



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUB-SECCIÓN C



**CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)

**Radicación:** 68 001 23 15 000 2002 00599 01 (31362)  
**Actor:** Marco Tulio Vargas Méndez y otros  
**Demandado:** Nación-Fiscalía General de la Nación  
**Asunto:** Acción de reparación directa (sentencia)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de 31 de enero de 2005, proferida por el la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar que resolvió negar la totalidad de las pretensiones de la demanda [fl.197 cp].

**ANTECEDENTES**

**1.- La demanda.**

1 La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2002 por Marco Tulio Vargas Méndez [víctima] en nombre propio y en representación de Andrea Paola Vargas Vargas [hija]; Ana Matilde Méndez de Vargas [madre] y Cristico Vargas Méndez [hermano] mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas [fls.23-29 c1]: (1) declarar la responsabilidad de la entidad demandada por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes "por la privación injusta de la libertad de que [sic] fue víctima el señor MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, el día de su detención, ocurrida el 12 de Marzo [sic] de 2000, en la ciudad de Charalá – Santander"; (2) que se condene a la entidad demandada a pagar: (2.1) por concepto de perjuicios morales ciento cincuenta [150] salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Marco Tulio Vargas Méndez, y cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Ana Matilde Méndez Vargas, Andrea Paola Vargas y Cristico Vargas Méndez; (2.2) por concepto de daño emergente la suma de seis millones de pesos [\$6.000.000.00] a favor de Ana Matilde Méndez Vargas,



correspondiente al "dinero que tuvo que pagar por la defensa a su Abogado [sic]"; (2.3) por concepto de lucro cesante la suma de treinta millones de pesos [\$30.000.000.00] a favor de Marco Tulio Vargas Méndez, correspondiente a "los salarios que dejó de recibir durante todo el tiempo que estuvo preso, teniendo en cuenta que trabajaba para ese entonces en labores del Campo [sic] y Comerciante [sic], o se reconozca el salario mínimo que regía [sic] para esa época (Marzo –sic- de 2000)", con su actualización e indexación; y, (3) que se diera cumplimiento a lo consagrado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

2 Como fundamento de las anteriores pretensiones, la parte actora se sustentó en los siguientes hechos [fls.24 a 25 c1]: (1) la víctima Marco Tulio Vargas Méndez antes de la detención se dedicaba "a las labores del campo, donde obtenía ingresos mensuales de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000), que destinaba para atender los gastos que demandaba su menor hija y madre"; (2) la situación económica y psicológica de la familia fue coartada cuando Marco Tulio Vargas Méndez "fue capturado por orden de la Fiscalía Seccional de Charalá, por el delito de Homicidio [sic] agravado y Porte [sic] ilegal de armas de defensa personal, delito que él no cometió, estuvo preso por espacio de Cuatro [sic] meses, en la Cárcel Distrital de Charalá, donde tuvo que soportar enfermedades, hambre, dormir en el piso y aguantar humillaciones"; (3) la investigación penal en contra del privado de la libertad fue asumida por la Fiscalía Delegada Seccional de Charalá, Santander, la que "después de cuatro (4) meses de debates, probatorios, demostró ser inocente, por la conducta que se le endilgó"; (5) a la víctima Vargas Méndez y a su familia se le ocasionaron "grandes perjuicios de índole moral, emocional, psíquica, mental, económica [...] pues pese a su inocencia y por el despliegue que le hicieron los medios de prensa y radio, sigue para el medio que lo rodea, como un exconvicto"; (6) la víctima con su privación injusta de la libertad fue lesionado en su "honra, su fama, su libertad personal, su reputación, su integridad moral"; (7) fue privado de la libertad el 12 de marzo de 2000; (8) el 4 de julio de 2000 la Fiscalía Quinta Delegada ante los Juzgados del Circuito de San Gil, Santander, profirió providencia por la que precluyó la investigación penal adelantada contra Marco Tulio Vargas Méndez<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Como pruebas aportada se dijo acompañar la demanda con: "[...] 2. Registro civil de nacimiento de la menor hija ANDREA PAOLA VARGAS VARGAS. 3. Registros civiles de nacimiento de su



## 2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda mediante auto de 8 de julio de 2002 [fl.33 c1], la cual fue notificada a la Fiscalía General de la Nación por conducto del Director Seccional de Fiscalías [fl.34 c1].

4 El apoderado de la demandada Fiscalía General de la Nación, oportunamente, contestó la demanda [fls.36-47 y 52-66 c1], en la que manifestó (1) “en relación con los hechos presentados en la demanda, me permito manifestar que no me constan, razón por la que me atengo a lo que de ellos resulte probado en legal forma dentro del proceso y guarden relación con las pretensiones de la demanda”; (2) se opuso a las pretensiones de la demanda; (3) planteando como razones de la defensa: (3.1) **“Inexistencia de falla en la prestación del servicio de Administrar Justicia [sic]”**<sup>2</sup>; (3.2) **“Legitimidad de la medida de aseguramiento**

señora madre ANA MATILDE MENDEZ DE VARGAS y su hermano CRISTICO VARGAS MENDEZ. 4. Fotocopias informales del auto de Julio [sic] 4/00 expedido por la Fiscalía Quinta Delegada ante los juzgados penales del Circuito de San Gil – Santander; [sic] donde le precluyen la investigación. 5. Constancia de pago de Honorarios [sic] al Abogado [sic]”. Se solicitó, además, “1. Oficiar a la Fiscalía Quinta Delegada ante los juzgados penales del Circuito [sic] de San Gil – Santander, para que envíe al proceso fotocopias autenticadas de las siguientes piezas procesales, con su notificación y ejecutoria que dictó en contra de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ: a. Resolución por medio de la cual le resuelve la situación jurídica. b. Resolución por medio de la cual le precluyen la investigación. 2. Oficiar a la Secretaría Jurídica, de la Cárcel Municipal de Charalá, para que envíe al proceso lo siguiente: a. Certificación sobre la fecha de ingreso y egreso del señor MARCO TULIO VARGAS MENDEZ [...]”. Por último, se solicitó la recepción de los siguientes testimonios de: David Camacho Sánchez, Roberto Dueñas, Simeón Vargas, Noe Camacho Sánchez y Luz Dayan Vargas Dueñas [fls.25 y 26 c1].

<sup>2</sup> Se argumentó: (1) “[...] Esta competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía General de la Nación, a través de la Fiscalía delegada competente definió la situación jurídica de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, imponiendo medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional. Esta medida se adoptó con base en la denuncia formulada por la esposa del occiso señora ROSALBA ROMERO CRUZ”; y, (2) “MARCO TULIO VARGAS MENDEZ tuvo durante todo el trámite de la investigación la oportunidad de controvertir las pruebas con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, ajustándose el procedimiento a los principios y ritualidades que prevé la ley penal, sin poderse predicar en ningún momento la existencia de error judicial o falla en la prestación del servicio de Administrar Justicia [sic]” [fls.39 y 40 c1]. Se citó como jurisprudencia aplicable de la Sección Tercera del Consejo de Estado la siguiente: (1) sentencia de 5 de agosto de 1994, expediente 8485; y, (2) sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482.



pronunciada y hecho de un tercero”<sup>3</sup>; y, (3.3) “Ausencia de “detención injusta” o “error judicial””<sup>4</sup>.

5 El período probatorio se abrió mediante auto proferido por el Tribunal el 24 de noviembre de 2003<sup>5</sup> [fls.70-72 c1]. Vencido el período probatorio, el Tribunal

<sup>3</sup> Se argumentó: “[...] La medida de aseguramiento de que fue víctima el demandante en el caso materia de la litis, no puede tildarse de “injusta”, pues dicha medida estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación, y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental ajustándose la providencia que la determinó a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la ley penal comoquiera que existían indicios graves de responsabilidad penal en los hechos investigados constituidos esencialmente por el denuncia y declaración de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ, esposa del señor HERIBERTO LEON LEON (q.e.p.d). En este sentido debe precisarse que la investigación adelantada por la Fiscalía se realizó con base en la declaración de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ, se repite, y que ante la contundencia de su acusación en contra del hoy demandante MARCO TULIO VARGAS MENDEZ la única actuación posible del Fiscal Delegado era de adoptar la medida de aseguramiento hasta tanto no se aclarara la inocencia del sindicado, como al final sucedió, gracias a la labor investigativa de la Fiscalía. En estas circunstancias y desmentida la acusación hecha por ROSALBA ROMERO CRUZ, igualmente en forma contundente, se debe analizar que fue esta declaración la única causante de la investigación y la detención, y por tanto causa exclusiva del eventual daño causado al demandante MARCO TULIO VARGAS MENDEZ” [fls.40 y 41 c1].

<sup>4</sup> “[...] no se presentan en el caso sub lite, al no existir conductas abiertamente contrarias a derecho [...] para proferir tanto la medida de aseguramiento como la resolución acusatoria no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria [...] la investigación penal adelantada por la Fiscalía contra MARCO TULIO VARGAS MENDEZ y la medida de aseguramiento decretada, fueron decisiones efectuadas dentro del marco de la ley penal y tuvo como fundamento las pruebas allegadas en cada etapa procesal, de las cuales sí podían estructurarse indicios graves de responsabilidad que ameritaban el adelantamiento de la investigación, sin que pueda argumentarse en su contra una falla en el manejo probatorio por parte de los Fiscales Delegados, quienes en todo momento actuaron dentro del marco de la Ley o un pretendido daño antijurídico, error judicial o detención injusta” [fls.44 y 45 c1]. Por último, solicitó como pruebas: (1) “oficiar a la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de San Gil, Santander, para que con destino a este proceso, remita copia auténtica de las providencias de fondo proferidas dentro de la investigación por el homicidio de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ [sic] en contra de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ y que culminó con providencia preclusiva de fecha 4 de julio de 2000”; y, (2) “oficiar a la Dirección Seccional de Fiscalías de San Gil, Santander, para que con destino a este proceso, remita copia auténtica de las providencias de fondo proferidas dentro de la investigación por el homicidio de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ [sic], sucedido el 11 de marzo de 2000, **investigaciones distintas** de aquella en que estuvo sindicado MARCO TULIO VARGAS MENDEZ” [fl.45 c1].

<sup>5</sup> En el que se decidió: “I. PRUEBAS PARTE DEMANDANTE: 1 DOCUMENTAL: Por la Secretaría de la Corporación se librarán los siguientes EXHORTOS indicando en cada uno de ellos la documentación requerida deberá ser remitida en el término de diez (10) días y a costa de la parte actora. 1. A la Secretaría Jurídica de la cárcel de Charalá para que remita certificación sobre la fecha de ingreso y egreso del señor Marco Tulio Vargas Méndez, delito que se le imputa y por orden de que autoridad. 2. TESTIMONIAL: De conformidad con los artículos 220 y 224 del C.P.C., se decretan los testimonios de: DAVID CAMACHO SANCHEZ, ROBERTO DUEÑAS, SIMEON VARGAS, NOE CAMACHO SÁNCHEZ Y [sic] LUZ DAYAN VARGAS DUEÑAS, quienes residen actualmente en el municipio de Charalá. Para la practica [sic] de la anterior diligencia comisionese al Juzgado Promiscuo del Circuito –reparto- de Charalá Santander. Por parte de la Secretaría de esta corporación librense el correspondiente despacho comisorio. II. PRUEBAS PARTE DEMANDADA: 1 DOCUMENTAL: Por la Secretaría de la Corporación se librarán los siguientes EXHORTOS indicando en cada uno de ellos que la documentación requerida deberá ser remitida en el término de diez (10) días y a costa de la parte demandada. 1. A la Dirección seccional [sic] de Fiscalías de San Gil Santander, para que remita copia auténtica [sic] de las providencias de fondo proferidas dentro de la investigación por el homicidio de Heriberto León León, sucedido el 11 de



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



profirió auto de 8 de noviembre de 2004, mediante el cual corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público en los términos del artículo 59 de la ley 446 de 1998 [fl.152 c1].

5.1 La parte actora oportunamente presentó sus alegatos de conclusión [fls.153-158 c1] en los que manifestó:

"5. En el presente caso no se tuvo en cuenta el principio de presunción de inocencia, de igualdad y se violó el derecho a la libertad [artículo 13 de la Constitución Nacional], se dejó llevar el investigador de comentarios, conjeturas, animadversiones, no analizó cada testimonio, no los sopeso [sic], vinieran de quien vinieran, fué [sic] una investigación insegura, deficiente, se le hizo fácil aplicar esa frase humillante como: "un auto de detención no se le niega ni al mejor amigo", "detengamos mientras encontramos la prueba" "investigación sin detenido, es una frustración", "hay que buscar un preso, no al verdadero preso", todo esto se dio en contra de la libertad de MARCO TULIO haciendo alarde del espíritu represivo de algunos investigadores, siendo una investigación tan precaria en materia penal y una vez oído en indagatoria se le niega el beneficio de la libertad condicional cuando los declarantes lo hacían de oídas o quizás de montaje pues se carecía de una prueba directa o de indicios serios que en realidad comprometerían a MARCO TULIO como autor del homicidio agravado.

6. Sin embargo el señor Fiscal Quinto Delegado ante el Circuito de San Gil-Santander, en sentencia [sic] del 4 de julio de 2000, hace un análisis del acervo probatorio existente en la causa seguida contra MARCO TULIO VARGAS, el cual es objetivo, real, fruto de un análisis profundo del conocimiento que tuvieron respecto de los verdaderos autores del punible, llegando a la conclusión de una verdad sabida y cierta, de que MARCO TULIO VARGAS no había cometido el delito de homicidio agravado por el que se le juzgaba, por lo tanto precluye la investigación.

En materia administrativa se debe dar cumplimiento a la Constitución Nacional que prohíbe [sic] el doble juzgamiento de la persona por un mismo hecho, por eso no es dable cuestionar administrativamente las razones que el fiscal tuvo en su momento para absolver a un sindicado, pues la garantía de la justicia estriba en la seguridad de sus fallos, porque no puede haber administrativamente una reformatio in Pejus [sic] de la sentencia, desconociendo lo injusto de la definición que se hizo de una persona, argumentando que el juez se equivocó o que no valoró la prueba como era, etc., pues en ese preciso momento en que se notificó [sic] la sentencia absolutoria a las partes, era el representante del ministerio público [sic] el encargado de apelar la sentencia, de interponer toda clase de recursos contra la sentencia si era que la creía injusta y sin embargo no lo hizo.

7. Los daños causados a MARCO TULIO VARGAS y familia son irreparables como así lo dijo el fallador, no se explica el actor del presente proceso como [sic] la justicia

---

marzo de 2000, investigaciones distintas de aquella en que estuvo sindicado Marco Tulio Vargas Méndez y que culminó con providencia preclusiva de fecha 4 de julio de 2000 de la Fiscalía quinta delegada [sic] ante los Jueces penales [sic] del Circuito de San Gil. III. PRUEBA COMUN ENTRE LA PARTE ACTORA Y LA ENTIDAD DEMANDADA: 1. PRUEBA TRASLADADA: Por parte de la Secretaría de la corporación EXHORTESE: 1) a la Fiscalía Quinta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de San Gil Santander para que remita copias auténticas [sic] de las siguientes piezas procesales con su respectiva notificación y ejecutoria de la investigación adelantada contra Marco Tulio Vargas Méndez. 1.1 Resolución por medio de la cual le resuelve la situación jurídica. 1.2 Resolución por medio de la cual le precluye investigación" [fls.70 a 72 c1].



fuera de ser tardía es insegura, como [sic] pudo durar cuatro (4) meses privados [sic] de lo más sagrado que es la libertad, como fue aislado de su familia y el entorno social, llevándolo a una cárcel mientras encontraban el culpable, como tuvo que afrontar momentos difíciles en un sitio donde no se combate el delito si no se prepara el delito, donde no son sitios para regenerarse sino para degenerarse y todo por culpa de una falla del servicio por parte del ente investigador, teniendo a la vez que salir de todos sus bienes que poseía para poder obtener su libertad.

El *Perjuicio Moral* [sic], esta [sic] dado y demostrado lo uno por ser presunción de hombre y porque los testigos así lo corroboraron, además es obvio que una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si es injusta, sumado al hecho que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional indiscutiblemente produce en el afectado y su familia con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario genera angustia, sufrimiento moral y de [sic] "depresión" [...] pues estos hechos no son fuente de alegría, gozo y regocijo espiritual, por el contrario, causa perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental como es la libertad, y a su familia del ser en el cual ellos se abrazaban.

[...]

En cuanto al *Perjuicio Material* [sic], está demostrado según testigos que MARCO TULIO VARGAS, antes de ser privado de la libertad trabajaba en labores del campo, que de ello devengaba \$300.000, de lo cual dependía su familia, como se demostró el actor es una persona trabajadora estaba para el momento de su detención en buen uso de sus facultades físicas y psíquicas, lo cual lo habilita para desempeñar cualquier actividad laboral lo que les permitía ingresos a toda su familia, no obstante cuando una persona recupera su libertad, despectivamente se le dice: "ese... estuvo en la cárcel", se le cierran las puertas, no le dan trabajo, los créditos se alejan, la misma familia lo aísla, no se dan cuenta que la persona como tal tiene valores morales y espirituales. Consta igualmente por los testigos el deterioro de su patrimonio económico, pues tuvo que vender la finca y sus emovientes [sic] para cancelar el abogado a quien tuvo que pagarle la suma de \$6'000.000.

[...]

Fundado en el Art. 16 de la Ley 446/98 de acuerdo con el cual la indemnización debe ser integral resulta procedente la condena al pago de los perjuicios a la vida de relación sufridos por el Señor [sic] MARCO TULIO VARGAS y su familia, si bien en la demanda no se le solicitó expresamente la indemnización de los perjuicios a la vida de relación del actor, basta interpretar los hechos de la demanda principal pues el haber tenido que separarse de su madre, hermano e hija y amigos, siendo amenazado, el tener que abandonarlos al irse para otra ciudad con miras a conseguir trabajo y a proteger su vida, por haber sido violado el derecho a su honra y al buen nombre, por haber afectado su patrimonio económico y por alteraciones de las condiciones de vida de éste y su familia por culpa de la entidad investigativa [...]

[...]

