los funcionarios de instrucción y juzgamiento estimaron que, conforme al dicho del ahora demandante, no se presentó violencia en el acceso carnal. Sin embargo, esta Sala advierte sobre las dificultades que comportó para la víctima su pretensión de obtener justicia respecto de la vulneración de la integridad y libertad sexual de que fue objeto; primero porque en una sociedad sesgada por estereotipos de machismo y marginalización sobre quienes ocasional o permanentemente prestan servicios sexuales a cambio de una remuneración, una denuncia fiel a los hechos ocurridos probablemente habría generado re victimización que, inclusive, puede llegar a ser más traumática que los mismos hechos que dieron origen a la denuncia –máxime si se tiene que los hechos ocurrieron en un municipio pequeño, donde la información, en especial sobre este tipo de sucesos, se difunde con facilidad—. De otro lado, la adecuación típica de las conductas punibles puede verse afectada por criterios exegéticos que no permiten una interpretación acorde con los bienes jurídicos que pretende tutelar el ordenamiento jurídico penal.

Para concluir, la Sala, a la luz de los artículos 2<sup>39</sup>, 13<sup>40</sup>, 83<sup>41</sup> y 95<sup>42</sup> constitucionales, negará las pretensiones de reparación elevadas por

---

<sup>38</sup> Sobre este punto se debe aclarar, que no está demostrado que la mencionada señora se dedicara efectivamente al comercio sexual, al menos no de manera permanente. No obstante, conforme al dicho del demandante, que salió avante en el trámite penal, se puede tener acreditado que, al menos en esa ocasión, la señora Isabel Cristina pactó relaciones sexuales con el actor a cambio de una contraprestación económica, que finalmente fue desconocida.

<sup>39</sup> *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y*

quien, sin perjuicio de haber compartido y propiciado el comercio carnal, señala a la mujer por haber accedido a sus requerimientos, pretendiéndose ajeno a los mismos, al tiempo que menosprecia la condición de marginalidad de su pareja ocasional, sometida por él mismo a comercio sexual sin el pago prometido. Se trata de poner de presente el deber de reconocer la responsabilidad propia y de no abusar de posiciones sociales de privilegio, construidas sobre imaginarios colectivos errados.

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

---

para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” –se destaca-.

<sup>40</sup>“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” –se destaca-.

<sup>41</sup>“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

<sup>42</sup>“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;  
(...)”.

Finalmente, la Sala estima necesario proteger la identidad de las personas –y de sus familias– comprometidas en los hechos de autos y pone de presente las previsiones constitucionales y convencionales sobre la protección de la intimidad familiar, al igual que la presunción de inocencia<sup>43</sup>, razón por la cual dispone que las copias que se expidan de esta decisión no permitan identificar a las personas involucradas, como se dispondrá en la parte resolutive.

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

### III. F A L L A

**PRIMERO. CONFIRMAR**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia del 24 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena Medio, mediante la cual se denegaron las pretensiones.

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

**TERCERO. EXHORTAR** a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación para que adopten (i) medidas eficientes que garanticen el debido acompañamiento y protección de quienes han sido víctimas en

---

<sup>43</sup> Artículos 15 y 42 de la C.P., 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

los casos de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; y (ii) criterios de adecuación típica capaces de proteger los mencionados bienes jurídicos que se pretenden tutelar en el Título II del Libro Segundo del Código Penal Colombiano, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Amén de capacitaciones en las que se consideren las situaciones de marginalidad que la misma sociedad genera; para el efecto la situación de las personas que derivan su sustento del comercio carnal.

**CUARTO.** Disponer la remisión de la copia de la presente providencia a los observatorios de justicia así como a las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto se relacione con el empoderamiento de la mujer y la disminución de la desigualdad de género.

**QUINTO.** Sin condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**  
Presidenta de la Sala

**DANILO ROJAS BETANCOURTH      RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Magistrado                              Magistrado