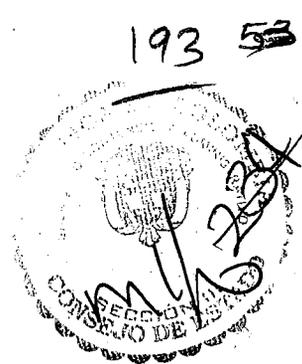
Teniendo en cuenta lo anterior, la responsabilidad en comento es objetiva, producida como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria [sic] y razonable de las distintas circunstancias del caso, siendo irrelevante la conducta del juez [...] [fls. 55-158 c1].

5.2 La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta instancia..

### 3. Sentencia de primera instancia.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



6 La Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar profirió sentencia de primera instancia el 31 de enero de 2005 en la que resolvió denegar la totalidad de las pretensiones [fl.197 cp] con base en los siguientes argumentos:

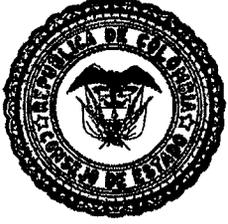
"[...] Se debe tener en cuenta que corresponde a la Fiscalía a voces de los artículos 250 de la Constitución Nacional en armonía con el 120 del Código Procesal Penal, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes y para tal efecto la Fiscalía deberá: asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados con el delito; calificar y declarar precluidas [sic] las investigaciones realizadas.

Tal y como se señala en el escrito de contestación de la demanda, esta competencia legal y constitucional atribuida a la Fiscalía General de la Nación constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía a través de la delegada competente definió la situación jurídica de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, mediante resolución adiada el diecisiete de Marzo [sic] del año 2000, profiriendo en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el presunto punible de Homicidio [sic] en LEON LEON, no por suposiciones, elucubraciones, conjeturas, comentarios o animadversiones como de manera equivocada y sin fundamento alguno lo señala el apoderado judicial de la parte demandante, sino con fundamento en el testimonio y denuncia de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ, que en los arbores [sic] del investigativo mereciere credibilidad a la Fiscalía, esto es, por reunirse a cabalidad las exigencias del art. 388 del C de P.P., vigente para esa época, testimonio que posteriormente en el transcurso investigativo fuere decantado y desvirtuado, precisamente por la misma labor investigativa de la misma Fiscalía, al punto de calificar el mérito sumarial con preclusión como igualmente era su deber legal y procesal, al establecerse como [sic] el señor VARGAS MENDEZ no había cometido dicho Homicidio [sic], pero para ello se reitera se debió agotar todo un proceso investigativo con el respeto a las garantías jurídico procesales del sindicado como efectivamente se hizo, dentro de un término prudencial cuatro meses, ya que además estaba de por medio una vida humana.

[...]

La Sala adopta la primera posición jurisprudencial mencionada, esto es, la tesis "subjetiva o restrictiva" que condicionada [sic] la responsabilidad del Estado en cuanto a la conducta, a que la imputada está fundada en decisiones jurisdiccionales erradas, injustas, arbitrarias y abiertamente ilegales, arbitrariedad e ilegal [sic] que el caso que nos ocupa no existió, ya que ante el noticiamiento [sic] proveniente de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ, esposa del interfecto, quien a la hora de haber sucedido el hecho se acercó al Comando de la Policía y denunció a MARCO TULIO VARGAS MENDEZ como el homicida de HERIBERTO LEON por las razones allí expuestas. Con base en esa imputación en apariencia tan contundente, la Policía se desplazó hasta la vivienda campestre de VARGAS MENDEZ y lo capturó, recuperando horas más tarde por indicación de éste en la parte trasera de su casa una escopeta calibre 20, con un cartucho sin percutir.

Así las cosas, la fiscalía [sic] vincula a tal investigativo al señor VARGAS MENDEZ, quien oído en indagatoria, manifestó ser ajeno al hecho que se le imputa, explicando las actividades cumplidas el día de los hechos, las razones de haber ocultado inicialmente el arma de fuego a la policía e ignorando el porque [sic] se le sindicaba



de la muerte de HERIBERTO LEON, con quien jamás tuvo problemas y a quien describió por el contrario como una buena persona, trabajador, de buen carácter y correcto.

Indagatoria que una vez recepcionada y confrontada con el restante caudal probatorio, sirviere como pedestal para aforar al citado señor VARGAS MENDEZ con media de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación alguna a voces del art. 388 de la ley procesal penal vigente para esa época, por las razones de hecho y de derecho allí esbozadas como se lee en dicha decisión judicial atrás reseñada, a título de autor y de presunto responsable del delito de Homicidio [sic] en perjuicio de HERIBERTO LEON LEON, para posteriormente una vez decantada y perfeccionada dicha investigación con la práctica de pruebas tales como testimonios, dentro del término legal, se dispusiera el cierre de tal investigativo y al calificar el mérito sumarial se le precluyere a su favor tal investigación tras considerar que la verdad está de lado de los testimoniantes [sic] LUZ DARY VARGAS DUEÑAS, MARIA LIGIA DUEÑAS VARGAS, RAFAEL ANTONIO DUEÑAS, SIMEON VARGAS LOZADA y EDILMA LEON calificados como verosímiles, razonables y desinteresados y no por la versión insular de ROSALBA ROMERO la cual adolece de parcialidad, imprecisión siendo por tanto a la luz de la sana crítica inverosímil, decretando por ende la libertad provisional de compromiso y de otorgamiento de caución prendaria a la vez que ordenara la compulsación de copias de lo actuado para proseguir tal investigativo en aras de establecer quienes fueron los reales autores de la muerte violenta de HERIBERTO LEON LEON.

[...]

[...] la decisión judicial que llevare en principio a privar de su libertad al señor VARGAS MENDEZ no fue una decisión judicial abiertamente desproporcionada, descabellada, errada, equivocada, arbitraria, ilegal, violatoria de los procedimientos legales, basada en meras suposiciones o especulaciones, que merezca ser reparada económicamente por la Nación como consecuencia de un error judicial sino que por el contrario para la toma de tal decisión que fuere como se observa de su lectura lo suficientemente motivada, argumentada y razonada, con base en el testimonio o denuncia de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ esposa del interfecto, que se encontraba junto a éste, en la cual expresara oír la detonación y mirar hacia [sic] la carretera viendo a MARCO TULIO VARGAS [...] caudal probatorio incipiente aún dado que apenas se estaba en los comienzos del investigativo, pero que posteriormente fuere enriquecido y allegado a los autos por los señores operadores judiciales de instancia en desarrollo del giro normal u ordinario de su actividad judicial dentro de la mas [sic] estricta sujeción a sus deberes legales, procesales y reglamentarios cuyo desconocimiento les acarrearía consecuencias desfavorables tanto penales como disciplinarias, al punto de calificarse el mérito sumarial con preclusión del investigativo a favor del citado sindicado.-

En este orden de ideas tenemos entonces como [sic] analizadas y decantadas las pruebas que obran en el proceso consistentes primordialmente en las decisiones judiciales, proferidas dentro de las instancias competentes penales de instrucción y de calificación del proceso seguido al señor VARGAS MENDEZ por el presunto punible de Homicidio [sic] en HERIBERTO LEON LEON, hechos acaecidos [sic] dentro de las circunstancias temporo espaciales ya consignadas en autos en relación con lo consignado o plasmado en el fallo de definición de situación jurídica como de calificación del mérito sumarial provenientes de la Fiscalía Seccional de San Gil (s), sin hesitación alguna dentro de la mayor objetividad, lógica, sindéresis y justicia se concluirá cómo encontramos que esa actuación judicial no fuere antijurídica sino que por el contrario el operador judicial investido de jurisdicción y de competencia en representación del Estado no hizo cosa diferente como era su deber ético, personal, profesional, moral, legal y constitucional a administrar justicia [...]

[...]



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



Conforme a lo anterior es innegable que ninguna responsabilidad patrimonial le podrá entonces ser endilgada a la Nación por la actuación del operador de la administración de justicia de la ciudad de San Gil (s), Fiscalía Seccional dentro del investigativo penal en comentario respecto a la privación de libertad del señor VARGAS MENDEZ, pues como igualmente lo precisara la fiscalía [sic] que calificó el mérito sumarial inicialmente existió una imputación en apariencia contundente consistente en la denuncia formulada por la señora ROSALBA ROMERO CRUZ en contra de MARCO TULIO VARGAS suficiente para el sustento real de una detención preventiva.

Para mayor claridad tenemos como [sic] es el mismo legislador quien ha [sic] medida que avanza la investigación es más exigente en el recaudo de material probatorio para la toma de decisiones por cuanto para aforar a un sindicado con medida de aseguramiento solo exigía la existencia de un indicio grave de responsabilidad y para proferir resolución de acusación ya habla de pluralidad de indicios graves o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del sindicado hasta llegar al grado de la certeza para condenar, indicios graves, contradicciones, si obrantes dentro del investigativo penal de la referencia en sus arbores [sic] para fundamentar la detención preventiva, para posteriormente ante la decantación del investigativo y el allegamiento de otras probanzas se hayan desvanecido esos indicios iniciales y se hable ya de la comprobación o demostración de que el sindicado no fue el autor de tal hecho punible, pero tal decantamiento probatorio conlleva algunos meses en este caso cuatro, mientras tanto el sindicado debe soportar esa carga sin que esa privación de la libertad pueda tildarse per se de injusta o descabellada como de manera equivocada y sin fundamento alguno lo afirma el demandante, al expresar como [sic] en el caso que nos ocupa, se está en presencia de una responsabilidad estatal objetiva, en la medida que no requiere la existencia de falta del servicio, razón por la cual no tiene ninguna incidencia la determinación de si en la providencia que ordenó la privación de la libertad hubo ó [sic] no error judicial, tesis o argumento no compartido por esta Sala.

Se trata de dos decisiones de la fiscalía, tomadas en dos estadios procesales diferentes, la una o sea la detención al inicio del proceso y la otra ya transcurridos cuatro meses con un caudal probatorio enriquecido, pero ambas dentro de su autonomía y libertad para interpretar los hechos y las pruebas como lo reconoce de manera clara y fehaciente el operador judicial de instancia en su fallo calificadorio, todo lo cual dista mucho de que la decisión judicial de la detención hoy cuestionada por el demandante sin éxito alguno, fuera abiertamente ilegal, descabellada, arbitraria, caprichosa, con fundamento en las cuales se causara un daño antijurídico que requiera ser indemnizado.

[...]

[...] esa medida restrictiva de la libertad, estuvo fundada en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas al investigativo penal con ellas no se vulneró ningún derecho fundamental al ciudadano, ajustándose en un todo tales decisiones a las exigencias tanto formales como de fondo que exige la normatividad penal y procesal penal vigente para esa época como quiera que se encontraba plenamente acreditada tanto la materialidad del punible en comentario y existían los indicios graves que comprometían seriamente la probable responsabilidad del sindicado en mención, al igual que obraba prueba testimonial que mereció previo análisis la credibilidad de la Fiscalía instructora, de acuerdo a las reglas de la lógica y de la sana crítica, sin que sea justo, lógico y jurídico admitir o aceptar que por la sola circunstancia de que en la calificación sumarial para el fiscal dentro de su autonomía y libertad para interpretar las pruebas y los hechos, la versión de la denunciante ROSALBA ROMERO no le produjeran o le generaran en su intelecto sino dubitaciones, imprecisiones, y resolviera como lo dispone la ley procesal penal calificar el mérito sumarial con preclusión del investigativo, disponiendo la libertad inmediata y condicional del citado



sindicado, sin que se pueda esta sala per se colegir o inferir entonces a voces de los arts. 414 del C del P.P., y 90 de la Constitución Nacional que la conducta de los operadores judiciales sea considerada como **anormalmente deficiente en la prestación del servicio de la función pública de administrar justicia** [...] sin que sea justo, objetivo y equitativo colegir así porque sí como al parecer lo pretende la parte actora que se está en frente a un acto injusto u antijurídico que deba el Estado indemnizar.

[...]

Corolario de lo anterior al no ser posible de acuerdo a los hechos y fundamentos de derecho de la demanda, por las razones ya precisadas, atribuirle alguna responsabilidad al Estado que merezca indemnización patrimonial, por cuanto como se estableciere en este fallo la función cumplida por su operador judicial para este evento fiscalía, se efectuó con sujeción o de conformidad con la Constitución Nacional y a ley, se despachen de modo DESFAVORABLE las pretensiones de la demanda [...] [fls.175 a 197 cp]

#### 4. El recurso de apelación.

7 El apoderado de la parte actora oportunamente presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2005, proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar [fl.201 cp], manifestando que "olvida el fallador, que no puede ser indicio grave o serio, una olímpica denuncia por animadversión o sospecha como se presentó en este caso; [sic] me pregunto ¿Qué [sic] otros indicios surgieron en la investigación para regalar una medida de aseguramiento con detención preventiva?, en la investigación brillaron por su ausencia y sí causaron un daño antijurídico a una humilde familia. MARCO TULIO VARGAS (sindicado) no cometió el delito de homicidio entonces, el Estado a través de la Fiscalía Nacional debe responder patrimonialmente por que se dieron los elementos que hoy exige el Honorable Consejo de Estado" [fl.201 cp].

8 Mediante auto de 6 de abril de 2005, el Tribunal de primera instancia concedió el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante [fl.202 cp].

#### 5. Actuación en segunda instancia.

9 Mediante auto de 9 de diciembre de 2005 esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 31 de enero de



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



2005, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar [fl.207 cp].

10 Luego se corrió traslado a las partes por auto de 6 de marzo de 2006 [fl.209 cp], para presentar los alegatos finales, y en caso de solicitarlo al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

10.1 El apoderado de la parte demandante, oportunamente presentó sus alegaciones finales [fls.210 a 213 cp], en donde solicitó se revocará la sentencia de primera instancia y acoger las pretensiones de la demanda por cuanto consideró:

"[...] 1. La sentencia debe revocarse por que [sic] el A-quo [sic] le creyó a la parte demandada (Fiscalía) cuando le citó varios fallos de 1990 a 1994 del Honorable [sic] Consejo de Estado, pero olvidó que la Honorable [sic] Corporación ha evolucionado respecto a esta clase de acciones y ya no sostiene como lo digera [sic] el fallador que los ciudadanos o administrados estamos en la obligación de soportar una medida de aseguramiento de detención preventiva y que esto lo debe hacer el Juez [sic] para asegurar la competencia al proceso [...] Olvido [sic] el fallador que el Consejo de Estado ya no comulga con estos conceptos, que ya no se puede jugar con la libertad de las personas, que se debe acatar el debido proceso y que la presunción de inocencia se debe respetar y no detener mientras se investiga o se busca al culpable, como sucedió en el presente caso, cuando por un señalamiento de una persona a las 7 Pm [sic] (noche) vió [sic] que quién [sic] disparaba corría agachado y concluyó que era Marco Tulio Vargas, que entonces la culpa era de quién [sic] había hecho ese señalamiento más no de la justicia porque ella cumplía el mandato constitucional de investigar y detener.

Decir que el señalamiento de la esposa del interfecto, se puede tener como un indicio grave o serio, es un absurdo por las circunstancias en que se dieron y la hora (7 PM), sin embargo la justicia investigativa fue negligente como lo sostiene el mismo Fiscal que precluye y también el A-quo [sic] [...]<sup>6</sup>

[...] en el presente caso, el Sr. Marco Tulio Vargas, no tenía por qué haber sufrido una carga publica anormal, desproporcionada, inequitativa, ya que no existieron las causas de justificación que hubiera legitimado como tal el perjuicio que se le ocasionó, además que el Estado falló en su obligación de desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía. Contrario a lo dicho por la Fiscalía cuando sostiene que la entidad llámese Fiscalía le corresponde asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando medidas de aseguramiento (detención preventiva). Pero a la vez olvida que esos infractores también se pueden hacer acreedores o se les puede asegurar su comparecencia medida caución, recluyéndolos en su domicilio o conminándolos a presentarse cuando la ley le ordene, no dictándole la medida de detención preventiva, de ahí porque con la nueva reforma penal, obligan a los jueces a no ser carceleros, primero se investiga y en la audiencia se decide. Demasiado tarde para tanto el daño que ha causado en éste país la justicia investigativa penal y que después de la Constitución de 1991, quince años

<sup>6</sup> Cita las sentencias del Consejo de Estado de diciembre 7 de 2004, expediente 13481, y de 18 de septiembre de 1997, expediente 11754.



después se dio cuenta que la justicia penal fallaba en el servicio con las consecuencias ya conocidos”.

10.2 Por su parte, el apoderado de la parte demandada, mediante escrito de 14 de marzo de 2006 presentó alegatos de conclusión en los que reiteró lo manifestado en el escrito de contestación a la demanda [fls.214 a 220 cp], agregando: (1) que no se estructuró una falla en el servicio o un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia<sup>7</sup> (2) que el demandante tuvo las oportunidades procesales para aportar pruebas y defenderse, cumpliéndose con los principios ritualidades del proceso penal, sin haberse incurrido en error judicial<sup>8</sup>; (3) que la medida de aseguramiento impuesta a Marco Tulio Vargas Méndez fue legítima<sup>9</sup>; (4) que operó la eximente del hecho del tercero<sup>10</sup>; y, (5) que existió una “ausencia de detención injusta” o de “error judicial”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> “De los hechos narrados en la demanda, así como de las demás pruebas recaudadas en el presente proceso contencioso no puede estructurarse una falla del servicio o defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia capaz de comprometer la responsabilidad patrimonial de la Entidad [sic] a quien represento o pretender la existencia de un daño antijurídico” [fl.214 cp].

<sup>8</sup> “MARCO TULIO VARGAS MENDEZ tuvo durante todo el trámite de la investigación la oportunidad de controvertir las pruebas con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, ajustándose el procedimiento a los principios y ritualidades que prevé la ley penal, sin poderse predicar en ningún momento la existencia de error judicial o falla en la prestación del servicio de Administrar Justicia [sic]” [fl.215 cp].

<sup>9</sup> “La medida de aseguramiento de que fue víctima el demandante en el caso materia de la litis, no puede tildarse de “injusta”, pues dicha medida estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación, y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental, ajustándose la providencia que la determinó a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la ley penal comoquiera [sic] que existían indicios graves de responsabilidad penal en los hechos investigados, constituidos esencialmente por el denuncia y declaración de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ, esposa del señor HERIBERTO LEON LEON [...] En este sentido debe precisarse que la investigación adelantada por la Fiscalía se realizó con base en la declaración de la señora ROSALBA ROMERO CRUZ, se repite, y que ante la contundencia de su acusación en contra del hoy demandante MARCO TULIO VARGAS MENDEZ la única actuación posible del Fiscal Delegado era la de adoptar la medida de aseguramiento hasta tanto no se aclarara la inocencia del sindicado, como al final sucedió, gracias a la labor investigativa de la Fiscalía” [fl.216 cp].

<sup>10</sup> Concibe que la denuncia presentada por Rosalba Romero Cruz lleva a constituir el hecho de un tercero, afirmando que en la providencia de preclusión “se efectúa un reproche a la denunciante y muestra igualmente como esta circunstancia fue la ÚNICA CAUSA de la detención del hoy demandante y de su vinculación a la investigación penal, por lo que se configura una causal de exoneración de responsabilidad” [fl.217 cp].

<sup>11</sup> “4.- Por otra parte, para proferir tanto la medida de aseguramiento como la resolución acusatoria no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzca a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria [...] Con fundamento en lo anterior, es claro colegir que cuando existe suficiente mérito probatorio para proferir una medida de aseguramiento contra una persona, no es posible predicar una responsabilidad patrimonial del Estado con el simple hecho de que el sindicado haya sido absuelto, como si se tratara de comparar los dos extremos de una ecuación matemática, sin tener en cuenta determinados aspectos que bien pueden suscitarse en el desarrollo de una investigación penal y que tienen que ver principalmente con la existencia de determinados elementos probatorios que deben ser valorados en cada uno de los momento [sic] procesales en la investigación penal” [fls.219 y 220 cp].



11 El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia procesal.

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia.

1 Corresponde a la Sala de Sub-sección C decidir el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de 31 de enero de 2005 proferida por Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, que resolvió denegar la totalidad de las pretensiones.

2 Esta Corporación es funcionalmente competente para conocer del recurso de apelación formulado contra la sentencia de 30 de agosto de 2002 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en atención a la naturaleza del asunto, atendiendo el criterio interpretativo fijado por esta Corporación en esta clase de asuntos<sup>12</sup> y conforme al artículo 73 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.

3 Por otra parte, advierte la Sala, que la parte actora es el único apelante, por ello, para decidir el recurso, se centrará en los argumentos expuestos en el mismo, en desarrollo de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que establece que el juez superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como en el alcance dado por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060].

3.1 Se advierte por parte de la Sala que, en vista de que sólo apeló la entidad territorial demandada, debe tenerse en cuenta la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012 [expediente 21060] donde se dirimió una cuestión de derecho para llegar a la solución jurídica en los siguientes términos:

“Conviene puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de septiembre de 2008, expediente 2009-00009.



tutela— no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” [artículo 357, inciso final, C. de P. C.]<sup>13</sup>.

[...]

Por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia<sup>14</sup> de la sentencia como el principio dispositivo<sup>15</sup>, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*<sup>16</sup>.

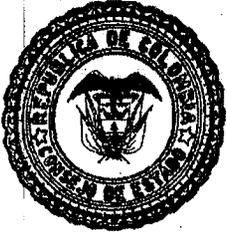
Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones

<sup>13</sup> Al respecto consultar, por ejemplo, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, expediente 17160; sentencia de 20 de mayo de 2009, expediente 16925.

<sup>14</sup> En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

<sup>15</sup> Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, **es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso (...)** Son características de esta regla las siguientes: (...) **El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado**” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

<sup>16</sup> Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.



que se derivan, por ejemplo, *i)* de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii)* de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii)* de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada<sup>17</sup>.

3.2 Con fundamento en la sentencia de Sala Plena se abordará el estudio y decisión del recurso de apelación presentado únicamente la parte actora.

3.3 En virtud de lo anterior, la Sala realizará la exposición de sus argumentos en el siguiente orden: (1) se delimitarán los medios probatorios; (2) se plantearán los problemas jurídicos específicos que se derivan de los argumentos esgrimidos, con base en el análisis del caso concreto, a la luz de los hechos probados dentro del proceso; (3) se delimita el objeto de la apelación de la parte actora; (4) se establecerá si se encuentra demostrado tanto el daño antijurídico; (4) se hará el juicio de imputación, en caso de demostrarse el daño antijurídico, salvo que haya operado alguna eximente de responsabilidad; y, (5) se determinará si el daño antijurídico es imputable [fáctica y jurídicamente] a la entidad demandada, si encuentra demostrados los perjuicios reclamados, para su reconocimiento, tasación y liquidación, en caso contrario no habrá lugar a pronunciamiento alguno.

## **2. Los medios probatorios aportados y practicados convencional, constitucional y legalmente durante el proceso.**

4 Al proceso fueron allegados y se practicaron a petición de las partes, cumpliendo las exigencias convencionales, constitucionales y legales, los siguientes medios probatorios, sobre los que procede a hacer el análisis de fondo.

4.1 Constancia de pago proferida por Rodrigo de Jesús Urrego Gallego el 6 de julio de 2000 [fls. 2 c1]

<sup>17</sup> Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21060.



4.2 Copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Cristico Vargas Méndez nació el día 18 de mayo de 1974 y es hijo de Marco Tulio Vargas y Ana Matilde Méndez [fl. 3 c1].

4.3 Copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Ana Matilde Méndez Díaz nació el día 27 de enero de 1934 y es hija de Pedro Antonio Méndez y María de Jesús Díaz [fl. 4 c1]

4.4 Copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Marco Tulio Vargas Méndez nació el día 28 de octubre de 1967 y es hijo de Marco Tulio Vargas y Ana Matilde Méndez [fl. 5 c1]

4.5 Copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Andrea Paola Vargas Vargas nació el día 9 de julio de 1994 y es hija de Marco Tulio Vargas Méndez e Ilda Cecilia Vargas Romero [fl. 6 c1]

4.6 Copia simple de la providencia proferida por la Fiscalía Quinta de San Gil [Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito] el 4 de julio de 2000 en la que se resolvió [fls. 7-22, 89-104 y 109-124 c1].

4.7 Oficio número 0023-S24374F6, de 13 de enero de 2004, del Fiscal Sexto Seccional [fls.79 y 80 c1].

4.7.1 Resolución de la Fiscalía Sexta Delegada, de 17 de marzo de 2000 [fls.81 a 84 c1].

4.7.2 Resolución, de 4 de julio de 2000, de la Fiscalía Quinta de San Gil [Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales de Circuito; fls.89 a 104, 109 a124 c1].

4.8 Testimonio rendido por Roberto Dueñas Castro el día 28 de octubre de 2004 ante el Tribunal Administrativo de Santander [fls.143 y 144 c1].

4.9 Testimonio rendido por Simeón Vargas Lozada el día 28 de octubre de 2004 ante el Tribunal Administrativo de Santander [fls. 145-147 c1].

4.10. Testimonio rendido por Luz Dayan Vargas Dueñas [fl.s147 y 148 c1].

4.11. Testimonio rendido por Noel Camacho Sánchez [fls.149 y 150 c1].

5 Determinados los medios probatorios que obran en el proceso y que servirán a la Sala para el análisis de fondo, se procede a delimitar el objeto de apelación.

### **3. Delimitación del objeto de apelación.**

6 El análisis de la impugnación de la sentencia de 31 de enero de 2005 se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte actora en su recurso, específicamente en lo que tiene que ver con el hecho que la detención que padeció Marco Tulio Vargas Méndez fue injusta y hace responsable a la entidad demandada.

7 Dicho objeto plantea la formulación de los siguientes problemas jurídicos.

### **4. Problemas jurídicos.**



8 En el presente caso cabe formular tres problemas jurídicos teniendo en cuenta el objeto de la apelación: (1) ¿se produjo un daño antijurídico debido a la privación de la libertad de la que fue objeto Marco Tulio Vargas Méndez?; (2) si la respuesta al anterior es afirmativa, ¿cabe afirmar que la privación de la libertad fue injusta y, por lo tanto, debe determinarse si se imputa fáctica y jurídicamente a la entidad demandada?; y, (3) en caso de haber sido demostrados los dos elementos anteriores, ¿cabe reconocer los perjuicios morales y materiales solicitados en la demanda?

9 El primer problema a dilucidar se refiere a si está demostrado el daño antijurídico, esto es, si se acreditó que Marco Tulio Vargas Méndez fue objeto de afectación, vulneración o deterioro de sus derechos, bienes e intereses constitucionales y convencionales, con ocasión de la detención de la que dice fue objeto dentro del proceso penal que se cursó en su contra.

## 5. Presupuestos del daño antijurídico.

### 5.1. La noción de daño en su sentido general.

10 Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]”<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> MAZEAUD. Lecciones de derecho civil. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.



10.1 Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>19</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>20-21</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

"[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia<sup>22</sup>".

10.2 La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>23</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual<sup>24</sup>.

## 5.2. La noción de daño antijurídico.

10.3 Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una

<sup>19</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.507.

<sup>20</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

<sup>21</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

<sup>22</sup> Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

<sup>23</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée", ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

<sup>24</sup> HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131



persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

10.4 Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

10.5 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>25</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>26</sup>; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”<sup>27</sup>; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii)

<sup>25</sup> “[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord), Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

<sup>26</sup> LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>27</sup> SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.



porque sea "irrazonable"<sup>28</sup>, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos<sup>29</sup>; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>30</sup>, o de la cooperación social<sup>31</sup>.

10.6 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"<sup>32</sup>. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha

<sup>28</sup> "[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186.

<sup>29</sup> "Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación". MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

<sup>30</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próximo a publicación.

<sup>31</sup> Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas". RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"<sup>33</sup>.

10.7 De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"<sup>34</sup>.

10.8 Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de

---

de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad [sic]". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndose por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.



la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”<sup>35</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>36</sup>, anormal<sup>37</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>38</sup>.

10.9 Una vez examinados los presupuestos para establecer si se produjo un daño antijurídico, la Sala examina para el caso en concreto si se concretó o no con base en los medios probatorios allegados al proceso.

### **5.3. El daño antijurídico en el caso concreto.**

10.10 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico, ya que dentro del expediente obra la Resolución de situación jurídica, de 17 de marzo de 2000 [fls.81 a 84 c1], proferida por la Fiscalía Sexta Delegada, mediante la que se decidió: (i) proferir medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de Marco Tulio Vargas Méndez por el delito de homicidio en Heriberto León León; y (ii) librar orden de detención en contra del señor Marco Tulio Vargas Méndez [fls. 81-84 c1], la que fue notificada el 17 de marzo de 2000 [fls.85 y 86 c1]. A las anteriores decisiones se llegó con base en los siguientes argumentos: “[...] podemos decir que existe una declaración que compromete la responsabilidad del implicado, porque la señora ROSALBA ROMERO bajo la gravedad del juramento afirma haber visto al hoy sindicado cuando salía corriendo después del disparo que ocasionó la muerte de su esposo [...] declaración que compromete la responsabilidad del sindicado pues la denunciante es clara en hacerle los cargos al indagado, lo identifica y narra la forma como iba vestido el implicado, además comenta la denunciante que el sindicado había tenido problemas con la familia de la quejosa, hermanos y madre denunciante. Así en esta investigación, existen declaraciones [...] que aseguran que estuvieron con el

<sup>35</sup> Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

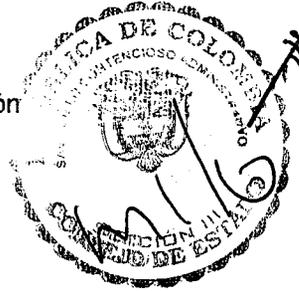
<sup>36</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>37</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>38</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



procesado en su casa viendo televisión, en las horas en las que se presume se dió [sic] muerte a HERIBERTO LEON LEON, no aseguran estas declaraciones que el implicado no hubiese cometido el hecho hoy investigado, porque además de existir la denuncia existe otro aspecto como es el que implicado [borroso] carabina cuando la policía fue en su busca [borroso] necesario practicar un examen a la escopeta y la munición encontrada para verificar si fueron disparados por el sindicado, pero por ahora la Fiscalía no acepta la afirmación del sindicado, porque existe un indicio grave en contra a través de la practica de las pruebas se vá [sic] a dilucidar en esta investigación" [fls.81 y 82 c1].

10.11 La privación de la libertad de la que fue objeto Marco Tulio Vargas Méndez, a partir de la decisión adoptada por la Fiscalía Sexta Delegada, representó en su esfera y en la de sus familiares una carga no soportable al haberse suprimido anticipada, arbitraria y seriamente sus derechos a la libertad, a la libre locomoción, al libre desarrollo de la personalidad y a la familia, que no puede comprenderse como una carga normal y asumible, atendiendo a las circunstancias específicas del caso y que derivaron en su detención como consecuencia de un proceso penal adelantada en su contra.

10.12 Se trata, pues, de una afectación, de una vulneración, de un deterioro al que Marco Tulio Vargas Méndez y sus familiares no estaban llamados a soportar como carga ordinaria, ni siquiera a una restricción o cercenamiento, en atención al respeto de su dignidad humana y de los derechos señalados, que son incuestionables en un Estado Social de Derecho<sup>39</sup>, desde una perspectiva no sólo formal, sino también material de la antijuridicidad<sup>40</sup>. Precisándose, que en la esfera

<sup>39</sup> "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración [sentencia C-333 de 1996]. Igualmente ha considerado que se ajusta a distintos principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución [sentencia C-832 de 2001]". Corte Constitucional, sentencia C-038 de 2006.

<sup>40</sup> Cabe fundarse en la aproximación al derecho penal, de manera que "se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente por contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor... sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o



de sus familiares el daño antijurídico se desdobló al tener que soportar la limitación indebida en su derecho a la dignidad y a la familia, que quedó seriamente condicionado cuando fue privado de su libertad.

10.13 Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a la entidad demandada Fiscalía General de la Nación, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño. Antes de la imputación en el caso concreto, la Sala delimitará los fundamentos de la imputación, la responsabilidad privación injusta de la libertad.

## **6. La imputación de la responsabilidad.**

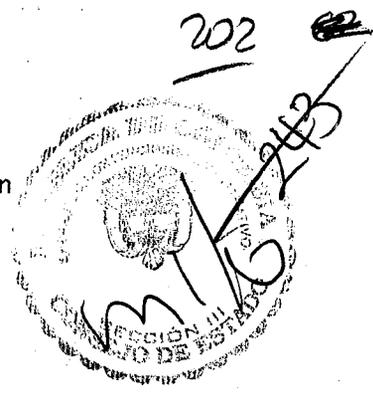
### **6.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.**

11 La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado que consagra en la Carta Política colombiana de 1991 viene a reflejar, sin duda alguna, la consolidación del modelo de Estado Social de Derecho, y la superación de la idea de la irresponsabilidad de la administración pública. Se trata de afirmar los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera que permita lograr un verdadero "garantismo constitucional"<sup>41</sup>.

---

juicio de desvalor que expresa... el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o un juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta pueda ser considerada peligrosa ex ante". DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.303.

<sup>41</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, "Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad",



11.1 Lo anterior no debe extrañar a nadie, ya que la responsabilidad como instituto viene a aflorar, frente al ejercicio del poder de la administración pública, “durante la denominada etapa del Estado-policía (Polizeistaat) cuando aparece el reconocimiento de ciertas especies de indemnización debidas a los particulares como consecuencia del ejercicio del poder”<sup>42</sup>. Por el contrario, cuando se llega al modelo del Estado Social de Derecho, la premisa nos lleva a la construcción de los clásicos alemanes administrativistas según la cual la administración pública ya no está llamada a “no” reprimir o limitar las libertades, sino a procurar su eficaz, efectiva y proporcional protección, de tal manera que el Estado debe obedecer al cumplimiento de obligaciones positivas con las que se logre dicha procura, de lo contrario sólo habría lugar a la existencia de los derechos, pero no a su protección.

11.2 La premisa inicial para abordar el tratamiento del régimen de responsabilidad del Estado parte de la lectura razonada del artículo 90 de la Carta Política, según la cual a la administración pública le es imputable el daño antijurídico que ocasiona. En la visión humanista del constitucionalismo contemporáneo, no hay duda que en la construcción del régimen de responsabilidad, la posición de la víctima adquirió una renovada relevancia, sin que pueda afirmarse que con ello se llegue a concluir que desde la nueva carta constitucional el régimen se orienta hacia una responsabilidad objetiva<sup>43</sup>.

11.3 En el moderno derecho administrativo, y en la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado lo relevante es la “víctima” y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su

Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

<sup>42</sup> “En la base de la teoría estaba la consideración de que muchas actuaciones del poder no se diferenciaban en absoluto de las que hubiese podido realizar un particular”. GARRIDO FALLA, Fernando. “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Revista de Administración Pública. No.119, mayo-agosto, 1989, p.8.

<sup>43</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Régimen de víctimas y responsabilidad del Estado. Una aproximación al derecho de daños desde la convencionalidad y la constitucionalidad”, Ponencia presentada en el Foro Interamericano De Derecho Administrativo, Ciudad de México, 2014.

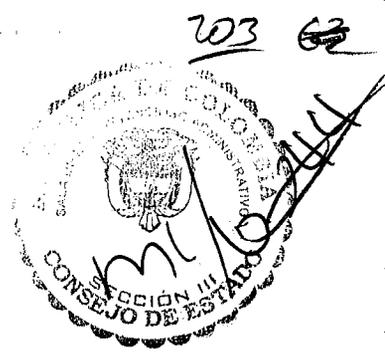


fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales [Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.] de protección de los derechos humanos<sup>44</sup> y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por

<sup>44</sup> Al analizar el caso Cabrera García y Montiel contra México de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ferrer Mac-Gregor consideró: "La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad. Los jueces nacionales, por otra parte, deben cumplir con los demás supuestos previstos en el propio artículo 7 para no violentar el derecho convencional a la libertad personal, debiendo atender de igual forma a la interpretación que la Corte IDH ha realizado de los supuestos previstos en dicho numeral". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. No.131, 2011, p.920. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano contra Chile argumentó: "124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrs. 123 a 125. En tanto que en el caso Cabrera García y Montiel contra México la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró: "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 12 a 22.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de "ius cogens".

Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano [y su jurisprudencia contencioso administrativa] está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio "pro homine"<sup>45</sup>, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>46</sup>. Cabe, por lo tanto, examinar cada uno de los elementos con base en los cuales se construye el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, fundado en el artículo 90 de la Carta Política: el daño antijurídico, y la imputación<sup>47</sup>.

11.4 Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"<sup>48</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>49</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses

<sup>45</sup> En la jurisprudencia constitucional colombiana dicho principio se entiende como aquel que "impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional. Este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades". Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencias C-177 de 2001; C-148 de 2005; C-376 de 2010.

<sup>46</sup> Principio que "impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana de Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985. Serie A. No.5, párrafo 46.

<sup>47</sup> Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. En la jurisprudencia constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente".

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea



de los administrados<sup>50</sup> y de su patrimonio<sup>51</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>52</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"<sup>53</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina, la "responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>54</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"<sup>55</sup>.

---

imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración. Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM. No.4, 2000, p.308. La "responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder".

<sup>51</sup> Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001. "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos".

<sup>52</sup> Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>53</sup> RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

<sup>54</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120. "La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos".

<sup>55</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



11.5 De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"<sup>56</sup>. La constitucionalización de la responsabilidad del Estado no puede comprenderse equivocadamente como la consagración de un régimen objetivo, ni permite al juez contencioso administrativo deformar el alcance de la misma.

11.6 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>57</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>58</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>59</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera

<sup>56</sup> RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais", en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BENOIT, Francis-Paul. "Le regime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en JurisClasseur Administratif. Fasc. 700, 715, 716, 720, No.1178, 1954, p.1.

<sup>57</sup> "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada —en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>58</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>59</sup> "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que



acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>60</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>61</sup>.

11.7 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>62</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico [que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional]. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado<sup>63</sup> según la cláusula social así lo exigen”<sup>64</sup>.

---

pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

<sup>60</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>61</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>62</sup> “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

<sup>63</sup> “[...] El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <<racionalidad formal>> y la <<racionalidad material>> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <<racionalidad formal>>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <<racionalidad material>> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones –equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” [subrayado fuera de



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



11.8 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>65</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>66</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"<sup>67</sup>.

11.9 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"<sup>68</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que

---

texto]. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías. La ley del más débil, 7ª ed, Trotta, Madrid, 2010, p.22.

<sup>64</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>65</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libre) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>66</sup> El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>67</sup> "Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

<sup>68</sup> "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.



denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"<sup>69</sup>.

11.10 Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"<sup>70</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad<sup>71</sup>, donde será determinante la magnitud del riesgo<sup>72</sup> y su carácter permisible o no<sup>73</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad

<sup>69</sup> MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

<sup>70</sup> LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

<sup>71</sup> "[...] Varios factores, como el acelerado desarrollo industrial y la intervención del Estado en la economía, pusieron en jaque a diferentes nociones y conceptos de la sociedad liberal clásica, sin mencionar los cambios en el paradigma filosófico, con la consolidación de la filosofía analítica como la escuela dominante de pensamiento. El problema de la causalidad jugó un papel muy importante en espolear este tipo de visión filosófica. En particular, la obra de H.L.A. HART y ANTHONY HONORÉ sobre la causalidad desde la perspectiva de la filosofía analítica demostró que la "dogmática tradicional (principalmente ocupada de la coherencia y la explicación de la doctrina de la responsabilidad extracontractual) se había agotado así misma" [subrayado fuera de texto]. FABRA ZAMORA, Jorge, "Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual", en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp.25 y 26.

<sup>72</sup> "[...] Para una teoría adecuada, entonces, propone conceptualizar el estándar de debido cuidado (en su concepto, el fundamento de la compensación), en términos de una imposición razonable de riesgos, en vez de una imposición racional de riesgos, de una forma que determine estándares de conducta y sea compatible con el contrato social". FABRA ZAMORA, Jorge, "Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual", en BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds), La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual, ob., cit., p.103.

<sup>73</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los



objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad [no afecte a la calidad de la actividad], sí incide en el nivel de la actividad [incide en la cantidad de actividad] del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad [el nivel óptimo] y, con ello, la causación de un número menor de daños”<sup>74</sup>.

11.11 Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación [desde la perspectiva de la imputación objetiva] a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>75</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>76</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o

---

diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente 14170.

<sup>74</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>75</sup> “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

<sup>76</sup> “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.



del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>77</sup>.

11.12 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>78</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>79</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro [situación de peligro generante del deber] y no le presta ayuda [no realización de la acción esperada]; posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano [capacidad individual de acción]. La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “[...] la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>78</sup> Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>79</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano<sup>80</sup>.

11.13 En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de

<sup>80</sup> A lo que se agrega por el mismo precedente: "En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad<sup>1</sup>, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: "(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas". JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.



realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”<sup>81</sup>.

11.14 Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>82</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse [...] que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”<sup>83</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>84</sup>.

11.15 Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo criterio de motivación de la imputación en el

<sup>81</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

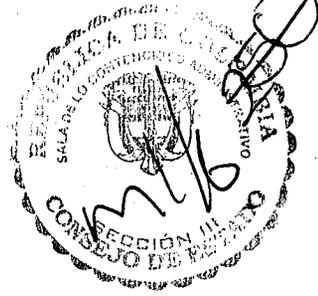
<sup>82</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

<sup>83</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

<sup>84</sup> “[...] el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



que debía demostrarse el error judicial<sup>89</sup>. También se sostuvo que, dicho error debía ser producto *“de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso”*<sup>90</sup>.

13.2 Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se hubiese practicado una detención ilegal, o porque la captura se hubiese producido sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones, se hubiese iniciado y adelantado la investigación penal por parte de la autoridad judicial<sup>91</sup>. En ese sentido, la Sección Tercera en su jurisprudencia argumentó:

“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza. “La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual”<sup>92</sup>. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas”<sup>93</sup> [subrayado fuera de texto].

13.3 En la segunda etapa la Sala determinó que la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios o, en otros términos, el “error de la autoridad jurisdiccional” al ordenar la medida privativa de la libertad, debía reducirse tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal<sup>94</sup>. En efecto, la Sala consideró en ese entonces que *“en relación con los tres eventos allí señalados (...) la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el*

<sup>89</sup> Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente 10923.

<sup>90</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 15989.

<sup>91</sup> Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13168.

<sup>92</sup> Tal y como se mencionó anteriormente, la legislación vigente para la época de los hechos sólo exigía como requisito para la procedencia de la medida de aseguramiento la existencia de un indicio grave.

<sup>93</sup> Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 1994, expediente 8666.

<sup>94</sup> Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.



Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados<sup>95</sup>. En este sentido, la Sección Tercera estableció:

"3.- En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional"<sup>96</sup> [subrayado fuera de texto].

13.4 En una tercera etapa la Sección Tercera sostiene que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria [o preclusión de la investigación] u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad. No obstante los eventos que se rigen por un sistema objetivo de responsabilidad, las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

13.5 En la cuarta etapa la Sección Tercera<sup>97</sup> amplió el encuadramiento de la responsabilidad del Estado cuando se considera injusta la privación de la libertad de la que es objeto cualquier ciudadano, sustentado en la aplicación del principio *in dubio pro reo*. El juicio de imputación específico de la injusticia de la privación de la libertad parte de considerar que cabe exigir la responsabilidad del Estado incluso cuando definida y ordenada una medida de aseguramiento [bajo cualquiera de sus modalidades] en contra de una persona se cumplen con las exigencias legales, pero al determinarse la procedencia del juicio o la sentencia se precluye la investigación, o se absuelve de todo cargo con fundamento en el mencionado principio, considerándose que la decisión de imponer una medida de aseguramiento representa una carga anormal en cabeza del destinatario, valorado en un plano de igualdad respecto de todo ciudadano que haya podido estar expuesto o vinculado a un proceso o investigación penal por similares hechos.

<sup>95</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 5989.

<sup>96</sup> Sección Tercera, sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente 10056.

<sup>97</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente 15463.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>85</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar, en primer lugar, en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>86</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo [probatoriamente] se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

"[...] en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación"<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>86</sup> Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

<sup>87</sup> "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012,



11.16 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>88</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

12 En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación [desde el ámbito fáctico y jurídico]. Conforme al anterior esquema se analizará el caso a resolver, previo a lo cual la Sala aborda la delimitación de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad, que jurisprudencialmente ha sido construida argumentativamente.

## **6.2 La responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.**

13 La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

13.1 En la primera etapa se consideró que en la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, la responsabilidad del Estado estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir,

---

expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>88</sup> "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.



210 70  
210

En esta última etapa, la Sección Tercera ha llegado a unificar su jurisprudencia afirmando que “si se atribuyen y se respetan en casos como el *sub judice* los alcances que en el sistema jurídico nacional corresponden tanto a la **presunción constitucional de inocencia** como al principio-valor-derecho fundamental a la **libertad** —cuya privación cautelar está gobernada por el postulado de la excepcionalidad, según se ha expuesto—, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia al proferir la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego absolver de responsabilidad penal al sindicado en aplicación del principio *in dubio pro reo*, haya sido un proceder ajustado o contrario a Derecho, en el cual resulte identificable, o no, una falla en el servicio, un error judicial o el obrar doloso o gravemente culposo del agente judicial, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, devendrá en intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, **se habrá irrogado un daño especial a un individuo**<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> Sección Tercera, sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente 23354. “[...]el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el *sub judice* en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, es uno objetivo basado en el daño especial —como antes se anotó—, no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad —y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado, de la excepcionalidad de la privación de la libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolución, con base en el beneficio que impone el postulado *in dubio pro reo*, pero con evidente ruptura del principio de igualdad—, también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación —además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto— determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable. Pero dicha posibilidad resulta completamente diferente a sostener que, por solo el hecho de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción a los mandatos legales vigentes y, por tanto, mediante un proceder lícito, el Estado estaría eximido de responder por los perjuicios que le hubiere ocasionado a la víctima por razón de dicha detención, a pesar de que el correspondiente juicio penal hubiere concluido con la expedición de fallo de inocencia a favor del sindicado, incluso en aplicación del principio *in dubio pro reo*. ¿Podrá sostenerse entonces que ese individuo está en el



13.6 Por otra parte, siendo la detención preventiva el elemento central y estando de por medio la libertad como derecho fundamental, cabe tener en cuenta que una “de las finalidades del proceso penal es la de aportar pruebas sobre la existencia del hecho punible, la autoría o participación, y establecer el grado de responsabilidad para imponer penas o medidas de seguridad; o por el contrario, reconocer la no realización de la conducta, la atipicidad del comportamiento, la existencia de causal de justificación (C.P., art. 29) o de inculpabilidad (ib., art. 40)”<sup>99</sup>.

---

deber jurídico de sacrificar su **libertad** o, lo que es lo mismo, de soportar la privación de su **libertad**, única y exclusivamente para que la sociedad pueda beneficiarse de la observancia y de la aplicación de las normas penales que regulan esa clase de procesos? ¿A qué quedaría entonces reducido el valor de la **libertad**, aquél que justifica y explica la existencia<sup>98</sup> misma de la Constitución Política y que a la vez constituye uno de sus principales cometidos y fines esenciales —como que la limitación al ejercicio del poder público sólo cobra sentido en función de asegurar la efectividad real de la **libertad** de los asociados—? ¿Acaso pasaría de constituir un propósito esencial —fin esencial— para convertirse en un simple medio que facilite la existencia de la sociedad y la convivencia en comunidad, de tal manera que los individuos tuvieran el deber de soportar su privación y su sacrificio en aras de facilitar la consecución de ese nuevo fin? Adicionalmente y también en la dirección de justificar la aplicación —en línea de principio— de un título objetivo de imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, basado en el daño especial, en casos en los cuales se produce la privación injusta de la libertad de una persona posteriormente absuelta o exonerada penalmente, en particular en aplicación del principio *in dubio pro reo*, adviértase que es el legislador —aunque de forma mediata— el que autoriza o incluso ordena que tales daños puedan producirse, en beneficio de la colectividad que tiene interés en que la Administración de Justicia funcione de manera eficiente, pero con evidente ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular afectado con la privación de la libertad; así pues, lo cierto en el fondo es que la ley que tal cosa autoriza, al tiempo que resulta plenamente ajustada a la Constitución Política, es aquella que con su aplicación ocasiona un daño que el afectado individualmente considerado no tiene el deber jurídico de soportar y, por tanto, le debe ser reparado con base en argumentos similares a los que han permitido a esta Corporación declarar la responsabilidad extracontractual del Estado también al amparo del título jurídico de imputación consistente en el daño especial por el hecho de la ley ajustada a la Carta Política. Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio *in dubio pro reo*—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado” Jurisprudencia reiterada en: Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, expediente 36149.

<sup>99</sup> Montealegre Lynett, Eduardo y Bernal Cuellar, Jaime. *El Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 79 y 80.



13.7 Bajo los postulados del Estado de Derecho, algún sector de la doctrina señala que la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, *"(...) para los intereses de la investigación y de la justicia, y la efectividad de la sanción, es indispensable que los funcionarios judiciales, antes de proferir sentencia condenatoria, puedan tomar ciertas medidas entre las que se cuenta la privación de la libertad del procesado (...)"*<sup>100</sup>. Dichas medidas, pueden afectar total o parcialmente la libertad de las personas.

13.8 La libertad personal puede ser definida como *"la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente"*<sup>101</sup>.

13.9 Según la jurisprudencia constitucional, el artículo 28 de la Constitución Política constituye la cláusula general del derecho fundamental a la libertad personal, íntimamente ligado a la dignidad humana<sup>102</sup>; así, en dicho precepto se establece de manera clara y expresa que toda persona es libre. Ahora bien, la libertad personal también aparece como principio constitucional sobre el cual reposa la construcción política y jurídica del Estado, el cual encuentra fundamento en el preámbulo<sup>103</sup> y en otras disposiciones constitucionales<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993. En el mismo sentido véanse las Sentencias C-634 de 2000 y C-774 de 2001.

<sup>102</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-397 de 1997; C-774 del 2001 y C-580 del 2002; C-1024 del 2002; C-730 de 2005; C-163 del 2008; y T-347 de 2010.

<sup>103</sup> Según lo dispuesto en el preámbulo de la Constitución, la libertad es uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la nación.

<sup>104</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 2 de la Constitución se establece como fin esencial del Estado la garantía de los principios y los derechos constitucionales; por su parte, el artículo 29 regula la garantía del debido proceso y el principio de presunción de inocencia. En este sentido véase Corte Constitucional, sentencia C-397 de 1997 y C-163 del 2008.



13.10 Sin embargo, debido a las dos dimensiones antes mencionadas, las restricciones a la libertad tienen un carácter eminentemente excepcional, pues, en defensa del interés general, solamente proceden si previamente se cumplen ciertos requisitos formales y materiales que se desprenden del propio artículo 28 constitucional. En otras palabras, las medidas restrictivas de la libertad se admiten bajo determinadas *condiciones* y por *motivos* que deben estar previamente definidos en la ley<sup>105</sup>.

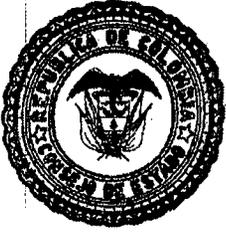
13.11 En cuanto a los requisitos formales, la limitación del derecho a la libertad de una persona está condicionada a que exista un mandamiento escrito de autoridad judicial competente<sup>106</sup>; y a que dicha orden se efectúe con las formalidades legales. Además, *"toda persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley"*.

13.12 Respecto de los motivos de privación de la libertad, la Constitución exige la sujeción al principio de legalidad, esto es, que los motivos por los cuales procede la medida estén previamente definidos en la ley; así como también, los procedimientos a través de los cuales se lleva a cabo<sup>107</sup>. Ahora bien, el poder de

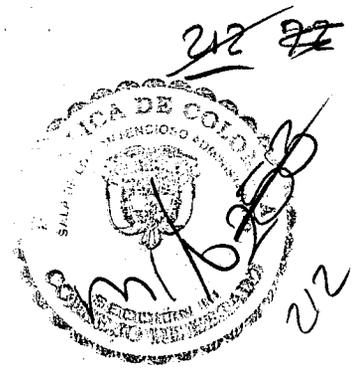
<sup>105</sup> Según lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, *"Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta (...)"*. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1972 señala, 1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas*". En este mismo sentido el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 ordenan que *" toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley"*. Así mismo, el artículo 6 de la Ley 599 de 2000 dispone, *"nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio"*.

<sup>106</sup> La única excepción a la exigencia de mandamiento judicial escrito está prevista en el artículo 32 de la Constitución Política, pues se permite que el delincuente que sea sorprendido en flagrancia sea aprehendido y llevado ante autoridad judicial por cualquier persona.

<sup>107</sup> Así, el Artículo 7° de la Ley 65 de 1993, *"Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario"*, señala que *"La privación de la libertad obedece (i) al cumplimiento de pena, (ii) a detención preventiva o (iii) captura legal"*. Por otra parte, la Ley 906 de 2004, *"por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal"*, en su Artículo 296, establece: *"La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria (i) para evitar la obstrucción de la justicia, o (ii) para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, (iii) la protección de la comunidad y de las víctimas, o (iv) para el cumplimiento de la pena"*.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



configuración legislativa tampoco es absoluto, pues la tarea del legislador está sujeta a los postulados y preceptos superiores, específicamente de los principios de separación de poderes<sup>108</sup>, de razonabilidad y proporcionalidad<sup>109</sup>; y, además, podrá ser objeto de control de constitucionalidad<sup>110</sup>.

13.13 En definitiva, este conjunto de reglas que deben observar las autoridades judiciales competentes<sup>111</sup> al momento de restringir la libertad personal se establecen para garantizar, entre otras cosas, la existencia de razones jurídicas suficientes que justifiquen la limitación de la libertad; la protección del detenido; la prevención de detenciones arbitrarias y, en general, de cualquier otro evento que pueda producir la vulneración de derechos fundamentales<sup>112</sup>.

13.14 Dentro de las circunstancias que pueden dar lugar a restricciones legales a la libertad personal se encuentran las medidas de aseguramiento. Éstas, hacen parte de las llamadas medidas cautelares, es decir, aquellas medidas tomadas por las autoridades judiciales, de oficio o a petición de parte, sobre bienes o personas con el fin de asegurar el cumplimiento de las decisiones tomadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y generar tranquilidad jurídica y social en la comunidad<sup>113</sup>.

13.15 Ahora bien, las medidas cautelares, entre ellas la detención preventiva, por regla general tienen un carácter provisional o temporal y se encuentran en una relación de estricta sujeción con el principio de legalidad, esto es, se deben decretar bajo el riguroso cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales.

<sup>108</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1001 de 2005.

<sup>109</sup> Corte Constitucional, sentencia C-397 de 1997.

<sup>110</sup> Corte Constitucional, sentencia C-730 de 2005.

<sup>111</sup> Bajo el régimen de la Constitución anterior, sólo se exigía que la privación de la libertad fuese adelantada por autoridad competente. Sin embargo, la Constitución de 1991 atribuyó dicha competencia expresamente a las autoridades judiciales. A juicio de la Corte Constitucional, este cambio tuvo como fundamento el principio de separación de poderes, pues los jueces se convierten, frente al ejecutivo y al legislativo, en los principales defensores de los derechos individuales; por esta razón, la protección de dichos derechos se confió a la rama judicial, como garantía de imparcialidad e independencia, atributos propios de esta rama del poder público. Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-490 de 1992.

<sup>112</sup> Corte Constitucional, sentencia C-397 de 1997.

<sup>113</sup> Corte Constitucional, sentencia C-774 de 2001.



13.16 Así las cosas, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, se estableció que las medidas de aseguramiento están sometidas a dos tipos de requisitos. Por una parte, requisitos de tipo formal, esto es, que la medida se adopte mediante providencia interlocutoria que contenga la indicación de los hechos que se investigan, la calificación jurídica y los elementos probatorios que sustentan la adopción de la medida; y en segundo lugar, los requisitos sustanciales, mediante los cuales se exige para su adopción la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso<sup>114</sup>.

13.17 Ahora bien, la Sala subraya que no siendo la detención preventiva una medida sancionatoria, sino, precisamente una medida de prevención, no resulta contraria al principio de presunción de inocencia, por cuanto no se trata de una pena y su uso debe ser excepcional.

13.18 En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“- De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana “la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”<sup>115</sup>.

- “El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener **carácter excepcional**, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”<sup>116</sup> (negrilla propia).

- La detención preventiva “**es una medida cautelar, no punitiva**”<sup>117</sup> (negrilla propia).

- En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, **cuando sea estrictamente necesario**, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia”<sup>118</sup> (negrilla propia).

<sup>114</sup> Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 388 y 389.

<sup>115</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibí. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

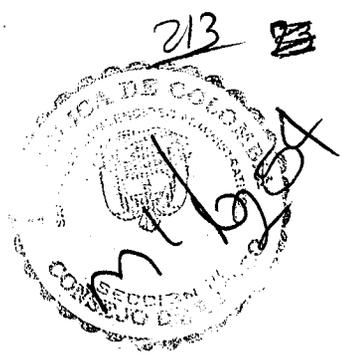
<sup>116</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeducción del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

<sup>117</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

<sup>118</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



13.19 Finalmente, la Sala reitera que una vez el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que se ha constituido en un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe repararlo en todas sus facetas. Es decir, no puede limitarse a los términos previstos en el artículo 414 del C.P.P, pues, desde una perspectiva garantista, la privación injusta de la libertad no sólo se configura cuando la medida de aseguramiento impone que su cumplimiento sea intramural; sino también, cuando se ordena la detención domiciliaria<sup>119</sup>, o cuando la medida de aseguramiento establece restricciones para salir del país o cambiar de domicilio<sup>120</sup>.

13.20 En consecuencia, si bien el legislador señaló expresamente los eventos en los cuales se habría producido por parte del Estado una detención injusta, esto no significa que otras afectaciones de los derechos de libertad, como la libertad de locomoción y de fijar domicilio (C.P. artículo 24), no puedan dar lugar a que se declare la responsabilidad de la Administración, pues, sin duda alguna, en estos casos también se estaría ante una carga desproporcionada impuesta a un ciudadano<sup>121</sup>.

13.21 Ahora bien, centrado el aspecto normativo, la Subsección debe abordar el análisis del caso remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en virtud del cual se establece que todo aquel que haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado la reparación de los perjuicios que le hayan sido irrogados. Respecto a dicho precepto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término “injustamente” se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una

<sup>119</sup> Sección Tercera, sentencia del 1 de marzo de 2006, expediente 15537.

<sup>120</sup> Sección Tercera, sentencia del 6 de marzo de 2008, expediente 16075.

<sup>121</sup> Ibídem.



persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención”<sup>122</sup>.

13.22 Si bien se declaró la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, se debe tener en cuenta el alcance que dicho precepto tiene conforme a una interpretación sistemática de éste con los artículos 65, 69 y 70 de la misma Ley, porque como lo ha señalado la Sección Tercera:

“Una lectura aislada del artículo 68 de la Ley 270, junto con las consideraciones tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para declarar exequible el proyecto de dicha disposición, podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales sería posible declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, a aquellos casos en los cuales tenga lugar “una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”, es decir a supuestos en los cuales se acredite una falla del servicio de Administración de Justicia de las características descritas por la Corte en el apartado que se acaba de reproducir.

Sin embargo, tal conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Norma Fundamental que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance. En consecuencia, mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991.

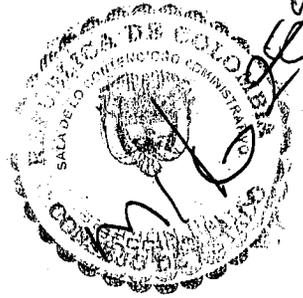
Así las cosas, para concretar el alcance del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 resulta imperioso conectarlo con el enunciado normativo contenido en el artículo 65 ibídem, de acuerdo con el cual “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales”, norma que no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de “daño antijurídico” en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal –siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública–<sup>123</sup> [subrayado fuera de texto].

<sup>122</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

<sup>123</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente:15463.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



13.23 Lo anterior implica, por lo tanto, que el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 no excluye, ni podría excluir la aplicación del artículo 90 de la Constitución Política. Es decir, que así como se afirma que opera la falla del servicio, también procede la responsabilidad cuando se demuestra la producción de un daño antijurídico, tal como se señala en el precedente de la Sección Tercera:

“No es viable, en consecuencia, considerar que un precepto contenido en una ley estatutaria pudiera restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Constitución. Al remarcarlo así, la propia Corte Constitucional no hace otra cosa que señalar que, más allá de las previsiones contenidas en la comentada Ley 270 de 1996, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, **más no limitados**, por una norma infraconstitucional. El anterior aserto encuentra refuerzo adicional en lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el cual, desarrollando el querer del plurimencionado artículo 90 constitucional, amplía el plexo de hipótesis en las cuales puede declararse la responsabilidad del Estado derivada de la función de Administración de Justicia, al estatuir que “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.

Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 referida a la calificación de injusta de la privación de la libertad y el alcance que la Corte Constitucional le ha dado a la norma no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los cuales el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como de los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1997, mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado —a la que se hizo referencia en apartado precedente— ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996”<sup>124</sup>.

<sup>124</sup> | Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente:15463.



13.24 De todo lo anterior, se puede afirmar que así el artículo 68 no establezca más supuestos, aquellos no contemplados son aplicables cuando se produce un daño antijurídico, como en el evento en el que el ciudadano se ve sometido a una medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva en virtud de la cual se priva de su derecho a la libertad, que posteriormente es revocada al concluirse que los elementos fácticos por los que fue investigado no permiten encontrar que constituyeron un delito alguno, supuesto que ya estaba previsto en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, pues el fundamento se radica en que la actuación judicial por medio de la cual se impuso la medida de aseguramiento compromete la responsabilidad de la administración de justicia, específicamente por haber causado un daño antijurídico consistente en la privación injusta de la libertad, lo que debe ser objeto de reparación en cabeza de la autoridad que produjo la misma<sup>125</sup>.

### 6.3. El juicio de imputación de responsabilidad en el caso concreto.

14 Con fundamento en la argumentación anterior, y con base en el análisis del material probatorio, la Sala encuentra: Marco Tulio Vargas Méndez fue sometido a la privación de su libertad como se desprende de la Resolución de la Fiscalía Sexta Delegada, de 17 de marzo de 2000 [fls.81 a 84 c1], mediante la que se decidió: (i) proferir medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra de Marco Tulio Vargas Méndez por el delito de homicidio en Heriberto

<sup>125</sup> Ver sentencia 2 de mayo de 2007, expediente. 15463; 26 de marzo de 2008, expediente: 16.902. Ver también sentencia del 23 de abril de 2008, expediente: 17.534. "i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación ... v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad". En sentencia de Subsección C de 11 de julio de 2003, expediente 26896 se concluyó que: *En síntesis, en los eventos en que se demuestra que la privación de la libertad fue injusta, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el artículo 414 del antiguo C. de P. P. como causales de responsabilidad objetiva, o al in dubio pro reo.*



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



León León; y (ii) librar orden de detención en contra del señor Marco Tulio Vargas Méndez [fls. 81-84 c1], la que fue notificada el 17 de marzo de 2000 [fls.85 y 86 c1]. A las anteriores decisiones se llegó con base en los siguientes argumentos:

"[...] podemos decir que existe una declaración que compromete la responsabilidad del implicado, porque la señora ROSALBA ROMERO bajo la gravedad del juramento afirma haber visto al hoy sindicado cuando salía corriendo después del disparo que ocasionó la muerte de su esposo [...] declaración que compromete la responsabilidad del sindicado pues la denunciante es clara en hacerle los cargos al indagado, lo identifica y narra la forma como iba vestido el implicado, además comenta la denunciante que el sindicado había tenido problemas con la familia de la quejosa, hermanos y madre denunciante.

Así en esta investigación, existen declaraciones [...] que aseguran que estuvieron con el procesado en su casa viendo televisión, en las horas en las que se presume se dió [sic] muerte a HERIBERTO LEON LEON, no aseguran estas declaraciones que el implicado no hubiese cometido el hecho hoy investigado, porque además de existir la denuncia existe otro aspecto como es el que implicado [borroso] carabina cuando la policía fue en su busca [borroso] necesario practicar un examen a la escopeta y la munición encontrada para verificar si fueron disparados por el sindicado, pero por ahora la Fiscalía no acepta la afirmación del sindicado, porque existe un indicio grave en contra a través de la practica de las pruebas se vá [sic] a dilucidar en esta investigación" [fls.81 y 82 c1].

15 Dicha decisión fue revocada por la Resolución, de 4 de julio de 2000, de la Fiscalía Quinta de San Gil [Unidad de Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales de Circuito; fls.89 a 104, 109 a124 c1], por medio de la que se resolvió (1) precluir la "investigación adelantada contra MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, por estar demostrado que el sindicado no cometió el delito que se le imputa (Art. 36 C.P.P)"; y, (2) como consecuencia de lo anterior, se concedió "la libertad provisional a MARCO TULIO VARGAS, con base en el numeral 3 del Artículo 45 IBIDEM [sic], bajo caución de \$40.000" [fl.104 c1]. La anterior providencia fue notificada personalmente el 5 de julio de 2000 a Marco Tulio Vargas Méndez [fls.105 a 108, 125 a 128 c1].

Como fundamento de su decisión, la Fiscalía General de la Nación- Unidad de Fiscalías Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito- Fiscalía Quinta de San Gil manifestó:

"Teniendo en cuenta que la única prueba que tiene tras las rejas al sindicado es el testimonio de ROSALBA ROMERO, se impone abordar su análisis con rigor a fin de determinar si aquel reúne las condiciones que exige el artículo 441 del C.P.P., para sustentar una resolución de acusación, en concordancia en el artículo 294 ibidem [sic].



[...]

1. Ubicación de la testigo al momento del hecho.

Refiere la señora ROSALBA ROMERO, que se encontraba "un poquito retiradito" recogiendo ropa cuando escuchó el disparo. Como nada se hizo para establecer a qué distancia estaba de su esposo y de la carretera cuando ello ocurrió, tenemos que acudir a lo que obra en el expediente y este nos dice de acuerdo al croquis, visible a folio 5 vuelto, que del sitio donde estaba sentado HERIBERTO LEÓN, a la carretera hay una distancia de 16.10 metros. Significa lo anterior que no es creíble la versión de esta señora cuando indica que observó a MARCO TULIO VARGAS a cuatro metros, pues según ella se encontraba "retiradita" y cerca al lavadero, el cual se presume está al lado de la casa.

Esta afirmación tan categórica de parte suya pierde consistencia y verosimilitud, cuando se le examina teniendo en cuenta que el hecho sucedió de noche, en completa oscuridad, pues no había luna, indicando con ello que no es creíble que a una distancia de 16 metros, incluso ni a cuatro como ella lo dice, haya podido observar a MARCO TULIO VARGAS, y lo que es más sospechosos, le haya podido observar todos los detalles de su vestimenta.

En diligencia de indagatoria VARGAS MENDEZ, de manera sincera y espontánea, refirió que ese sábado once de marzo, estuvo vestido en la forma que lo describe la denunciante, y que a eso de las cuatro y quince de la tarde, paso [sic] por el frente de la casa de HERIBERTO, con la escopeta y en compañía de su hermano OTONIEL, y que observó a ROSALBA, lavando a una distancia de diez a quince metros, precisando que ésta lo vio.

A su vez la denunciante acepta haberlo visto también a la hora en que lo refirió MARCO TULIO.

Lo anterior explica entonces, la precisión de la mujer al detallar la ropa vestía MARCO TULIO, y el arma que llevaba.

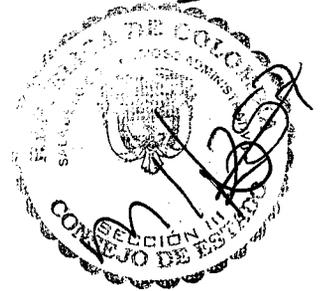
2. Para reforzar la declarante la tenencia de un arma de fuego por parte del sindicado, relata que su esposo le contó que en horas de la mañana había visto a MARCO TULIO, con una carabina en compañía de otras personas.

Esta afirmación es cierta y así lo corrobora el mismo sindicado, quien acepta haber portado durante la mañana un arma de fuego y haberse encontrado a HERIBERTO LEON por el camino.

Si MARCO TULIO VARGAS, hubiese tenido motivos para ocultar esa circunstancia así lo hubiera hecho pero no, luego la afirmación en tal sentido de la denunciante no contiene ninguna inscriminación [sic] que pueda resultar válida.

3. ROSALBA ROMERO CRUZ, no informó en la denuncia y tampoco existió la más mínima precaución por parte del Despacho de averiguar que personas se encontraban esa noche en casa del occiso. De lo consignado en esa lacónica expresión, pareciera que nadie más estuviera allí. Sin embargo, en la diligencia de levantamiento aparece declarando ante el Alcalde una menor con apellidos que no coinciden con el de los dueños de la casa, de la que no se sabe su edad y a la que tampoco se escuchó en testimonio como hubiera sido lógico.

Si lo insinuado por ROSALBA ROMERO, era que nadie más observó lo sucedido, porque entonces ocultó la presencia esa noche en su casa de su hermano JESUS o "Chucho" quien según el testimonio de RAFAEL DUEÑAS, era el hombre que conversaba con ella en "la gotera de la casa" cuando pasó faltando quince minutos para las ocho de la noche.



Llama la atención igualmente que si ya la muerte había ocurrido, porque RAFAEL DUEÑAS, no se enteró o se le llamó cuando lo vieron pasar, si es que tan buena vista tiene esa mujer. Además lo que el deponente escuchó fue "un alaraco" y por eso cuando llegó a su casa preguntó que si sabía que había sucedido donde HERIBERTO, sin sospechar que se tratara de un homicidio.

En este tema es pertinente señalar que entre JOSE DE JESUS ROMERO, hermano de la denunciante y el sindicato habían existido problemas serios en razón a que el primero le quitó a este la mujer, y a raíz de ello, según lo expresa MARCO TULIO, en indagatoria, JESUS le había apuñalado.

ROSALBA ROMERO, si bien no refiere esto, si deja ver que entre sus hermanos y su madre y MARCO TULIO, había tenido problemas.

La enemistad entre MARCO TULIO, y la familia de ROSALBA ROMERO también la comentaron otros deponentes, lo que indica [sic] que ésta mujer tiene motivos para mentir y hacer imputaciones no verdaderas [sic], lo cual le resta toda credibilidad a su exposición, credibilidad que se desvanece, además con lo inverosímil de su dicho, al sostener que vio a MARCO TULIO cuando corría agachado luego de dar muerte a su esposo.

Dos hipótesis emergen de lo expuesto,

1. O la testigo miente y pretende encubrir a alguien de lo ocurrido, y encontró en MARCO TULIO, la persona "ideal" para hacerla aparecer como culpable, porque lo había visto de día y podía señalar con precisión su vestimenta y el arma que llevaba, y además había entre ellos enemistad al punto que ni se saludaban o,

2. Sencillamente la mujer sufrió una alteración de su proceso censo perceptivo que le llevó a hacerle creer de buena fe que el victimario de su cónyuge era MARCO TULIO.

Para la Fiscalía, la hipótesis que toma forma es la primera y que bien hubiese podido confirmarse con más claridad si se hubiera realizado una juiciosa investigación, pero desafortunadamente nada se hizo al respecto, no se amplió su denuncia, no se hizo una inspección judicial, en fin la falta de dirección impidió establecer aspectos trascendentales [sic] orientados a establecer quién mató a HERIBERTO LEON. Afortunadamente la prueba testimonial dejada al juicio de los funcionarios comisionados, permitió por lo menos demostrar que MARCO TULIO VARGAS, no fue el autor de ese execrable [sic] hecho, que hasta la saciedad quedó demostrado que para la hora de los hechos estaba en la casa de SIMEON VARGAS.

Descartada la imputación que hiciera ROSALBA ROMERO, no solo por sospechosa, sino porque es contraria a todo un cumulo [sic] de testimonios serios e imparciales que la desmienten, surgen a manera contraíndicios [sic] y por ende a favor del procesado, las siguientes circunstancias que conducen a demostrar su inocencia:

a.- Entre el sindicato y el occiso no existía enemistad, ni se había presentado problema de ninguna índole, lo que indica [sic] que deviene inexistente el indicio de móvil para delinquir.

[...]

Es tan evidente la ausencia del móvil que el mismo [sic] sindicato atribuye al occiso una serie de cualidades, entre otras cosas no desmentidos por nadie y así se expresa cuando se le pregunta por él: "PREGUNTADO. Como [sic] era el comportamiento individual, familiar y social de HERIBERTO LEON LEON.



CONTESTÓ: Pués [sic] no sé cono la familia, yo no llegaba a esa casa, con las demás era buena persona, era buena gente, yo lo conocí como una persona buena, el trabajador no era borracho, ni problemático, cuando trabajé hace como siete años conmigo [sic], ayudandole [sic] a un contratista era bueno, no llegabamos [sic] a un sí, ni a un no con ese señor. (fol.18 vuelto).

No tiene entonces ninguna lógica que MARCO TULIO VARGAS hubiese dado muerte a un hombre con quien no tenía problemas, como tampoco le representaba ninguna utilidad ese fallecimiento, ni de índole económico, ni moral, ni de afectos, ni de nada.

b. Otro hecho que juega a favor del procesado es su personalidad, la que se infiere de lo consignado en el proceso como buena y corresponde a un hombre trabajador y campesino.

La conducta delictiva no es un comportamiento normal y por ello una personalidad común lleva a una presunción de comportamiento socialmente correcto.

c. Otra circunstancia que confluye junto con los demás a inferir la inocencia del encartado, es la forma sincera y espontánea como rinde sus descargos, aceptando la tenencia de una escopeta hecho que manifiesta a la autoridad, señalando el sitio donde la había escondido.

La explicación que ofrece al respecto son creíbles, pues inicialmente según [sic] lo dijo, creyó que le capturaban por el porte ilegal de armas, y por eso ocultó la posesión del arma, pero ya al explicarsele [sic] el motivo de su aprehensión [sic] sin rodeos indicó [sic] el lugar donde se hallaba el artefacto.

Si bien es cierto, no se solicitaron los antecedentes del sindicado para verificar el aserto de este, cuando expresa que tuvo recientemente un proceso por porte ilegal de armas, este despacho le dá [sic] plena credibilidad a su versión por cuanto en esta Fiscalía Quinta se adelanta efectivamente una investigación contra el citado MARCO TULIO VARGAS, por porte ilegal de armas, que terminó con sentencia anticipada, y el origen de ese proceso fue una orden de allanamiento a varias viviendas aledañas a la del procesado, donde se encontraron armas de fuego. Así las cosas, entonces, no es ningún [sic] mecanismo defensivo del señor VARGAS MENDEZ, el justificar el ocultamiento de la escopeta, sino la expresión de una verdad, esto es, que había escondido el artefacto por temor a que se la quitaran como en pasada oportunidad.

De otro lado si MARCO TULIO tuviese algo que ver con el homicidio no había comunicado a la autoridad que tenía el arma oculta, sino que había guardado silencio al respecto, máxime que ya la policía había requisado su casa la noche en que lo capturó y no había encontrado nada.

A esta circunstancia súmase además, la de que la escopeta se encontraba cargada y sin disparar.

Así las cosas, puede concluirse sin hesitación y de acuerdo que con los planteamientos de la defensa, que el autor de la muerte de HERIBERTO LEON no fue MARCO TULIO VARGAS, por lo que se impone a ordenar la preclusión de la investigación a su favor, decretando su libertad la que será provisional a tener de lo establecido en el Artículo 415 numeral 3 del C.P.P., y bajo caución de \$40.000, que depositará a órdenes de ésta Fiscalía [...]."

16 La valoración de estas dos piezas procesales permite establecer que en ningún momento del proceso penal hubo los elementos probatorios suficientes para



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



determinar la procedencia de la privación de la libertad a la que fue sometido Marco Tulio Vargas Méndez, sino que por el contrario se consolidaron más elementos demostrativos que permitían establecer la inocencia de Vargas Méndez respecto al homicidio de Heriberto León, por lo que la decisión de 17 de marzo de 2000 proferida por la Fiscalía Sexta Delegada no podía sustentarse sólo en un medio probatorio que no había sido objeto de contraste, ni de consolidación para determinar directa, o indiciariamente la procedencia de una medida de aseguramiento que produjera el daño antijurídico ocasionado a Vargas Méndez y consistente en la privación de la libertad, concretándose la injusticia que reviste la misma y que implica que la actividad investigativa desplegada por la Fiscalía fue insuficiente, negligente y limitada, producto, además, de una valoración probatoria prematura, que exigía para la imposición de la medida de aseguramiento un pleno raciocinio de los medios probatorios, lo que evidencia que sigue prosperando regla general de actividad de la Fiscalía General de la Nación el juzgamiento de las personas bajo restricción de sus libertades, cuando la premisa exige, siguiendo las obligaciones convencionales de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial los estándares fijados por los numerales 5º y 6º del artículo 7, y 2 del artículo 8: (1) se fija como estándar que la persona detenida debe ser juzgada dentro de un plazo razonable o debe ser puesta en libertad "sin perjuicio de que continúe el proceso", en cuyo caso el ejercicio de la libertad "podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio" [numeral 5º]; (2) la persona a la que se priva de su libertad "tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales; y, (3) cuando la persona es inculpada de un delito "tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad". Así mismo, la decisión de imponer la medida de aseguramiento en contra de Marco Tulio Vargas Méndez vulneró los estándares constitucionales fijados en la Carta Política en los artículos 13, inciso primero, referido a la garantía de la libertad de las personas como presupuesto básico de un Estado democrático; en el artículo 16, que garantiza el libre desarrollo de la personalidad para cuyo ejercicio es indispensable, inescindible y incuestionable la libertad íntegra de la persona; en el artículo 24, inciso primero, que afirma la garantía de la



libre locomoción de las personas por el territorio nacional, en el artículo 28, inciso primero, donde la prevalencia la tiene la libertad de las personas frente a la actividad del Estado en el ejercicio de sus competencias judiciales y policivas; y, en el artículo 229 que afirma la garantía de la tutela judicial efectiva.

17 Si bien la Sala sólo cuenta con la Resolución de la situación jurídica, y la Resolución de preclusión de la investigación, puede concluir con certeza que la privación de la libertad de Marco Tulio Vargas Méndez se produjo por la falla en el servicio atribuible a la Fiscalía General de la Nación, debido a la insuficiencia, negligencia y limitación que en fase investigativa hubo en el despliegue de la actividad que la Fiscalía Sexta Delegada estaba llamada a realizar, ya que al dar plena y absoluta credibilidad a un solo medio probatorio sin el debido contraste con otros medios de prueba, o con la decantación de los mismo, optó por una afirmación de una presunción de culpabilidad, cuando convencional y constitucionalmente se le exigía presumir la inocencia de Vargas Méndez, e incluso pudo haber optado por una medida diferente a la restricción de la libertad, sino a su condicionamiento si lo que se quería era garantizar su presencia o presentación al proceso, o incluso evitar la distorsión o pérdida de prueba.

18 Con base en los anteriores fundamentos, encuentra que fácticamente el daño antijurídico consistente en la privación de la libertad es imputable a la decisión adoptada por la Fiscalía Sexta Delegada el 17 de marzo de 2000, por la que se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a Marco Tulio Vargas Méndez, la que fue revocada por la Resolución de la Fiscalía Quinta de San Gil, de 4 de julio de 2000, que precluyó la investigación penal en contra de Vargas Méndez por el homicidio de Heriberto León. Y es jurídicamente imputable por falla en el servicio, derivada de la insuficiente y limitada labor investigativa de la Fiscalía Sexta Delegada y por la decisión de adoptar una medida de aseguramiento sin contar con elementos de juicio necesarios para restringir la libertad de Vargas Méndez, al estar precedida la misma de un ejercicio condicionado por una concepción que primaba la presunción de culpabilidad, y no la presunción de inocencia que terminó afirmándose y develándose en la decisión de 4 de julio de 2000 después del análisis de la prueba obrante tanto para el



momento de definir la situación jurídica, como para su posterior calificación del mérito del sumario.

19 Luego, la Sala fundada en la motivación anterior determina revocar la sentencia de primera instancia de 31 de enero de 2005 de la Sala de Descongestión de los Tribunales de Santander, Norte de Santander y Cesar, y en su lugar declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial de la entidad demandada por el daño antijurídico ocasionado a Marco Tulio Vargas Méndez, consistente en la privación injusta de su libertad desde el 17 de marzo de 2000 y hasta el 4 de julio de 2000, como se corrobora de las providencias del proceso penal, que como pruebas fueron allegadas y valoradas en esta instancia.

20 Determinada la imputación, fáctica y jurídica, del daño antijurídico ocasionado a Marco Tulio Vargas Méndez, procede la Sala a examinar si se encuentran acreditados los perjuicios reclamados como consecuencia del mencionado daño, tanto por el privado de la libertad, como por sus familiares.

## **7. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios.**

### **7.1. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.**

21 En la demanda se solicitó el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales en la siguiente forma: (1) ciento cincuenta [150] salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Marco Tulio Vargas Méndez [privado de la libertad]; (2) cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Ana Matilde Méndez Vargas [madre]; (3) cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Andrea Paola Vargas Vargas [hija]; y, (4) cien [100] salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Cristico Vargas Méndez [hermano].

22 Como la sentencia de 31 de enero de 2005 negó las pretensiones de la demanda, la Sala considerara previamente los fundamentos argumentativos en los



que cabe sustentar el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales a favor de los demandantes, o su denegación.

23 Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012<sup>126</sup> señaló que en "cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso". En la misma providencia se agrega que "la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan".

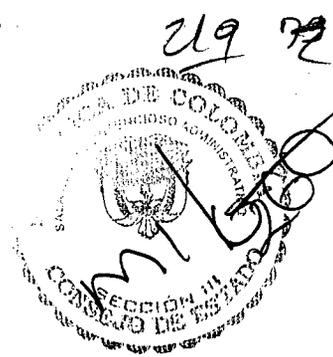
23.1 Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia<sup>127</sup> como espacio

<sup>126</sup> Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

<sup>127</sup> "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica<sup>127</sup> han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992<sup>127</sup> donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. "Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo



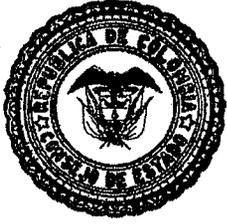
Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



básico de toda sociedad<sup>128</sup> [el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de

fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes". (Subrayas fuera de texto). "La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: "En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: "1º. Los descendientes legítimos; "2º. Los ascendientes legítimos; "3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; "4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º.; "5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º.; "6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; "7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. "Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos". "También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: "La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución." "La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. "Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. "Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan sólo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien."<sup>127</sup> (Negrillas de la Sala)". Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

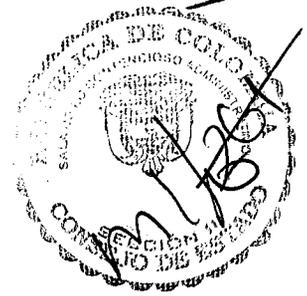
<sup>128</sup> "4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en "la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre". Bajo esta concepción, la familia es considerada un "presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya



que "[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen". 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5° de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el "núcleo fundamental de la sociedad", precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, "por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla". Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia,



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



familia, que será importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse [de la prueba testimonial]:- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-], y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestacional o fundamental<sup>129</sup>.

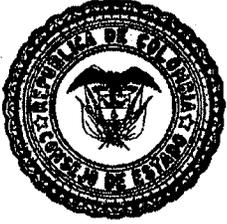
23.2 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012<sup>130</sup>, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones

---

sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

<sup>129</sup> “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

<sup>130</sup> Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.



conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” [citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional].

23.3 A lo que se agregó, en la misma sentencia una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

23.4 Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que “no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.

24 La Sala de Sub-sección dando continuidad a la jurisprudencia contenciosa encuentra que para el reconocimiento de los perjuicios morales el primer elemento tiene que ver con el parentesco, para lo que se debe partir que se sabe con certeza que el privado injustamente de la libertad fue Marco Tulio Vargas Méndez, y que tanto él como Ana Matilde Méndez Vargas, Andrea Paola Vargas Vargas y Cristico Vargas Méndez acreditan su parentesco con los siguientes medios de



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



prueba: (1) copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Cristico Vargas Méndez nació el día 18 de mayo de 1974 y es hijo de Marco Tulio Vargas y Ana Matilde Méndez [fl. 3 c1]; (2) copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Ana Matilde Méndez Díaz nació el día 27 de enero de 1934 y es hija de Pedro Antonio Méndez y María de Jesús Díaz [fl. 4 c1]; (3) copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Marco Tulio Vargas Méndez nació el día 28 de octubre de 1967 y es hijo de Marco Tulio Vargas y Ana Matilde Méndez [fl. 5 c1]; y, (4) copia auténtica del registro civil de nacimiento en el que consta que Andrea Paola Vargas Vargas nació el día 9 de julio de 1994 y es hija de Marco Tulio Vargas Méndez e Ilda Cecilia Vargas Romero [fl. 6 c1].

25 Con base en los anteriores medios probatorios, la Sala encuentra que cabe reconocer los perjuicios morales a favor del privado Marco Tulio Vargas Méndez, como de quien acreditó su condición de madre, Ana Matilde Méndez Vargas, de quien acreditó su condición de hermano Cristico Vargas Méndez, y de quien acreditó su condición de hija Andrea Paola Vargas Vargas, procediendo ahora a determinar la liquidación de los mismos.

26 La privación de la libertad de toda persona produjo en quien lo padece, Marco Tulio Vargas Méndez, aflicción, congoja, desasosiego, desesperación, desolación y depresión, ya que el internamiento puntual, transitorio o prolongado deja profundas huellas en el individuo, que la ver restringida su libertad tiene que soportar afecciones internas, en su pisque que le degradan moralmente.

27 En tanto que su madre Ana Matilde Méndez Vargas, su hija Andrea Paola Vargas Vargas y su hermano Cristico Vargas Méndez padecieron aflicciones, congojas y desasosiegos por la privación injusta de la libertad de marco Tulio, a lo que se llega del análisis contrastado de los siguientes medios probatorios:

27.1 Testimonio rendido por Roberto Dueñas Castro el día 28 de octubre de 2004 ante el Tribunal Administrativo de Santander [fls.143 y 144 c1], según el cual:



**"PREGUNTADO:** Sírvase decirnos si usted conoce a MARCO TULIO VARGAS MÉNDEZ, ANA MATILDE MÉNDEZ DE VARGAS, CRISTICO VARGAS MÉNDEZ y ANDREA PAOLA VARGAS VARGAS, en caso afirmativo cuánto tiempo hace y por qué motivo. **CONTESTO:** A MARCO TULIO VARGAS MENDEZ SI [sic] lo conozco desde cuando estaba pequeñito es nacido y criado alla [sic] en el Encino de la Vereda de Tumbita, esa vereda queda cerca a la vereda donde yo vivo, eso queda por ahí a unos dos kilómetros, yo conocí al padre de él, que se llamaba MARCO TULIO VARGAS, yo tenía una finca que colindaba con la él [sic], en la vereda tumbita y por eso lo conozco [...]

[...]

La cosa mas [sic] real fue que ahí mirándolos y conociéndolos a ellos que son vecinos míos [sic], los veía afanados por la detención del hijo y concretamente por la necesidad de trabajo de él para ayudarlos a los papás, a la mujer y a la hija, ella permaneció viviendo en la casa que tenía MARCO TULIO, la niña como estaba pequeñita, eso los veía uno tristes [...]"

27.2 Testimonio rendido por Luz Dayan Vargas Dueñas [fl.s147 y 148 c1], según el cual:

"[...] a MARCO TULIO VARGAS MENDEZ lo conozco desde hace como unos cinco años, porque él compro [sic] una finca cerca de la de nosotros en el Encino, cerquita, mis papás se llaman SIMEON VARGAS LOZANA [sic] y MARIA LIGIA DUEÑAS VARGAS DUEÑAS [sic], a ANA MATILDE MENDEZ DE VARGAS, ella es la mamá de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, ella tiene por ahí de 60 a 70 años de edad aproximados, a CRISTICO VARGAS MENDEZ es hermano de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, él trabaja con su hermano le ayudaba a la agricultura, él es menor que MARCO TULIO, él tiene como un brazo invalido [sic], no le sirve para trabajar como una persona normal. ANDREA PAOLA VARGAS VARGAS, es la hija de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, ella tiene como 8 o 9 años más o menos, ella vive con el papá en Bogotá [...] **PREGUNTADA:** Sírvase [sic] decirnos qué clase de perjuicios considera usted que se le causó a la familia que tenía [sic] a cargo MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, con ocasión de la presunta detención injusta a que fue sometido desde el 12 de marzo de 2000 y por cuatro meses. **CONTESTO:** Si [sic] se le causaron perjuicios económicos, porque él era el que veía de ellos, respondía por ellos, se pusieron muy tristes, uno como vecinos los veía sufriendo, incluso él era el que sacaba la cara por todos, la mamá de él muy preocupada y por considerar que no había [sic] sido su hijo el de esas cosas, y como él veía de la casa, los afecto [sic] en eso y la ausencia del hogar. Con la comunidad decían que como [sic] era posible eso, y le retiraron un poco los afectos siempre generó desconfianza en la vereda, la mamá mientras que MARCO TULIO estuvo en la cárcel ella sufrió [sic] un resto, mucho, lo mismo la niña hija de él [...]" [fls.147 y 148 c1].

28 Para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala de Sub-sección tiene en cuenta el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 "Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales", así como en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera en la materia y de la misma fecha [expediente 36149], en las que se fijó:

"Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa –radicación No.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



25.022- y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

29 Teniendo en cuenta el tiempo que se encuentra acreditado que Marco Tulio estuvo privado de la libertad injustamente desde el 17 de marzo de 2000, fecha en la que la Fiscalía Sexta Delegada profirió la Resolución de situación jurídica ordenando la medida de aseguramiento consistente en su detención preventiva, y hasta el 7 de julio de 2000, fecha en que quedó ejecutoriada la Resolución de preclusión de la investigación penal proferida por la Fiscalía Quinta de San Gil, esto es, de 72 días, cabe encuadrar la liquidación en el rango superior a 1 e inferior a 3 meses, reconociendo la cuantificación en el primer nivel al privado de la libertad Marco Tulio Vargas Méndez, a la hija Andrea Paola Vargas Vargas, y a la madre Ana Matilde Méndez Vargas; y, en el segundo nivel al hermano Cristico Vargas Méndez, quedando la liquidación de la siguiente :

NOMBRE	SMLMV A RECONOCER	EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS
Marco Tulio Vargas Méndez [privado de la libertad]	35	\$22.552.250.00
Ana Matilde Méndez Vargas [madre]	35	\$22.552.250.00
Andrea Paola Vargas Vargas [hija]	35	\$22.552.250.00
Cristico Vargas Méndez [hermano]	17.5	\$11.276.125.00



30 Ahora la Sala procede a determinar si cabe reconocer y liquidar los perjuicios por afectación de bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados.

**7.2 Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de afectación de bienes y derechos convencional y constitucionalmente amparados.**

31 Si bien como pretensión indemnizatoria en la demanda no quedó enunciado el reclamo de la indemnización de este rubro indemnizatorio, del análisis integral de la demanda se encuentra que se reclama que “la víctima con su privación injusta de la libertad fue lesionado en su “honra, su fama, su libertad personal, su reputación, su integridad moral”, por haber sido investigado penalmente por el presunto homicidio de Heriberto León León, especialmente en el municipio del Encino, vereda Tumbita, donde su honra e integridad como persona trabajadora y sin antecedentes pudo haber sido afectada como consecuencia de la privación injusta de la libertad que padeció Marco Tulio Vargas Méndez.

32 Conforme al precedente jurisprudencial fijado por las sentencias de Sala Plena de Sección de 28 de agosto de 2014 (exps. 26251, 28804 y 32988) se precisa que la indemnización por este tipo de afectación procede bien sea de oficio o a solicitud de parte, siempre que se trata de una “afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados (...) procede siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su creación y se precise su reparación integral”.

32.1 En lo que hace referencia al modo de su reconocimiento la jurisprudencia ha precisado que:

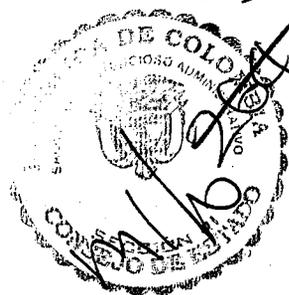
“Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.”

[...]

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización,



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño"<sup>131</sup>.

32.2 Dicho lo anterior, se encuentra que la Constitución Política contempla de manera expresa en el artículo 15 el derecho de todas las personas a su buen nombre y establece el deber para el Estado de respetar y hacer respetar este derecho; a su vez consagra en el artículo 21, la garantía del derecho a la honra, y, del mismo modo, en el inciso segundo del artículo 2º, el deber de las autoridades de proteger en su honra a todas las personas residentes en Colombia, y, de la misma manera, el artículo 42, declara el carácter inviolable de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia<sup>132</sup>.

32.3 Con relación a la lesión de los derechos a la honra<sup>133</sup> y el buen nombre, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en diferenciar uno del otro y, al respecto, ha puntualizado:

"El buen nombre ha sido entendido por la jurisprudencia y por la doctrina como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura

<sup>131</sup> Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, expediente 26251.

<sup>132</sup> Además de la protección constitucional y legal, ofrecida por el ordenamiento interno, existen diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que prevén los derechos a la honra y al buen nombre y, a su vez, establecen la obligación que tienen los Estados de brindarles protección, entre los cuales se encuentran: el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques*"; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17: "*1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*"; el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" consagra: "*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*" y el artículo 14 del mismo pacto precisa, en su numeral 1, que "*toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*" Y agrega, en el numeral 2 que "*en ningún caso la rectificación o respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en se hubiera incurrido.*"

<sup>133</sup> La Corte Constitucional, en sentencia de constitucionalidad 063-1994, en relación a los conceptos de honra y honor, puntualizó: "*aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia de uso entre ellos. El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno -el sentimiento interno del honor-, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros -honra-.*"



como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas. Este derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad. El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona, se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo<sup>134</sup>.

32.4 De contera, en el mismo pronunciamiento la Corte diferenció el derecho a la honra del de buen nombre, en los siguientes términos:

“Aunque en gran medida asimilable al buen nombre, tiene sus propios perfiles y que la Corte en sentencia definió como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan. Puso de presente la Corte que, en este contexto, la honra es un derecho “... que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”.

32.5 Así, pues, el buen nombre y la honra son derechos constitucionalmente garantizados, de carácter fundamental, que comportan la obligación para las autoridades de proveer una protección especial frente a los atentados arbitrarios de que sean objeto.

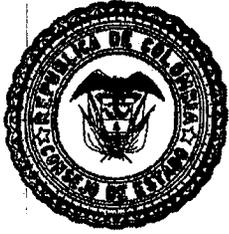
32.6 Por esta razón, la Sala considera que estos, al igual que el derecho a la vida, cuentan con plena protección constitucional.

32.7 En el mismo sentido, resulta pertinente reiterar que la Corporación ha reconocido la afectación de los derechos de raigambre constitucional<sup>135</sup> y ha dicho que:

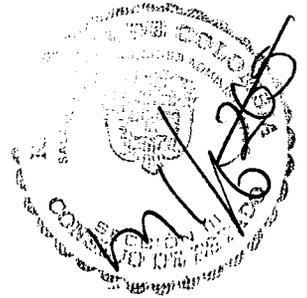
“Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de Derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencia gemelas del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19.031 y 38.222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial. De igual manera se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad.

<sup>134</sup> Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 489 del 26 de junio de 2002

<sup>135</sup> Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 25118. Véase, entre otros, en relación con la afectación a bienes jurídicos constitucionales, las sentencias de 18 de marzo de 2010, expediente 32651 y 9 de junio de 2010, expediente 19283.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



[...]

En esa lógica y orden de pensamiento, existe una actual y permanente interacción entre la Constitución y el derecho de daños, relación que genera que las inveteradas categorías del perjuicio sean reexaminadas para dar paso a una tipología de daños que se acomode con el constitucionalismo moderno dúctil en los términos expresado por ZAGREBELSKY, perspectiva que incide en la responsabilidad al concentrar el eje fundamental de ella en la víctima directa o indirecta<sup>136</sup>.

32.8 Ahora bien, en precedente citado, se dijo que se vulneraría el derecho al buen nombre y/o a la honra, cuando, sin fundamento alguno, se propagan entre el público -bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas- informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que, por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen. Y, si bien los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información puede estar expuestos al recibir material con el que se pueda producir la vulneración de los bienes jurídicos constitucionales y convencionales al buen nombre y a la honra, debe partirse de considerar la buena fe tanto del medio de comunicación, o del periodista, sin perjuicio de advertir, siguiendo la jurisprudencia constitucional, que en "lo atinente a la carga asumida por quienes emiten la información, ha recalcado la Corte Constitucional que debe presumirse la buena fe del comunicador y que, por lo tanto, si una persona alega una vulneración de sus derechos constitucionales fundamentales por la difusión de una información falsa, debe probar que lo es<sup>137</sup>. Con todo, la buena fe del periodista no excluye la posibilidad de que pueda caer en error, a pesar de que haya cumplido con la obligación de verificar su información, pues la misma naturaleza dinámica de su labor le impide, en algunos casos, ser tan exhaustivo. Por lo tanto, esta presunción de buena fe no excluye la posibilidad de error y tampoco, ostenta el carácter de una presunción de derecho que no admita prueba en contrario. El juez de tutela debe entrar a constatar en cada caso si el medio de comunicación ha incurrido en un error evidente o si,

<sup>136</sup> Sección Tercera, sentencia de unificación de 1º de noviembre de 2012, Rad. 1999-0002.

<sup>137</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-056 de 1995



existen elementos que permitan desvirtuar la presunción constitucional de buena fe del periodista”<sup>138</sup>.

32.9 No obstante lo anterior, la Sala considera que, en reciente precedente la Sala ha dejado dicho que el análisis del caso debe abordarse frente a la influencia y la acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida por los medios de comunicación.

32.10 Al respecto se dijo:

“Conforme a las pretensiones y fundamentos fácticos de la demanda, la Sala abordará el análisis del caso para determinar si hubo influencia y acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida por algunos medios de comunicación, especialmente por el noticiero Q.A.P., que se transmitió a nivel nacional en la noche del 23 de octubre de 1996, y que como consecuencia de ella, se generó un daño antijurídico consistente en el menoscabo y la restricción indebida, anormal y antijurídica del ejercicio eficaz de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes. Dado que se trata de examinar la imputación de la responsabilidad de las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado, que comprende la vulneración de derechos reconocidos no sólo constitucionalmente, sino también consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, la presente providencia se enmarca en el ámbito del control de convencionalidad<sup>139</sup> que le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana aplicar”<sup>140</sup>.

32.11 Bajo este entendido, en el caso de autos la Sala no encuentra ninguna circunstancia que le permita aseverar que la Fiscalía General de la Nación llevó a cabo un manejo indebido de la información relacionada con el proceso penal adelantado contra Marco Tulio Vargas Méndez o que ésta, por medio de cualquier conducta reprochable hubiera favorecido actos de difamación o afectación al buen nombre y el honor de los citados sujetos. Téngase en cuenta, al respecto, que el sustento de la alegada afectación a dichos derechos fundamentales proviene de

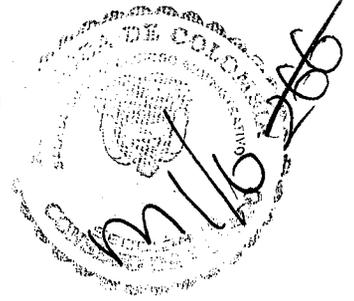
<sup>138</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2010.

<sup>139</sup> “La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera, que permite sostener, la existencia dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero “garantismo constitucional”, de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lasos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado, próximo a publicación”, BREWER CARIAS, Allan R, SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en imprenta.

<sup>140</sup> Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 25506.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



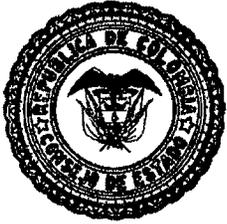
algunos de los dichos de los testigos, sin embargo, nada en el acervo probatorio lleva a hablar de una propagación mediática del proceso penal y, menos aún, que la Fiscalía hubiere participado en este tipo de actuaciones. Si bien, de suyo, el verse expuesto a un proceso penal y a una privación de la libertad puede llevar a afectar tales derechos, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido conteste en considerar que cuando tal afectación no ostenta tal intensidad o rigor, este tipo de afectación se enmarca dentro del concepto jurídico del perjuicio moral<sup>141</sup>.

32.12 Súmese a lo anterior que, como se señaló arriba al traer a colación los criterios unificados que fueron fijados por el Pleno de la Sección Tercera en cuanto a lo que concierne a la categoría de la afectación a los bienes e intereses convencional y constitucionalmente amparados, es presupuesto ineludible que se trate de una “afectación o vulneración relevante” lo cual, por un mero ejercicio de exclusión, pone fuera de dicha órbita a aquellos daños que no satisfagan dicho criterio de intensidad o relevancia.

32.13 De acuerdo con la unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2014, de la Sala Plena de la Sección Tercera, este tipo de perjuicios se “reconocerá, aun [sic] de oficio”, procediendo “siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas de ‘crianza’”.

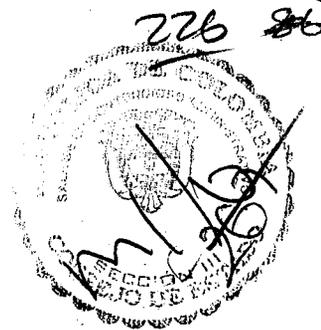
32.14 A lo que se agrega que las “medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los

<sup>141</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 9 de junio de 2010 (exp. 19283), 26 de julio de 2012 (exp. 24409 – Subsección B) y 28 de febrero de 2013 (exp. 24622 – Subsección B), entre otras.



derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto, el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)” [sic].

32.15 Para el proceso se encuentra demostrado que el daño antijurídico no sólo se concretó en los perjuicios inmateriales en la modalidad de morales y perjuicios materiales reclamados por Marco Tulio Vargas Méndez, Ana Matilde Méndez Vargas, Andrea Paola Vargas Vargas y Cristico Vargas Méndez, sino que también se afectaron los derechos a la honra, al buen nombre y a la dignidad, ya que la sindicación como presunto homicida de Heriberto León León llevó a que los pobladores del lugar donde vivía desconfiarán, y llegara a sentirse tanto Marco Tulio, como sus familiares humillados, como se desprende de la prueba testimonial. En ese sentido (1) de acuerdo con el testimonio de Simeón Vargas Lozada: “[...] El [sic] se fue para Bogotá por amenazas de muerte contra su vida, eso habían rumores de eso. PREGUNTADO: Sabe usted cuál era el comentario de la región cuando estuvo preso MARCO TULIO VARGAS MENDEZ. CONTESTO: El comentario de la gente era que imposible que él hubiera hecho eso, era muy conocido por el trabajo, decían que lastima [sic] porque el muchacho era muy trabajador y no creían que él hubiera cometido eso [sic] error. PREGUNTADO: Digale [sic] al Despacho [sic] si a usted le consta que hubo deterioro en la relación de MARCO TULIO VARGAS con la comunidad o con los vecinos de esa vereda. CONTESTO: Si hubo deterioro ya uno pensaba que él hubiera hecho y así lo pensaba la demás gente” [fls.145 a 147 c1]; (2) a su vez, en su testimonio Luz Dayan Vargas Dueñas manifestó: “[...] Con la comunidad decían que como [sic] era posible eso, y le retiraron un poco los afectos siempre generó desconfianza en la vereda, la mamá mientras que MARCO TULIO estuvo en la cárcel ella sufrió [sic] un resto, mucho, lo mismo la niña hija de él [...]” [fls.147 y 148 c1]; y, (3) finalmente en su testimonio Noel Camacho Sánchez afirmó: “[...] En la vereda como como [sic] reo y se pensaba que él era homicida, cuando ya hubo el fallo se volvió a tener confianza uno con él, como amigo, pero antes cuando eso



paso [sic] si lo hicieron dudar a uno de él, y así casi todos en la vereda se opinaba eso de él [...]” [fls.149 y 150 c1].

32.16 Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión:

(1) La presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla.

(2) Como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada Fiscalía General de la Nación, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

(3) La realización, en cabeza del Director de la Unidad de Fiscalías del Departamento de Santander de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y petición de disculpas a Marco Tulio Vargas Méndez y su familia, a realizarse en la ciudad de Bucaramanga dentro de los tres [3] meses siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de la entidad demandada, debiéndose dar difusión por medios televisivos y radiales al acto público.

### **7.3. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales.**



**7.3.1. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.**

33 En la demanda se solicitó por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, el pago de los honorarios pagados por la madre del privado de la libertad, Marco Tulio Vargas Méndez, Ana Matilde Méndez Vargas a los abogados que lo representaron y ejercieron su defensa técnica en la etapa de instrucción del proceso penal adelantado, y durante el período de su privación, esto es, desde el 17 de marzo de 2000 y hasta el 7 de julio de 2000.

34 Para acreditar esto se allegó constancia de pago proferida por Rodrigo de Jesús Urrego Gallego el 6 de julio de 2000 [fls. 2 c1]

“Rodrigo de Jesús Urrego Gallego, abogado titulado y en ejercicio, identificado como aparece al pide [sic] de mi firma, por medio de la presente manifiesto que recibí de la señora Ana Matilde Méndez de Vargas, identificada con la cédula de ciudadanía No. 28.113.413 de Encino [s], la suma total de seis millones de pesos [\$6.000.000] M/CTE, como honorarios pactados, por la defensa penal que en nombre de mi hijo Marco Tulio Vargas Méndez, hizo el suscrito abogado, dentro de la etapa sumarial que cursaba en la Fiscalía Quinta- Seccional Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de San Gil, quien era sindicado de los delitos de homicidio agravado en la persona de Heriberto León León y de porte ilegal de armas de defensa personal”.

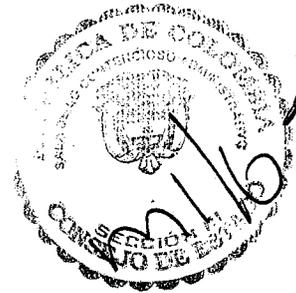
35 Dicha prueba resulta suficiente para que la Sala reconozca a favor de Ana Matilde Méndez Vargas, madre del privado de la libertad Marco Tulio Vargas Méndez la indemnización que por este concepto se reclama, y consistente en el pago de los honorarios del abogado Rodrigo de Jesús Urrego Gallego, que representó un desplazamiento de recursos económicos del patrimonio de Méndez Vargas, el cual se liquidará de la siguiente manera, actualizado a la fecha del mes de diciembre de 2014, como último mes en el que el DANE a certificado oficialmente el índice final para actualizar la suma pagada como honorarios y objeto de indemnización, con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Ra = \$6.000.000.00 \times \frac{118,15 \text{ [diciembre 2014]}}{60,96 \text{ [julio 2000]}}$$



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
Acción de reparación directa  
Expediente 31362



Ra = \$11.628.937.00

36 En conclusión, la Sala reconocerá por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor de Ana Matilde Méndez Vargas la suma de **ONCE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MCTE [\$11.628.937.00]**.

37 Luego de la liquidación anterior, la Sala aborda si procede reconocer y liquidar el lucro cesante solicitado.

**7.3.2. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.**

38 En la demanda se solicitó por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de treinta millones de pesos [\$30.000.000.00] a favor de Marco Tulio Vargas Méndez, consistentes en los salarios que dejó de percibir el tiempo que estuvo preso y que hacía derivar de sus labores en el campo y como comerciante, o en su defecto el salario mínimo que se reconocía en la época, marzo de 2000.

38.1 Para demostrar este rubro indemnizatorio la parte actora cuenta con los siguientes medios probatorios:

38.1.1 Testimonio rendido por Roberto Dueñas Castro el día 28 de octubre de 2004 ante el Tribunal Administrativo de Santander [fls.143 y 144 c1], según el cual:

"[...] él trabajaba en el campo en labranza, tenía [sic] animalitos, ganado, le ayudaba al papá y salía a trabajar al jornal, y consiguió una señora [...] a CRISTICO VARGAS MENDEZ, él es hermano de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, él es menor que MARCO TULIO, él es campesino trabaja en el campo en la labranza, café, yuca, maíz, jornalero, él vive en el Encino [...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos los ingresos mensuales de MARCO TULIA [sic] VARGAS MENDEZ hasta el 12 de marzo de 2000. CONTESTO: eso el hombre por allá [sic] ganaba por allá buena plata, eso creo que ganaba \$10.000 a \$20.000,00 pesos diarios, él me vendió el pedacito que tenía, yo le compre [sic] el trocito con la casa en material en \$9.000.000,00 de pesos, eso quedaba colindando conmigo, él le sembró café, él también tenía labranzas de maíz, frijol, yuca, en tierras ajenas y de eso también vivía, las labranzas eran más



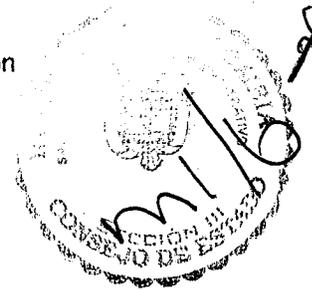
bien pequeñas [sic], lo dijo [sic] por el conocimiento que tengo de ese muchacho [...]”.

38.1.2 Testimonio rendido por Simeón Vargas Lozada el día 28 de octubre de 2004 ante el Tribunal Administrativo de Santander [fls. 145-147 c1], según el cual:

“[...] a MARCO TULIO VARGAS MENDEZ si lo conozco desde año [sic] como unos 25 años más o menos, lo conocí en el Encino, trabajando en agricultura, eramos [sic] vecinos de finca, yo tenía [sic] una finca en la vereda de Rionegro y MARCO TULIO VARGAS MENDEZ tenía [sic] una finca más bien pequeña [sic], de por ahí cuatro hectáreas [sic], él tenía casa y cultivos de café, plátano caña de azúcar [sic] [...] la de MARCO TULIO sino le sé bien el nombre, él trabajaba en agricultura y en lo ajeno al jornal donde le saliera [...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos que [sic] sabe usted sobre los ingresos mensuales de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, para la época del 12 de marzo de 2000. CONTESTO: El [sic] los ingresos más o menos mensual [sic] eran de \$300.000,00, se los ganaba de la ayuda del café que tenía [sic] cultivando en su finca, de sus labranzas, y de trabajar en lo ajeno como jornalero, tenía [sic] labranzas como yuca, maíz, donde le soltaran tierra [...] PREGUNTO: Sabe usted cuál era la situación económica de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ para la época en que fue sindicado de un presunto delito y puesto preso en la cárcel de Charalá. CONTESTO: Era aceptable, tenía [sic] como vivir, en su finquita y con el trabajo como jornalero, tenía [sic] como tres o cuatro recesitas [sic] por fuera, de so [sic] dependía [sic] para ayudar a su mamá, la hija de él y al hermano. PREGUNTADO: Sabe usted si MARCO TULIO VARGAS MENDEZ aún conserva las [sic] bienes que cito [sic] en su respuesta anterior. CONTESTO: No él ya no tiene la finca, se la vendió al señor ROBERTO DUEÑAS CASTRO cuando él estuvo preso, la mamá de él me pidió ayuda y concepto que como hacía y yo le dije que apelara a la venta de la finca para pagar al abogado y buscar su libertad” [fls. 145 a 147 c1].

38.1.3 Testimonio rendido por Luz Dayan Vargas Dueñas [fls. 147 y 148 c1], según el cual:

“[...] a MARCO TULIO VARGAS MENDEZ lo conozco desde hace como unos cinco años, porque él compro [sic] una finca cerca de la de nosotros en el Encino, cerquita [...] él trabaja con su hermano le ayudaba a la agricultura [...] PREGUNTADA: Sírvase decirnos qué clase de obligaciones y qué personas tenía a cargo MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, hasta el 12 de marzo de 2000. CONTESTO: El [sic] trabajaba en la finca para ver de su mamá, el hermano que es medio inválido [sic] y la bebe hija [sic] de él, él venía [sic] de ellos y por ellos respondía económicamente [sic] y moralmente. PREGUNTADA: sírvase [sic] decirnos en qué consistían y cuánto eran los ingresos mensuales de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, hasta el 12 de marzo de 2000. CONTESTO: Yo cálculo [sic] que él ganaba como unos \$300.000,00 pesos, pues él trabajaba en su finca en café, con caña de azúcar y cuando no trabaja en su finca era jornalero en otras fincas, tenía ganado en compañía [sic], no se [sic] la cantidad pero si comentaban las personas eso, él era muy trabajador en el campo a diario trabajaba, era juicioso dedicado al trabajo. Además tenía [sic] labranzas de yuca maíz en tierras que le daban para cultivar [...] PREGUNTO: Sabe usted qué perjuicio económico le causó [sic] la retención a MARCO TULIO VARGAS MENDEZ. CONTESTO: El [sic] tuvo que pagar un abogado, vendió la finca, no se cuánto [sic], vendió el ganado que tenía, salió [sic] de sus cosas para poder sostenerse en la cárcel y pagar el abogado, también para sostener a las personas que tenía [sic] a cargo [...]” [fls. 147 y 148 c1].



38.1.4 Testimonio rendido por Noel Camacho Sánchez [fls.149 y 150 c1], según el cual:

"[...] A MARCO TULIO VARGAS MENDEZ lo conozco desde cuando estuvimos en la escuela, trabajamos al jornal con él, yo le he ayudado en la finca de él, jornalier [sic] a coger café [sic], desyerbar caña, maíz, así oficios varios [...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos a qué actividad o actividades se dedicaba MARCO TULIO VARGAS MENDEZ hasta el 12 de marzo de 2000 en la región del Encino. CONTESTO: El [sic] trabajaba en su finquita, veía de la mamá de él [sic], del hermano y de su hija, trabajaba en café, caña de azúcar, maíz, salía al jornal en otras partes en ayuda de sostener a la familia, él tenía [sic] ganado en la finca pequeña de la mamá, eso tenía como unas ocho o diez reses, tenía bestias como unas tres, él vendía la cosecha de café y el maíz, la panela de la caña, de eso vivía [...] PREGUNTADO: Sírvase decirnos en qué cantidad y en que [sic] consistían los ingresos mensuales de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ hasta el día 12 de marzo de 2000, fecha en que fue privado de su libertad. CONTESTO: Pues el café es por cosecha, los cultivos todos son así, él por lo que cogía de su finca, del ganado, de su trabajo como jornalero en otros [sic] partes, como la plática [sic] de la panela, cálculo [sic] que ganaba mensualmente en promedio de \$400.000,00 o \$5000.000,00 [sic] pesos ahorrando de las cosechas como dije y de los animales, era muy trabajador, todos los días lo veía trabajando en una cosa u en otra, es un trabajador permanente, por eso creo que se ganaba ese dinero [...] PREGUNTO: Sabe usted si la retención de MARCO TULIO VARGAS MENDEZ, le [sic] causó al citado algún perjuicio económico. CONTESTO: El vendió la finca, le toco [sic] venderla, para pagar abogado para la defensa y para el sostenimiento de su familia, eso vendió hasta los animales, yo supe eso porque la mamá de él me comento [sic] eso a mi [sic], a él le toco [sic] irse de la zona cuando salió [sic] de la cárcel por temor por la vida de él, había amenazas por parte de la familia del finado, él vive por allá [sic] em [sic] Bogotá, eso por allá [sic] pagando arriendo, no tiene trabajo fijo, trabaja en lo que pueda, él vive con la hija de él [sic], la mamá [sic] de la niña vive en el Encino [...]" [fls.149 y 150 c1].

39 Con base en los anteriores medios probatorios, la Sala encuentra acreditados:

(1) el señor Marco Tulio Vargas Méndez para la época de la privación de la libertad, entre el 17 de marzo y el 7 de julio de 2000, realizaba una actividad productiva consistente en labores propias a la explotación de una finca en el Encino, cosecha de productos y demás propios a la actividad como agricultor; (2) si bien los testimonios de Simeón Vargas Lozada y de Luz Dayan Vargas Dueñas coinciden en la cuantía de la remuneración que percibía, los testimonios de Noel Camacho Sánchez y de Roberto Dueñas Castro difieren, lo que impide a la Sala dar credibilidad y verosimilitud suficiente a los dichos de los deponentes, de manera que para liquidarlo la Sala tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2000, el cual procederá a actualizarlo. Si actualizado la suma es inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de proferirse esta sentencia, esto es 2015, la Sala lo hará con base en este último;



(3) sólo hay lugar, con base en lo solicitado en la demanda, a reconocer y liquidar el lucro cesante consolidado o vencido, esto es, desde la fecha de los hechos, 7 de julio de 2000 y hasta la fecha de la presente sentencia, a favor únicamente de Marco Tulio Vargas Méndez; y, (4) a la suma que sirva de base de liquidación habrá que sumar un veinticinco por ciento [25%] por concepto de prestaciones sociales, y se descontará, a su vez, el veinticinco por ciento [25%] por concepto de gastos personales o de manutención que ordinariamente una persona destina en nuestro país.

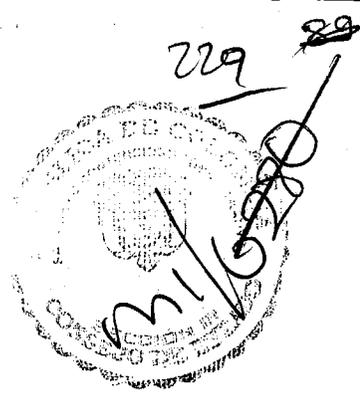
39.1 Se procede inicialmente a la actualización del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2000, que según el decreto 2647 de 23 de diciembre de 1999 ascendía a la suma de doscientos sesenta mil cien pesos [\$260.100.00], con base en la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$Ra = \$260.100.00 \times \frac{118,15 \text{ [diciembre 2014]}}{60,96 \text{ [julio 2000]}}$$

$$Ra = \$504.114,41$$

39.2 El salario mínimo legal mensual vigente actualizado es inferior al que oficialmente rigen en el año 2015 que asciende a la suma de seiscientos cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta pesos [\$644.350.00], por lo que con fundamento en el derecho a la reparación integral y en el principio de equidad, la Sala tendrá en cuenta para la liquidación del lucro cesante consolidado a favor de Marco Tulio Vargas Méndez este último. A dicho salario se le incrementa el 25% por concepto de prestaciones sociales, arrojando una suma de ochocientos cinco mil cuatrocientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos [\$805.437,50], a lo que se deduce el 25% por concepto de manutención personal y sostenimiento de su hija Andrea Paola Vargas Vargas, arrojando una suma de seiscientos cuatro mil setenta y ocho pesos con doce centavos [\$604.078,12]. El período a liquidar se comprende desde el 17 de marzo de 2000 [fecha en se profirió la resolución que



ordenó la medida de aseguramiento] y hasta el 7 de julio de 2000 [fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de preclusión de la investigación penal], que corresponde a 3,66 meses, al que debe adicionarse el período de 8.75 meses que, según la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano [a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–] de 2003, determina el tiempo que una persona en edad productiva requiere para lograr un nuevo empleo, actividad o trabajo<sup>142</sup>.

39.3 Para liquidar el lucro cesante consolidado se tiene en cuenta la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times (1 + i)^n - 1$$

<sup>142</sup> Sobre lo cual solicito tener en cuenta que los valores allí incluidos no reportan datos oficiales y, aunque así fuera, corresponden al año 2003 y anteriores, de manera que para la presente fecha los estudios allí contenidos resultan desactualizados y desacordes con la realidad social actualmente imperante. A modo de ejemplo presentó algunas cifras reportadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, recogido por el Ministerio de la Protección Social, el cual arroja cifras absolutamente diferentes a la acogida por la Sala, pero mucho más actualizadas:

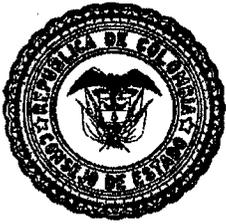
**Duración promedio en el desempleo y tiempo promedio de búsqueda de las personas desempleadas en 2013**

Desagregación		Duración del desempleo		Tiempo de Búsqueda	
		Meses	Semanas	Meses	Semanas
Sexo	Hombre	6.0	26	4.0	17
	Mujer	11.5	50	4.8	21
Edad	0 a 17	4.5	19	1.9	8
	18 a 28	6.8	30	3.7	16
	29 a 60	10.7	46	5.3	23
	61 a 100	15.5	67	7.1	31
Jóvenes entre 18-28 años	Hombre	4.9	21	3.6	16
	Mujer	8.3	36	4.2	18
<b>TOTAL NACIONAL</b>		<b>9.0</b>	<b>39</b>	<b>4.4</b>	<b>19</b>

Fuente: DANE-GEIH. Cálculos SAMPL-DGPESF\_Mintrabajo.

Adicionalmente, debe preverse que para determinar el tiempo que una persona se demora en conseguir un nuevo empleo se valoran diferentes variables, entre ellas la edad, el sexo, la situación económica actual del país, la profesión u oficio, entre otros, razones por las cuales considero que la Sala no debe reconocer indemnizaciones con fundamento en un documento que corresponde a otra época social y cuyos soportes son desconocidos para el proceso, o que en el evento de ser necesario, se acuda a las estadísticas oficiales reportadas por el Departamento Nacional de Estadística.

Asimismo, debe preverse la variación en la tasa de empleo y desempleo que ha reportado el país, para verificar que los datos de desempleo correspondientes al año 2003, resulta absolutamente desactualizados. Aclaración de voto a la sentencia de la Sub-sección C de 14 de septiembre de 2014, Pon. Dra Olga Mérida Valle de De La Hoz. Radicación: 050012331000200002145 01 (30398). Actor: Jesús Antonio Zuleta Arango y otros, Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación. Pags. 8 -11



$$S = \frac{\$604.078,12 \times (1 + 0,004867)^{12,41} - 1}{0,004867}$$

$$S = \underline{\$7.708.318,05}$$

39.4 De acuerdo con lo anterior, la Sala reconoce y liquida a favor de Marco Tulio Vargas Méndez por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante consolidado la suma de **SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS DIECIOCHO CON CINCO CENTAVOS [\$7.708.318,05]**.

#### 8. Costas.

40 Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

#### FALLA

**REVOCAR** la sentencia de 31 de enero de 2005 proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales de Santander, Norte de Santander y Cesar, y en su lugar:

**PRIMERO. DECLARAR** la responsabilidad administrativa y patrimonial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto **MARCO TULIO VARGAS MÉNDEZ** entre el 17 de marzo de 2000 y el 7 de julio de 2000, con fundamento en los argumentos de la parte motiva.



Marco Tulio Vargas Méndez y otros vs. Fiscalía General de la Nación  
 Acción de reparación directa  
 Expediente 31362

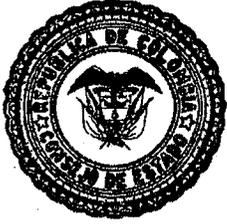


**SEGUNDO. CONDENAR** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a indemnizar por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicios morales de la siguiente manera:

NOMBRE	SMLMV A RECONOCER	EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS
Marco Tulio Vargas Méndez [privado de la libertad]	35	\$22.552.250.00
Ana Matilde Vargas Méndez [madre]	35	\$22.552.250.00
Andrea Paola Vargas [hija]	35	\$22.552.250.00
Cristico Vargas Méndez [hermano]	17.5	\$11.276.125.00

**TERCERO. CONDENAR** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a reparar la vulneración de los bienes convencional y constitucionalmente protegidos de Marco Tulio Vargas Méndez y de su familia, teniendo en cuenta y realizando las siguientes acciones: (1) la presente sentencia hace parte de la reparación integral, de modo que las partes en el proceso así deben entenderla; (2) como la presente sentencia hace parte de la reparación integral, es obligación de la entidad demandada Fiscalía General de la Nación, la difusión y publicación de la misma por todos los medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web, tanto de su parte motiva, como de su resolutive, por un período ininterrumpido de un (1) año, contado a partir de la ejecutoria de la presente sentencia; (3) la realización, en cabeza del Director de la Unidad de Fiscalías del Departamento de Santander de un acto público de reconocimiento de responsabilidad y petición de disculpas a Marco Tulio Vargas Méndez y su familia, a realizarse en la ciudad de Bucaramanga dentro de los tres [3] meses siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, en donde exalte su dignidad humana como miembro de la sociedad, con la presencia de toda la comunidad y de los miembros de la entidad demandada, debiéndose dar difusión por medios televisivos y radiales al acto público.

**CUARTO. CONDENAR** a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** a indemnizar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente a favor de **ANA MATILDE MÉNDEZ VARGAS** la suma de **ONCE MILLONES**



**SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS MCTE [\$11.628.937.00].**

**QUINTO. CONDENAR a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a indemnizar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado a favor de MARCO TULIO VARGAS MÉNDEZ la suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS DIECIOCHO CON CINCO CENTAVOS [\$7.708.318,05].**

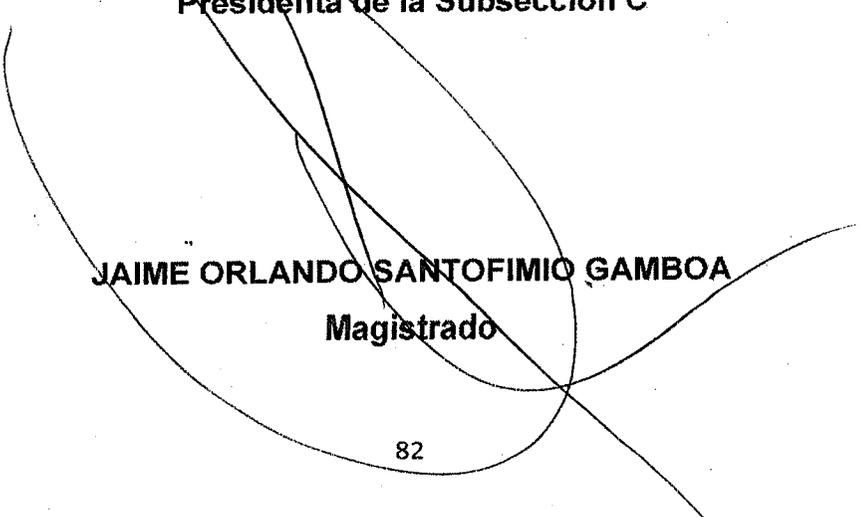
**SEXTO.** Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

**SÉPTIMO. ABSTENERSE** de condenar en costas a las partes en el proceso.

**OCTAVO.** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

  
**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**  
Presidenta de la Subsección C

  
**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado