CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 05001-23-31-000-2008-01491-01(51820)

Actor: EDWIN DUBÁN ROJO SARRAZOLA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – por detención preventiva y posterior pena de arresto, decididas por la Justicia Penal Militar / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – Legitimación de la Nación - Diferente a representación de la Nación cuando dos o más de sus entidades comparecen al proceso / REPRESENTACIÓN DE LA NACIÓN – Debida representación por el Ministro de Defensa, notificado por conducto de la autoridad de Policía competente / CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA –Exime de responsabilidad al Estado – Actor incurrió en la conducta investigada – Atipicidad de la conducta se declaró por una circunstancia provocada por la víctima – Culpa de los familiares del procesado.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Defensa –Policía Nacional- contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado y se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 28 de enero de 2004, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue incorporado a la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, en Medellín, a fin de que allí prestara el servicio militar obligatorio como auxiliar bachiller de Policía. Habiendo sido

asignado a la Estación Belén, también en Medellín, el joven Rojo Sarrazola no compareció a esa unidad entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2004, razón por la cual la Justicia Penal Militar adelantó un proceso en su contra, sindicándolo del delito de deserción, por el cual se le impuso medida de aseguramiento y, posteriormente, pena de arresto, en sentencia condenatoria proferida el 9 de agosto de 2005.

Llegada la causa a segunda instancia, el Tribunal Superior Militar profirió sentencia absolutoria el 1 de junio de 2006, por evidenciar que el tipo penal de deserción no se había configurado, dado que en el momento de su reclutamiento, el señor Rojo Sarrazola presentaba antecedentes médicos que lo hacían no apto para el servicio, de modo que nunca debió darse su incorporación. El Tribunal Superior Militar fundó su razonamiento en una historia clínica elaborada en 2002, que daba cuenta de que el actor presentaba episodios frecuentes de pérdida del conocimiento; documento que no fue aducido durante el proceso de reclutamiento sino que solo fue presentado y aducido en favor del sindicado cuando ya había iniciado la actuación penal.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. En escrito presentado el 5 de agosto de 2008 (folios 1 al 15, cuaderno 1), por intermedio de apoderado judicial (fls. 16 y 17, c. 1), los señores Jesús Emilio Rojo Betancur, Ana Concepción Sarrazola Santa, Alba Liena, Sandra Astrid, Érica Yessenia Rojo Sarrazola, Danny Harrison y Edwin Dubán Rojo Sarrazola –quien obra también en representación de su hijo menor Emanuel Duván[1] Rojo Pérez-; interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional y el *"Consejo Superior de la Judicatura"*-, a efectos de que se acogieran las siguientes pretensiones (fls. 9 y 10):

> *Primero: Que se declare que la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, son*

[1] Se refieren los nombres de Edwin Dubán Rojo Sarrazola y Emanuel Duván Rojo Pérez, tal y como figuran en los respectivos registros civiles de nacimiento (fls. 18 y 19, c.1).

administrativa y extracontractualmente responsables de los perjuicios ocasionados a EDWIN DUBÁN ROJO SARRAZOLA y a sus parientes cercanos, en la pretensión segunda relacionados, con motivo de la captura y detención preventiva injusta de que fue víctima el joven EDWIN DUBÁN ROJO SARRAZOLA a partir del día 09 de marzo de 2005, hasta el día 04 de septiembre de 2005, ordenada según averiguación preliminar número 057, adelantada por el Auditor General de Guerra 143 de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá (…) confirmada mediante sentencia condenatoria emitida por el Juez de Primera Instancia, que posteriormente fuera REVOCADA por el Tribunal Superior Militar, decretando la ABSOLUCIÓN de Edwin Rojo.

Segundo: Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA a pagar a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios materiales y daños morales el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de salarios mínimos mensuales (…):

- *A EDWIN DUBÁN ROJO SARRAZOLA, cuatrocientos noventa (490) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A EMANUEL DUBÁN ROJO PÉREZ, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A JESÚS EMILIO ROJO BETANCUR, cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A ANA CONCEPCIÓN SARRAZOLA SANTA, cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A ALBA LIENA ROJO SARRAZOLA, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A SANDRA ASTRID ROJO SARRAZOLA, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.*

- *A ÉRICA YESSENIA ROJO SARRAZOLA, trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, la parte actora manifestó que el 27 de enero de 2004, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola ingresó a la Escuela de Policía Carlos Holguín –de Medellín-, luego de haber sido declarado *"apto para el servicio"* por los superiores de la institución.

Afirmó que el 13 de febrero de 2004, durante un entrenamiento, el joven sufrió una caída que lo dejó en estado de inconciencia, a tal punto que se hizo necesario su traslado al puesto de enfermería, pese a lo cual, después de que recobrara el sentido, los médicos lo increparon y le insinuaron que estaba fingiendo para lograr el reporte de una incapacidad.

Señaló que durante el mes de febrero de 2004, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola comenzó a presentar extraños cambios de comportamiento, tales como la adopción de conductas impulsivas, constantes episodios de ira y manifestaciones de rebeldía, patrones estos que también reprodujo en su vida familiar. Agregó que los superiores de la Escuela de Policía le advirtieron al padre de joven sobre la gravedad de tales conductas y la eventual necesidad de separarlo de la institución, de continuar por ese camino.

Expresó que, no obstante lo anterior, el señor Rojo Sarrazola nunca recibió atención médica en la Policía Nacional, mientras que sí fue vinculado al servicio el 3 de abril de 2004, cuando fue asignado a la Estación de Policía Belén.

Se señaló en el libelo (fl. 3, c.1):

> *El día sábado 09 de abril de 2004 en horas de la mañana, al observar algo extraño en el comportamiento de su hijo, el señor Jesús Rojo le dijo: llámese a sus comandantes y dígales que está muy enfermo y que no puede ir, el mismo papá también llamó a dichos comandantes y les informó de la situación (…).*

Según la parte actora, el 5 de julio de 2004, una infección que sufrió en el pie derecho obligó al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola a acudir al servicio de urgencias, donde se confirmó la presencia de bacterias y se diagnosticó, amén de los exámenes de rutina, la enfermedad de varicocele y algunas afecciones mentales.

Adujo que en la mañana del 18 de julio de 2004, el señor Rojo Sarrazola sufrió un desmayo que le impidió presentarse en el lugar del servicio, de tal suerte que el 19 de julio siguiente solicitó que se le autorizara para acudir a urgencias. Sin recibir respuesta favorable, fue compelido por el comandante a que

"desapareciera" de la estación, puesto que ya se había elaborado un informe sobre su supuesta deserción.

Indicó que, luego de permanecer en cama por varios días debido a su enfermedad, el señor Rojo Sarrazola retornó a su labor policial el 22 de julio de 2004, con la excusa médica respectiva. Sin embargo, a partir de esa fecha desapareció por varios días, hasta el 11 de agosto de 2004, cuando fue encontrado en estado de notoria desorientación, con manifestaciones de agresividad y pérdida parcial de memoria.

De conformidad con lo señalado en la demanda, el personal médico de la Clínica de la Policía Nacional estableció la necesidad de un tratamiento de salud mental para el señor Edwin Rojo Sarrazola. Con todo, el 23 de agosto de 2004, el hoy demandante fue notificado de la apertura de indagación preliminar por el punible de deserción.

Señaló que, entre tanto, el 27 de enero de 2005, el señor Rojo Sarrazola fue retirado del servicio, con base en el certificado médico de licenciamiento en el que se hizo constar que el actor sufría de epilepsia y varicocele.

Manifestó que el 9 de marzo de 2005, el señor Edwin Rojo Sarrazola fue convocado a una auditoría militar. Sin embargo, al llegar, fue capturado y trasladado a un centro carcelario, sindicado del delito de deserción. Asimismo, relató que el 10 de mayo de 2005 el actor fue notificado de la resolución de acusación proferida en su contra por el mencionado punible, mientras que el 9 de agosto de ese año fue condenado penalmente mediante sentencia dictada por un Juez Penal Militar de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, en sede de primera instancia.

Refirió que el 4 de septiembre de 2005, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue puesto en libertad por cumplimiento de la condena, aunque la actuación penal culminó posteriormente, el 1 de junio de 2006, con la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior Militar, autoridad que revocó la decisión inicial y absolvió al hoy demandante del delito que se le había imputado.

Afirmó que los anteriores hechos no solo afectaron moralmente al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, sino también a sus padres y hermanos, con quienes residía en el momento de su aprehensión.

2. Trámite de primera instancia

2.1. El auto admisorio de la demanda fue proferido el 15 de agosto de 2008 por el Juzgado Octavo Administrativo de Medellín (fls. 130 y 131, c.1), autoridad que, en proveído del 8 de octubre de 2008, remitió la actuación al Tribunal Administrativo de Antioquia, por razón de la competencia, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2008 (fls. 133 al 134).

2.2. El 27 de noviembre de 2008, el Tribunal Administrativo de Antioquia avocó el conocimiento del proceso en el estado en que se encontraba y dispuso continuar con el trámite pertinente (fl. 137, c.1). Asimismo, mediante auto del 25 de septiembre de 2009, la indicada autoridad adicionó el auto admisorio de la demanda vinculando como parte pasiva a la Rama Judicial (fl. 138).

2.3. La notificación de la demanda a la Nación – Ministerio de Defensa, Policía Nacional- se efectuó por conducto del comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, en diligencia del 23 de febrero de 2010 (fl. 140. C.1).

Al contestar la demanda, la entidad propuso la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva".* Manifestó que la notificación personal de la demanda se debió practicar directamente ante el Ministro de Defensa, toda vez que la Justicia Penal Militar dependía directamente de este y no tenía conexión alguna con la Policía Nacional (fls. 149 al 153, c.1).

2.4. La Rama Judicial, por su parte, señaló que las pretensiones de la demanda no le eran exigibles, puesto que los actos y decisiones de la Justicia Penal Militar no se encontraban dentro del ámbito de su competencia, de conformidad con la

Ley 522 de 1999. Con respaldo en este argumento, propuso la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* (fls. 142 al 146, c.1).

2.5. El 1 de marzo de 2011 se dio apertura a la etapa de pruebas (fl. 163, c.1) y, mediante auto proferido el 16 de septiembre del mismo año, se corrió traslado de la actuación a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 170).

2.6. En esa oportunidad procesal, la parte actora adujo que estaban probados los hechos de la demanda y destacó que el Tribunal Militar hubiera concluido que la privación de la libertad del señor Rojo Sarrazola y su vinculación penal se llevaran a cabo sin el cumplimiento de todos los presupuestos legales. Al respecto, consideró que ese hecho resultaba determinante para establecer la responsabilidad patrimonial de *"la Nación – Justicia Penal Militar"*, mientras que no existía fundamento jurídico alguno para establecer que el hoy demandante hubiera estado obligado a soportar el daño que se le infligió (fls. 180 al 189, c.1).

2.7. A su turno, la Policía Nacional insistió en que carecía de legitimación en la causa por pasiva, puesto que en la estructura orgánica del Ministerio de Defensa, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar se erigía como un estamento distinto de la Policía Nacional y gozaba de autonomía administrativa y financiera (fls. 171 al 173, c.1).

2.8. Por su parte, la Rama Judicial reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda (fls. 176 al 180, c.1).

2.9. El Ministerio Público guardó silencio.

3. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 18 de septiembre de 2013 (folios 191 al 221, cuaderno de segunda instancia), oportunidad en la que decidió:

PRIMERO.- DECLÁRASE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA' a favor de la NACIÓN – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, tal y como fue sustentado en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO.- En consecuencia, ABSUÉLVASE de responsabilidad endilgada a la NACIÓN – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

TERCERO.- DECLÁRASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL-, administrativamente responsable por el daño antijurídico provocado a los demandantes con la privación injusta de la libertad, padecida por EDWIN DUBÁN ROJO SARRAZOLA, en los términos y proporción examinados en el cuerpo de esta providencia.

CUARTO.- CONDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL-, a pagar (…) los valores por concepto de los perjuicios causados a los demandantes, que se disciernen así:

Por concepto de perjuicios inmateriales.

- Morales

Para EDWIN DUBÁN ROJO SARRAZOLA, el equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para el momento de ejecutoria de la sentencia, que para la fecha equivalen a la suma de VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS ($29'475.000,00).

Para JESÚS EMILIO ROJO BETANCUR y ANA CONCEPCIÓN SARRAZOLA SANTA, el equivalente a (50) (sic) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para el momento de ejecutoria de la sentencia, que para la fecha equivalen a la suma de VEINTINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS ($29'475.000,00), para cada uno.

Para DANNY HARRISON ROJO SARRAZOLA, ALBA LIENA ROJO SARRAZOLA, SANDRA ASTRID ROJO SARRAZOLA y ÉRICA YESSENIA ROJO SARRAZOLA, el estimado de VEINTICINCO (25) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en el momento de ejecutoria de esta decisión, que en esta fecha representan la suma de CATORCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS ($14'737.500,00), para cada uno.

QUINTO: DENIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda…

Frente a la vocación procesal de las entidades demandadas, el Tribunal consideró que al ser la Nación una única persona jurídica, representada en el presente caso por la Rama Judicial y el Ministerio de Defensa, resultaba claro que no había

acudido al proceso un sujeto diferente a aquel en quien se había hecho recaer la imputación, de suerte que las dos autoridades públicas integrantes de la parte pasiva estaban legitimadas para comparecer a la actuación, al margen de que se llegara a establecer, eventualmente, que no tendrían responsabilidad alguna por los hechos aducidos en la demanda.

Sin embargo, al examinar el fondo de la controversia y establecer, en virtud de ese análisis, que la Rama Judicial no era responsable por la privación de la libertad del demandante –por no haber contribuido causalmente a la producción del daño-, resolvió lo pertinente a esa entidad con la declaratoria de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*.

Con respecto al hecho dañoso por el cual fue demandado el Estado, el Tribunal estableció que la responsabilidad alegada por la parte actora debía analizarse bajo los presupuestos del régimen objetivo de imputación, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Al amparo de tal línea de análisis, estableció que la privación de la libertad del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola había sido injusta y atribuible a la *"Nación -Ministerio de Defensa – Policía Nacional"*, en la medida en que el proceso penal adelantado contra el mencionado actor finalizó con sentencia absolutoria, en la cual se concluyó que el tipo penal perseguido no se había configurado, lo cual evidenciaba que la conducta endilgada al señor Rojo Sarrazola era atípica.

En relación con los perjuicios, el juez de primer grado halló mérito para reconocer indemnización por el daño moral a favor de todos los demandantes, a excepción de Emanuel Duván Rojo Pérez, por evidenciar que el registro civil de nacimiento que lo debía acreditar como hijo de la víctima directa, obraba en copia simple.

4. El recurso de apelación

La Policía Nacional recurrió el fallo de primera instancia (fls. 223 al 227) e insistió en que se configuraba la falta de legitimación en la causa por pasiva, respecto de esa entidad, puesto que si bien, la Nación podía tenerse como una persona jurídica unitaria, debía observarse la responsabilidad de sus órganos en concordancia con el principio de *"separación de poderes y funciones"*, previsto en la Constitución Política. Con respaldo en este planteamiento, señaló que la

Justicia Penal Militar pertenecía orgánicamente al Ministerio de Defensa, de suerte que al haberse notificado la demanda a la Policía Nacional, la Nación había quedado indebidamente representada en el presente caso.

Agregó (fl. 225):

> *Condenas como la presente, afectan de manera 'injusta' el presupuesto de la Policía Nacional, pues se desconoce que el Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar tiene su propio presupuesto, autonomía financiera y administrativa y personería jurídica propia, y aunque funcionalmente ambas entidades se encuentren ADSCRITAS al Ministerio de Defensa, ambas gozan de propia personería, presupuesto y competencias (…) y por ello no es en este preciso asunto viable condenar a la Policía Nacional.*

Por último, reiteró que la Nación se encontraba indebidamente representada en el presente caso y solicitó que se revocara íntegramente el fallo de primera instancia.

5. Trámite en segunda instancia

5.1. El recurso de apelación fue concedido mediante auto del 25 de junio de 2014 y admitido por esta Corporación el 28 de agosto siguiente (fls. 236 y 240, c. de segunda instancia). Asimismo, en providencia del 3 de octubre de 2014 se corrió traslado del proceso a las partes para que alegaran de conclusión (fl. 243).

5.2. La Policía Nacional insistió en que la Nación no había sido debidamente representada en el presente caso, puesto que el daño antijurídico no le era imputable a la institución policial sino a la Justicia Penal Militar, de suerte que al juicio debió comparecer directamente el Ministerio de Defensa y no la Policía Nacional.

Por otro lado, señaló que las actuaciones del Juez de Instrucción Penal Militar se habían ajustado al ordenamiento normativo aplicable.

En lo restante, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación (fls. 244 al 248).

5.3. Las demás partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

La Sala estima necesario precisar que al presente asunto le resultan aplicables las reglas del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984, toda vez que la demanda se interpuso el 1 de julio de 2009, vale decir, en vigencia de dicha norma y antes de que entrara en vigor la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que prescribe en el artículo 308 la regla de transición para procesos iniciados en vigencia del anterior estatuto.

1. Prelación de fallo

De acuerdo con el Acta N° 10 del 25 de abril de 2013, suscrita por la Sala Plena de la Sección Tercera, los eventos de privación injusta de la libertad podrán fallarse por las subsecciones sin sujeción al turno, pero respetando siempre el año en que la actuación haya ingresado al Consejo de Estado.

Por tanto, de conformidad con el Acta N° 10 del 25 de abril de 2013, la Subsección se encuentra habilitada para resolver con prelación este asunto.

2. Presupuestos procesales

2.1. La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, puesto que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996[2], la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, por privación injusta de la libertad o por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda, independientemente de la cuantía del proceso .

2.2. En lo referente a la legitimación en la causa por activa, es de advertir que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola se encuentra legitimado para actuar como

[2] De acuerdo con la interpretación normativa y las precisiones que sobre el particular realizó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a través de auto del 9 de septiembre de 2008. Exp. 11001032600020080000900, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

demandante en este proceso toda vez que, de las pruebas obrantes en el plenario, se desprende que permaneció privado de la libertad en el Centro Carcelario Aures, de la Policía Nacional -ubicado en Medellín-, a órdenes de la Fiscalía 143 Penal Militar, durante la investigación, y de un *"Juez de Instancia Penal Militar"* en la etapa de juicio (fls. 239, c.2, 844 y 845, c.3).

En cuanto a los demandantes Jesús Emilio Rojo Betancur y Ana Concepción Sarrazola Santa, hay lugar a concluir que también ostentan legitimación en la causa por activa, puesto que acreditaron en legal forma su condición de padres de la víctima directa (fl. 18, c.1). Lo propio acontece con los demandantes Danny Harrison, Alba Liena, Sandra Astrid y Érica Yessenia Rojo Sarrazola, quienes aportaron los registros civiles de nacimiento que demuestran la calidad que ostentan como hermanos del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola (fls. 22 al 25).

En lo que atañe al demandante Emanuel Duván Rojo Pérez, se tiene que acudió al proceso aduciendo la condición de hijo de la víctima Edwin Dubán Rojo Sarrazola, en sustento de lo cual aportó copia simple del respectivo registro civil de nacimiento (fl. 19, c.1).

Aunque en la sentencia de primera instancia se desestimó el valor probatorio del mencionado documento al considerarse que no reunía los requisitos establecidos en el estatuto procesal civil, lo cierto es que a la luz de la sentencia de unificación jurisprudencial proferida por la Sección Tercera de esta Corporación[3], los elementos documentales que obren en copia simple en el expediente sin ser tachados, desvirtuados ni refutados por las partes a lo largo de la actuación, son estimables probatoriamente, como más adelante se señalará.

Por lo anterior, toda vez que en el plenario obra un medio de convicción que, bajo las previsiones señaladas, demuestra válidamente la calidad invocada por el actor Emanuel Duván Rojo Pérez –esto es, la de hijo de la víctima Edwin Dubán Rojo Sarrazola-, hay lugar a concluir que el indicado actor está legitimado en la causa por activa.

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022 CP: Enrique Gil Botero.

Ahora bien, respecto de la legitimación en la causa por pasiva y, como se señaló en los antecedentes de esta providencia, la demanda fue instaurada contra la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional- en razón de la detención y subsiguiente pena de arresto que le fue impuesta al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, a instancia de la Justicia Penal Militar. Asimismo, se reitera que la mencionada entidad propuso la excepción de *"falta de legitimación en la causa por pasiva",* por considerar que la Nación debió estar representada, precisamente, por la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar, órgano que no tiene ninguna relación con la Policía Nacional dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Defensa y que goza de autonomía administrativa y patrimonial.

Frente a lo anterior, resulta pertinente indicar que el Decreto 1512 de 2000 señala, en efecto, que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar hace parte de la estructura del Ministerio de Defensa y, además, ostenta autonomía administrativa y financiera, entre otros atributos. Sin embargo, ni la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar ni la Policía Nacional representan judicialmente a la Nación, puesto que a la luz del artículo 149 del C.C.A., tal representación solo la ejercen las autoridades que allí se enuncian expresamente, entre las cuales figura el Ministro, pero no las dependencias de su respectiva cartera.

Por tanto, en el presente caso, al haberse notificado la demanda al Ministro de Defensa por conducto del comandante de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, se dio cumplimiento a la notificación personal establecida en el artículo 150 del C.C.A.[4] y, de esta manera, quedó vinculada en legal forma la Nación, entidad que es el centro de imputación jurídica, de acuerdo con los hechos señalados en la demanda. Asimismo, merced a dicho acto procesal de notificación y a la contestación presentada por la Policía Nacional, la Nación, como persona jurídica demandada, ejerció su derecho de defensa y contradicción, lo cual es indicativo de que estuvo debidamente representada y

[4] En cuanto señala: *"Cuando en un proceso ante cualquier jurisdicción intervengan Entidades Públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones (...).*
"En los asuntos del orden nacional que se tramiten en lugar diferente al de la sede de la entidad demandada, la notificación a los representantes legales debe hacerse por conducto del correspondiente funcionario de mayor categoría de la entidad demandada que desempeñe funciones a nivel seccional (...)".

no carece de legitimación en la causa[5]. En ese sentido, es viable definir la controversia planteada y disponer que la eventual condena sea asumida por la Nación – Ministerio de Defensa, a través de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, con cargo al presupuesto de esta.

Vale la pena destacar el criterio unificado que a este respecto ha fijado la Sección Tercera[6], en el sentido de que, en eventos como el que aquí se analiza, el problema planteado no gira en torno a la falta de legitimación en la causa por pasiva sino a la representación de la Nación, como persona jurídica llamada a responder y como centro de imputación procesal[7]. Sobre este particular se ha pronunciado igualmente esta Subsección, al precisar:

> *… la Sala estima necesario precisar que, si bien la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar está facultada para ejercer la representación de la Nación de manera independiente y autónoma, en los casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia en la Rama Ejecutiva, lo cierto es que, la personería jurídica la tiene es la Nación, como tal, representada en este caso desde su admisión por la Policía Nacional y, en consecuencia dicha entidad se encuentra legitimada en la causa por pasiva[8]"*[9].

Ahora bien, con respecto a la Rama Judicial, se advierte que fue también demandada por la parte actora y compareció al proceso por conducto del Director Ejecutivo de Administración Judicial (fl.147, c.1), funcionario que también está llamado por la ley a representar judicialmente a la Nación, al tenor del referido artículo 149, inciso tercero del C.C.A. Por tanto, se concluye también frente a este

---

[5] En un caso similar, en el que se alegaba la falta de representación de la Nación, la Sección Tercera afirmó que *"En síntesis, considera la Sala que no hay lugar a declarar la nulidad de lo actuado en el proceso porque la dirección ejecutiva del Consejo Superior de la Judicatura sí podía representar los intereses de la Nación- Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación"*. Auto de 20 de mayo de 2004, exp. 23.959. M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

[6] Auto de Sala Plena de la Sección Tercera del 25 de septiembre de 2013, M.P.: Enrique Gil Botero, Expediente: 20420A.

[7] En este mismo sentido se pronunció esta Subsección en sentencia de 14 de septiembre de 2016, exp. 38140, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

[8] Original de la cita: *Decreto 1512 de agosto del 2000. Artículo 26. "Funciones de la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar. A la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional, con autonomía administrativa y financiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54, literal j) de la Ley 489 de 1998, corresponde, de acuerdo con las directrices impartidas por el Ministro de Defensa Nacional y el Consejo Asesor de la Justicia Penal Militar y las disposiciones del Código Penal Militar y demás normas relativas a la materia, la administración y dirección ejecutiva de la Justicia Penal Militar".*

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, exp. 44.883, C.P. Hernán Andrade Rincón.

órgano su vocación procesal para defender los intereses de la persona jurídica demandada, al margen de que en este juicio se establezca o no su responsabilidad por el daño alegado. En ese sentido, el indicado órgano habrá de asumir el pago de las condenas que eventualmente le sean impuestas a la entidad demandada, de conformidad con lo ya señalado.

2.3. En lo atinente al ejercicio oportuno de la acción, el artículo 136-8 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece que la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho lesivo.

Frente a las acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quedó en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad[10].

En el expediente reposa la sentencia dictada el 1 de junio de 2006, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar[11] absolvió al actor Edwin Dubán Rojo Sarrazola del delito que se le había endilgado (fls. 116 al 126, c.1). Tal providencia cobró ejecutoria el 4 de agosto de 2006, según lo certificó la mencionada autoridad (fl. 127), de suerte que el término de caducidad comenzó a correr el 5 de agosto de ese año y estaba llamado a expirar el 5 de agosto de 2008, fecha esta en que fue instaurada la demanda (fl 15, c.1), razón por la cual se concluye que fue presentada oportunamente.

3. Valoración de los medios de prueba aportados al proceso

A efectos de acreditar la responsabilidad del Estado en el asunto que aquí se controvierte, la parte actora aportó a este proceso, en copia simple, el reporte del

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de febrero de 2002. Exp. 13.622 M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia de la Sección Tercera Sub Sección A, 11 de agosto de 2011, exp. 21.801. M.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub Sección A, Auto de 19 de julio de 2010 exp. 37410 M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
[11] Con sede en Bogotá, D.C.

examen médico de ingreso del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola a la Policía Nacional, cuatro informes de novedad relativos a la conducta del hoy demandante -rendidos entre el 3 de abril y el 13 de agosto de 2004- y una orden de servicio que le fue impartida a este el 16 de agosto de 2004 (fls. 27 al 38, c.1).

De igual manera, la parte demandante allegó copia auténtica de varias actuaciones surtidas en la causa penal militar adelantada contra el señor Rojo Sarrazola, entre estas, la sentencia de fecha 1 de junio de 2006, en la cual el Tribunal Superior Militar de las Fuerzas Militares de Colombia absolvió al demandante del delito por el cual fue procesado, junto con la constancia de su ejecutoria (fls. 116 al 127, c.1).

Ahora bien, por solicitud de la parte actora, a la cual adhirió expresamente la Policía Nacional (fl. 152), la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar remitió a esta actuación, en copia auténtica, las piezas procesales correspondientes a la causa penal adelantada contra el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola y, sobre la cual se fundan los hechos de la demanda (cuadernos 2 al 4).

Tales probanzas serán valoradas y analizadas por la Sala puesto que satisfacen los requisitos de ley y no fueron refutadas por las partes.

Vale la pena señalar, en este punto, que las copias simples que han militado en este proceso sin ser tachadas por los sujetos procesales son susceptibles de valoración probatoria, a la luz de lo que al respecto señaló la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de unificación jurisprudencial de 28 de agosto de 2013[12], en la cual se determinó, precisamente, que serían valorados los documentos aportados por las partes en copia simple que obraran a lo largo de la actuación sin ser tachados de falsos ni controvertidos por las partes.

En la misma providencia se estableció que ese criterio unificado era aplicable para todos los procesos contencioso administrativos, salvo en los eventos en que existiera una disposición en contrario que hiciera exigible el requisito de la copia auténtica.

Por consiguiente, en el presente caso, los documentos aportados en copia simple serán tenidos como prueba, se reitera, por no haber sido impugnado su valor probatorio por ninguna de las partes.

Por otro lado, la Sala estima pertinente resaltar que, en conjunto con las demás piezas del proceso penal trasladado, se valorará la indagatoria que rindió el demandante Edwin Dubán Rojo Sarrazola, de conformidad con lo que al respecto ha sostenido el Consejo de Estado en cuanto a que, en el juicio de responsabilidad patrimonial, es posible dar estimación probatoria a la indagatoria rendida por la víctima, cuando se dé alguno de los siguientes eventos:

> *(...) i) cuando la indagatoria se equipara al testimonio al surtirse el trámite de la ratificación mediante juramento en el trámite contencioso administrativo[13]; ii) cuando los indagados consientan hacer afirmaciones bajo la gravedad del juramento y se satisfagan los principios de contradicción, necesidad, pertinencia y conducencia[14]. Además, la Sala ha dicho que es posible valorar la indagatoria y otorgarle mérito probatorio siempre y cuando[15]: i) se advierta que son indispensables para realizar un análisis integral del caso; ii) no se constituya en la única prueba que defina la responsabilidad administrativa y extracontractual del Estado; iii) coincidan con lo acreditado a través de otros medios de convicción; iv) hayan sido tenidas en cuenta como medios de prueba en procesos foráneos en los cuales fueron recaudadas y no hayan sido desestimadas por presiones indebidas o vulneraciones a derechos fundamentales, con el agregado que si la declaración es de quien es parte en el trámite contencioso administrativo, solo se acordará credibilidad probatoria en lo desfavorable, puesto que podría eventualmente verse beneficiada por*

---

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25.022 CP: Enrique Gil Botero.

[13] Original de la cita: *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, rad. 22597, M.P. Danilo Rojas Betancourth*.

[14] Original de la cita: *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de mayo de 2014, rad. 24078, M.P. Ramiro Pazos Guerrero: (...) En cuanto a las indagatorias. La indagatoria rendida por Miguel Rodríguez Orejuela, arrimada a este proceso, proveniente de la Dirección Nacional de Fiscalías, la cual contribuyó a desvirtuar que el demandante Enrique Mancera estaba relacionado con el 'cartel de narcotráfico de Cali', no pueden ser tenidas como medio de prueba, toda vez que se trata de una versión que se obtuvo sin el apremio del juramento y, por tanto, no reúne las características necesarias para que pueda considerársela como testimonio. Lo anterior no es impedimento para que en algunos casos se tengan en cuenta las afirmaciones que los indagados consientan en hacer bajo la gravedad del juramento, lo que se deduce de la aplicación a contrario sensu de la regla antes aludida*.

[15] Original de la cita: *Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, rad. 36170 y del 25 de julio de 2016, rad. 37125, M.P. Danilo Rojas Betancourth.*

> *la sentencia favorable que eventualmente se profiera como conclusión del presente litigio*[16]*.*

De conformidad con lo anterior, en el presente caso se tiene que, si bien la indagatoria del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue rendida sin apremio y libre de juramento, es estimable como prueba en este juicio, pues no constituye el único elemento de convicción sobre el cual se fundamentará la decisión sobre la controversia, pero sí resulta indispensable para el análisis integral del caso, como más adelante se verá.

4. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la Nación –Ministerio de Defensa, Policía Nacional-, por la privación de la libertad que se alega como injusta y que le fue impuesta al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, durante el proceso penal militar adelantado en su contra por el supuesto delito de deserción. En este punto se deberá examinar, asimismo, si el hoy demandante contribuyó con su conducta, a la provocación del daño, al punto de eximir de responsabilidad a la entidad demandada.

4.1. El daño

En lo referente al daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado –de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política-, se advierte que en el presente caso consistió en la privación de la libertad del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, hecho que fue demostrado con la copia del proceso penal adelantado en su contra y en el cual se evidencia que fue capturado el 9 de marzo de 2005, tal y como lo señaló el Auditor de Guerra 143 de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá en el oficio N° 73 de dicha fecha, mediante el cual remitió al procesado al Centro de Reclusión Aures, de Medellín (fl. 239, c.2).

De igual manera, obra en esta causa, en copia auténtica, la resolución expedida el 9 de marzo de 2005, en la cual la mencionada autoridad de instrucción penal militar le impuso al hoy demandante la medida de aseguramiento consistente en

[16] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1º de agosto de 2016, rad. 42376, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

detención preventiva, al sindicarlo del delito de deserción (fls. 662 al 674, c.3). Adicionalmente, fue aportada la providencia del 2 de septiembre de 2005, en la cual el Tribunal Superior Militar de las Fuerzas Militares de Colombia le otorgó al señor Rojo Sarrazola el beneficio de libertad provisional por cumplimiento de la condena penal que le había sido impuesta en primera instancia (fls. 835 al 838, c. 3), así como la boleta de libertad respectiva y la diligencia de compromiso suscrita por el actor el 4 de septiembre de 2005, al salir del centro de reclusión (fls. 844 y 845, c.3).

Por último, reposa en el plenario la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior Militar el 1 de junio de 2005, mediante la cual, se reitera, absolvió al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola del delito que se le había imputado (fls. 857 al 866, c.3).

En este punto también ha de tenerse por establecido el daño alegado por los padres y hermanos del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, quienes, como se anotó, allegaron la prueba de su parentesco con el afectado y, por tanto, hay lugar a inferir respecto de ellos la ocurrencia del dolor moral.

En efecto, los registros civiles de nacimiento aportados a este proceso –en copia auténtica- (fls. 18 y 22 al 25, c.1) acreditan a los demandantes Jesús Emilio Rojo Betancur y Ana Concepción Sarrazola Santa como padres de la víctima directa, y a los señores Danny Harrison, Alba Liena, Sandra Astrid y Érica Yessenia Rojo Sarrazola, como sus hermanos.

Así las cosas, dado que se encuentra plenamente establecida la ocurrencia del daño alegado por la parte actora, pasa la Sala a establecer si tal menoscabo les resulta imputable a las autoridades demandadas.

4.2. La actuación de las entidades demandadas

En lo relativo a la conducta desplegada por las entidades demandadas y su relación con el daño, los documentos que figuran en este proceso permiten tener por acreditados los siguientes hechos:

- El 28 de enero de 2004, el joven Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue incorporado a la Policía Nacional para que allí prestara el servicio militar obligatorio. Así se señaló en el folio de vida que fue abierto en la fecha mencionada por la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá (fl. 30, c.2) y en la Resolución expedida el mismo 28 de enero de 2004, mediante la cual el comandante de esa misma dependencia policial nombró al mencionado joven como auxiliar bachiller de Policía (fls. 1 al 3, c.2).

- En el reporte del examen psicológico de ingreso, se señaló que el señor Rojo Sarrazola no presentaba antecedentes médicos, penales ni psiquiátricos (fl. 26, c.1). Asimismo, el actor suscribió los certificados médicos y odontológicos de ingreso al servicio de la Policía Nacional, con la declaratoria expresa de *"no presentar en la actualidad alteraciones en mi estado de salud"* (fls. 27 y 28).

- El 3 de abril de 2004, el Jefe del Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá le impartió al joven Edwin Dubán Rojo Sarrazola la orden escrita de prestar sus servicios en la Estación de Policía Belén, de Medellín. La misma instrucción les fue impartida a los señores Billy Albornoz Vente, Norman González Hincapié y Luis Galeano Rojas, quienes también fungían como Auxiliares Bachilleres de la entidad (fl. 29, c.1).

- El 6 de julio de 2004, la doctora Catalina Pérez Goelkhl –adscrita a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional- le otorgó al Auxiliar Rojo Sarrazola, por el término de 5 días, una excusa médica *"parcial"* de servicio, por cuanto presentaba afección por *"uña encarnada"* (fl. 8, c.2).

- El 18 de julio de 2004, la subteniente Diana Rojas Moncada, comandante de la Estación Belén, informó que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola se había ausentado de esa unidad desde el 5 de julio anterior y durante 5 días, al tomar como *"total"* la excusa médica que se le había expedido únicamente con alcance *"parcial"*. Igualmente, recalcó que en la fecha del informe, es decir, el 18 de julio de 2004, el Auxiliar no se había presentado al servicio (fl. 6, c.2).

- En carta encabezada con fecha 22 de julio de 2004 y dirigida a la comandante de la Estación de Policía Belén, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola manifestó (fl. 128, c.2):

> *Con todo respeto y acatamiento, me permito rendir el presente informe para aclarar los motivos y las razones por los (sic) cuales yo no he asistido a los servicios que me corresponden como Auxiliar de Policía.*
>
> *Desde el 27 de junio del año en curso se me agudizó un dolor en un testículo (…), desde esta misma fecha se me infectó el dedo mayor del pie derecho, le informé este caso y no le noté voluntad de colaborarme para enviarme al médico, fue cuando el 6 de julio no soporté más el dolor y sin permiso y sin comunicarle a nadie me madrugué para la Clínica de la Policía a Envigado, me atendieron por Urgencias, el señor Médico que me atendió me aplicó suero y otras drogas (…), me incapacitó y me dijo volviera a la clínica a pedir cita (…). Me vine para la casa incapasitado (sic) fui a la Estación a presentarme como incapasitado (sic) y la Sra. Teniente no aceptó tal incapasidad (sic), lo cierto es que yo me vine a mi casa, cuando pude volver a caminar me presenté a la Estación y me manifestó la Sra. Teniente que ya no quería volverme a ver por la Estación y que ya me había pasado un informe al comandante del Grupo de Auxiliares a la Escuela Carlos Holguín, para que me enviaran allá, por las deficiencias en mi servicio y que ya había cometido los delitos de deserción y abandono del servicio. Yo me impresioné demaciado (sic) (…) decidí no presentarme a ninguna parte porque aún continúo enfermo y no vi la posibilidad de que me atendieran en la Clínica porque la constancia está vencida (…).*

- El 23 de julio de 2004, el señor Jesús Emilio Rojo Betancur denunció ante la Inspección Novena de Policía de Bello, Antioquia, que su hijo Edwin Dubán había desaparecido desde el 22 de julio a las 9:00 horas (fl 31, c-1).

Posteriormente, en constancia secretarial del 11 de agosto de 2004, la inspectora de Policía fue informada de que el joven Rojas Sarrazola había sido encontrado por sus familiares el 9 de agosto anterior, razón por la cual la funcionaria dio por culminada la correspondiente actuación (fl. 33, c.1).

- El 12 de agosto de 2004, el señor Jesús Emilio Rojo Betancur le manifestó por escrito al coordinador del Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres, en la Escuela de Policía Carlos Holguín, que hacía devolución de los uniformes y elementos de uso policial inicialmente entregados a su hijo Edwin Dubán Rojo Sarrazola (fl. 641, c.3).

- El mismo día, a las 22 horas, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola acudió al servicio de urgencias de la Clínica Regional del Valle de Aburrá, por presentar *"episodio de ira con hiperventilación – cefalea – dolor ocular"*, de acuerdo con lo así consignado en el reporte de atención (fl. 108, c.4). Agregó el médico de turno que el paciente presentaba *"síndrome convulsivo"* y que no quería hablar con su señora madre.

Se estableció como impresión diagnóstica una posible *"crisis de ansiedad"*, y se señaló que el examen físico del paciente había sido normal, aunque presentaba una *"personalidad esquizoide"*. Como consecuencia, se ordenó la programación de cita con psicología (fl. 108, c.4).

- Mediante oficio del 13 de agosto de 2004, el jefe del Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres de la indicada Policía Metropolitana presentó ante los Jueces Penales Militares de Medellín un informe de novedad en el cual señaló que desde el 18 de julio de ese año, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola se había ausentado de la Estación de Policía Belén. Agregó que, al comunicarse con la familia del uniformado el 11 y el 12 de agosto de 2004, los padres del joven le indicaron que el auxiliar no había acudido a la institución por encontrarse enfermo, al punto de requerir atención de urgencia en la Clínica de la Policía Nacional (fls. 36 y 37, c.2).

A continuación, expresó (fl. 37):

> *… les hice saber sobre la gravedad de esta circunstancia ya que se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y de lo cual le podía acarrear consecuencias de carácter penal y disciplinario.*
>
> *El 12 de agosto de 2004, siendo las 07:30 hrs. se presentaron ante esta oficina el señor padre y la señora madre del AB. ROJO SARRAZOLA, quienes manifestaron que su hijo no regresaría al servicio, argumentando que él les había manifestado haber tenido una dolencia en una uña que fue objeto de atención médica y excusa parcial del servicio (…); trayendo inclusive los uniformes de este joven, los cuales quedaron recepcionados en esta oficina pero sin presentar a su hijo, debiendo ser orientados nuevamente sobre la gravedad del asunto ya que se podía estar configurando una deserción sin causa justificada pues sus padres no manifestaron que presentara algún tipo de patología o excusa del servicio.*
>
> *El día de hoy (13/08/04), el señor padre presentó ante esta oficina al AB. ROJO SARRAZOLA, manifestando que su hijo había sido objeto de atención médica por urgencias en la clínica de la Policía el 12 de agosto del*

> *presente año a las 22:30 hrs. presentando efectivamente un documento sin fecha al parecer signado por la Dra. CATHERINE HASBÓN P. quien solicita el favor de dar cita a EDWIN ROJO SARRAZOLA de psicología de forma prioritaria (…).*

En la causa penal trasladada a este proceso, obró la copia de un documento sin fecha, sellado con la inscripción *"Katherine Hasbon P. Médica Cirujana CES (…)"*, y en el cual solo se solicitó dar cita por psicología prioritaria al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola (fl. 7, c.2).

En declaración testimonial rendida el 16 de noviembre de 2004 ante el auditor de guerra 143 de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, la médica Katherine Hasbon Pérez manifestó no recordar haber atendido al paciente Edwin Dubán Rojo Sarrazola en la Clínica de la Policía, entidad para la cual laboraba ella en julio de 2004. Aunque refirió haber suscrito el documento mencionado, manifestó no recordar la fecha y señaló que no era normal que el documento obrara sin una historia clínica que lo avalara. Con todo, señaló que para la expedición de una solicitud como la referida, podía bastar con *"la solicitud del paciente o de uno de sus familiares"* (fl. 75, c.2).

- El 23 de agosto de 2004, la Oficina de Instrucción Penal Militar Especial abrió indagación preliminar contra el auxiliar de policía Edwin Dubán Rojo Sarrazola, según lo indicó el Auditor de Guerra 143 de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá en oficio de fecha 26 de noviembre de 2004, dirigido al Juez Penal Militar con competencia circunscrita a esa misma unidad policial (fl. 84, c.2).

- El 16 y el 22 de diciembre de 2004, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola rindió indagatoria (fls. 240 al 250, c.2), en la cual manifestó que en junio de 2004 había sufrido un dolor intenso en uno de sus testículos, pese a lo cual le fue negado el permiso para acudir a los servicios médicos y fue conminado a continuar prestando el servicio bajo esas condiciones de salud. De igual manera, adujo que en el mes de julio comenzó a presentar infección y dolor en un dedo de su pie y que, al serle negado nuevamente el permiso para consultar médicamente por tal afección, solo pudo acudir al servicio de urgencias en la siguiente hora disponible, recibiendo lavado y tratamiento, junto con un reporte de incapacidad por cinco días, el cual fue igualmente rechazado por su superior quien, según su relato, le

dio la orden de cumplir media jornada de cada día de la incapacidad, haciendo la limpieza de los vidrios de la estación.

Al respecto, agregó (fl.241, c.2):

> *… [A]sí lo hice toda la semana pero resulta que por la planilla, a mí me correspondía descansar el 11 y el 12 y yo salí a descansar normal y me presenté a laborar el 13 normal, para el 17 de julio en la madrugada me despertó el intenso dolor en el testículo derecho que no me dejaba ni levantarme de la cama y llamé a la Estación y le informé al comandante de guardia y éste me contestó tranquilo que yo informo aquí y yo me quedé tranquilo en la casa, le pedí el favor a mi papá (…) que me ayudara a hacer un informe para mi TE. DIANA el día 20 pero allá el comandante de guardia reiteró que él no estaba facultado para recibirlo (…), en ese caso mi papá se dirigió a la Carlos Holguín el día 22 de julio a la Oficina de Disciplina y allá le recibieron el informe el señor (sic) dragoneante (…), para lo cual yo traigo dicha copia de dicho (sic) informe en el cual avisé que me encontraba enfermo en casa (…).*

La diligencia de indagatoria, en efecto, obra junto con la misiva suscrita por el hoy actor, dirigida al comandante de la Estación de Policía Belén, de Medellín, calendada –como ya se refirió- el 22 de julio de 2004, aunque en esta solo refirió haber faltado al servicio por razón de la dolencia en el dedo de su pie. La copia de la carta no presenta constancia alguna de recibido (fl. 244, c.2).

Al proseguir con la indagatoria, el sindicado manifestó que por esa misma época sufrió, en su casa, múltiples desmayos que lo motivaron a acudir a un centro médico, razón por la cual, el 22 de julio de 2004 resolvió comparecer a la Estación de Policía Belén para tramitar el correspondiente permiso. Sin embargo, según su dicho, salió de su casa en la mencionada fecha y posteriormente, resultó en el municipio de Bello, en donde se percató de que había permanecido extraviado por varios días. Manifestó estar recibiendo tratamiento médico y psiquiátrico por dicho evento, pero que en el curso de tales procedimientos fue informado sobre la existencia del proceso penal en su contra (fl. 241, c.2).

Con todo, en el acta de continuación de la indagatoria del 22 de diciembre de 2004, se indicó (fls. 249 y 250, c.2):

> *… Concrétele al despacho qué actividades realizó usted entre el 15 de julio y el 13 de agosto del corriente año por las que no acudió a prestar sus servicios a la institución. CONTESTÓ: Me encontraba con falencias de salud*

en casa, es de aclarar que tuve un período de desorientación mental el cual comenté anteriormente, luego de tal período residí en mi casa hasta el día 12 de agosto que me presenté a las 09:00 horas aproximadamente al centro de instrucción Carlos Holguín. PREGUNTADO: Por qué razón en ese período usted no acudió personalmente ante algún superior a enterar lo que le estaba sucediendo CONTESTÓ: Por que (sic) me estaba desmayando constantemente, es de aclarar que esto empezó desde aquel día que tuve un golpe en la cabeza estando en etapa de instrucción en el lado occipital en preparación física en la Escuela Carlos Holguín, como secuela del golpe dicho esto por el neurólogo al cual me remitieron de la Clínica de la Policía por urgencias, que actualmente me trata, agregando a esto el constante dolor en el testículo derecho para lo cual tomaba dolex. PREGUNTADO: Cuando usted recibió el golpe a que hace referencia en la respuesta anterior en la región occipital, fue atendido por algún médico de la institución o particular CONTESTÓ: Fui llevado al médico de incorporación de la Escuela (…) el médico me mandó una inyección para los dolores (…) el día que tuve el golpe en la cabeza no redacté un informe a mi comandante porque aún no tenía conocimiento de dicho proceso y opté por tomar dicha circunstancia como pasajera por lo cual ahora padezco de las falencias mentales y neurológicas que antes he mencionado (…).

- Durante el instructivo, el 1 de diciembre de 2004, rindieron declaración los agentes de la Policía Nacional Norman Andrés Hincapié González, Billy Jair Albornoz Vente, Jaime Enrique Osorno Hernández, Juan Esteban Echeverry Vera y Luis Felipe Galeano Rojas (fls. 88 al 100, c.2), quienes corroboraron haber laborado en la Estación de Policía Belén para la época de los hechos.

El testigo Norman Andrés Hincapié González señaló en la diligencia respectiva (fl. 88, c.2):

… nos contó (el señor Rojo Sarrazola) que haciendo ejercicio se había lastimado una uña y que se le había lastimado al caerle una pesa en la uña, él había ido a la clínica y le habían dado una excusa parcial y él la tomó como total y volvió uno o dos días al servicio durante la excusa luego descansó el fin de semana y de ahí no volvió, esa novedad se la pasamos a mi teniente DIANA, ella lo mandó llamar a la casa por teléfono el domingo y no estaba, los compañeros que estaban de servicio en la unidad deportiva de Belén lo vieron jugando baloncesto (…). Cuando él se presentó a la estación, mi teniente DIANA lo mandó a la escuela con oficio de presentación, devolviéndolo, porque con él antes habían tenido varias novedades (…). Al tiempo por ahí al mes nos dio por ir a la Escuela (…) nos dio por preguntarle a los compañeros qué tenían haciendo a ROJO, ellos dijeron que él allá no estaba trabajando (…) cuando hablamos con mi primero ARANGO en la cafetería y le preguntamos por él y él dijo que el auxiliar nunca se presentó allá (…).

Al preguntársele sobre las razones que habría expuesto el Auxiliar Rojo Sarrazola para ausentarse del servicio entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2004, señaló que el hoy demandante le había referido –a él y a otros compañeros- la ocurrencia de problemas familiares y una inminente separación de sus padres, al tiempo que estaba pensando en la posibilidad de trasladarse al departamento del Putumayo, por un ofrecimiento que en tal sentido le había hecho un mayor de la Policía Nacional que comandaba una estación en esa zona del país. Por último, manifestó no tener conocimiento de ninguna afección física o mental que hubiera padecido el señor Rojo Sarrazola, además de la supuesta infección en el dedo de su pie.

El señor Norman Andrés Hincapié González también rindió testimonio durante la etapa de juicio, puesto que en diligencia de Corte Marcial de fecha 28 de julio de 2005, manifestó haber estado presente cuando el joven Edwin Dubán Rojo Sarrazola acudió a la Estación Belén, después de haberse ausentado durante los días de la incapacidad parcial, momento en el cual la comandante Diana Rojas Moncada le dio la orden verbal de acudir a la Escuela Carlos Holguín, al tiempo que lo amonestó por no prestar adecuadamente el servicio y lo increpó señalándole que *"no quería volver a verlo"* en esa unidad (fl. 751, c.3).

- Por su parte, el testigo Billy Jair Albornoz Verde expresó que el joven Rojo Sarrazola había tenido varios problemas en la Estación Belén porque era frecuente que llegara tarde a la formación. Refirió que el mencionado auxiliar bachiller se había tomado las jornadas completas de los días de la incapacidad parcial, la cual le había sido otorgada, según lo que le constaba, por la dolencia que el hoy demandante padecía en la uña de un dedo de su pie.

Agregó que después de recibir la orden de dirigirse a la Escuela Carlos Holguín, el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola no volvió a ser visto en la Estación Belén, aunque algunos agentes policiales lo veían viajar en el metro con el uniforme puesto, y que después de conocerse que tampoco había visitado el centro de entrenamiento policial, no volvió a tener noticia alguna del paradero del mencionado joven.

De igual manera declaró que los superiores de la Estación Belén habían amonestado al señor Rojo Sarrazola por no prestar el servicio adecuadamente y frecuentar en horas laborales la vivienda de su tía, aledaña al lugar de trabajo (fl. 96, c.2).

Este relato fue corroborado por el testigo Billy Jair Albornoz Vente en diligencia de Corte Marcial del 28 de julio de 2005, fecha en la cual también fue interrogado sobre la manera cómo se practicaba el examen médico de ingreso al servicio, ante lo cual contestó que *"antes de entrar"*, el *"primero Arango"* era quien les preguntaba sobre antecedentes por enfermedad o por condiciones especiales de salud mental o física, como también ordenaba allegar el certificado médico que diera cuenta de estas (fl 755, c.3).

- El testigo Jaime Enrique Osorno Hernández manifestó –en el sumario- que para el año 2004 fungía como secretario de la Estación de Policía Belén y que, en julio de ese año, la comandante Diana Rojas Moncada había rendido un informe ante el Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres, sobre varias novedades presentadas con el señor Rojo Sarrazola. Agregó que después de ese informe, se entendía que el joven Auxiliar había acudido a la Escuela Carlos Holguín, hasta que, aproximadamente veinte días después, el *"Sargento Arango"*, adscrito a ese centro de formación policial, llamó por teléfono a la Estación con el fin de indagar sobre el paradero del joven Rojo Sarrazola. Señaló que, ante tal circunstancia, referida también por otros auxiliares bachilleres que visitaron la mencionada Escuela, se comunicó telefónicamente con la señora madre del auxiliar bachiller, quien manifestó que su hijo se encontraba con el padre desde hacía más de quince días (fl 90, c.2).

Expresó, asimismo, que la madre del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola no había hecho mención alguna de enfermedades ni dolencias físicas o psiquiátricas que lo hubieran motivado a ausentarse del servicio. Por otro lado, al preguntársele sobre la relación del auxiliar bachiller con sus superiores, manifestó que había tenido conocimiento de varios llamados de atención que se le habían hecho, por diferentes razones, especialmente el desacato a las órdenes que se le impartían (fl. 91).

- A su turno, el señor Juan Esteban Echeverry Vera declaró (fls. 97 y 98, c.2):

> *… [T]rabajé con él en Belén y recibimos la instrucción juntos, la novedad que yo recuerde es que él se evadió del puesto, no recuerdo cuántos días fue como veintiséis a veintiocho días. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento de la razón por la que el auxiliar ROJO SARRAZOLA no asistió al servicio durante el lapso que usted menciona. CONTESTÓ: él tenía una uña enterrada, fue a la CLIPO y allá lo atendieron y le dieron cinco días de incapacidad parcial, él no los sacó parcial sino total, llevaba como tres días en la casa cuando la teniente (…) le dijo a él que se presentara a la estación, entones a nosotros, estábamos el auxiliar GALEANO, HINCAPIÉ, ALBORNOZ y yo en la unidad deportiva de Belén, lo encontramos allá y le dijimos que se presentara, que la teniente le había dado la orden que si lo veíamos le dijéramos que se presentara y él manifestó que más tarde iba (…). Cuando se presentó nuevamente, la teniente le dio la orden de traslado para que se presentara en la Escuela Carlos Holguín, después de eso pensábamos que estaba en la Escuela y yo me encontraba a veces en el metro pero nunca le pregunté nada, hasta que fuimos una vez a la Escuela (…) preguntamos por él y allá nos dijeron que él no se había presentado, eso fue como quince o dieciocho días después de que le habían dado la orden de traslado (…).*

El testigo Juan Esteban Echeverry Vera también manifestó no tener conocimiento de que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola hubiera sufrido algún quebranto de salud distinto a la afección cutánea que padeció en su extremidad inferior.

Las anteriores declaraciones fueron corroboradas por el señor Echeverry Vera en la audiencia de Corte Marcial practicada el 28 de julio de 2005, durante la etapa de juzgamiento (fls. 74 y 75, c.3).

- Por último, el testigo Luis Felipe Galeano Rojas refirió tener conocimiento de la ausencia del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola durante los días de la incapacidad o excusa médica expedida a raíz de la dolencia de su pie y, posteriormente, durante el período en que se suponía que debía acudir a la Escuela Carlos Holguín por orden expresa de la comandante de la Estación. Agregó que el hoy demandante había recibido amonestaciones y requerimientos por llegar tarde al lugar del servicio, por no portar adecuadamente el uniforme y por visitar a su tía en horas laborales (fl. 100, c.2).

En diligencia de Corte Marcial del 28 de julio de 2005, se le otorgó el uso de la palabra al Fiscal Penal Militar para interrogar al testigo Galeano Rojas. En tal fase de la declaración testimonial, se indicó (fl.758, c.3):

> *PREGUNTADO: Cuando el personal policial va a prestar su servicio o a ser admitido, ustedes los auxiliares presentan un examen médico y es común que uno ponga de presente bajo juramento cualquier tipo de patología que presente, ya sea física o psicológica, cuando se hicieron ese examen y con el personal le hicieron saber esta situación y qué tenían que decir las enfermeras que padecían (sic)? CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Quién le hizo el examen médico? CONTESTÓ: Nada, no me acuerdo. PREGUNTADO: En algún momento observó usted, ya que estaban en la misma sección o en la etapa de instrucción, que el auxiliar haya presentado crisis epilépticas o trastornos mentales y que lo haya puesto en conocimiento de los superiores y estos no hayan hecho nada? CONTESTÓ: No halla (sic) mi Capitán Millán en formación preguntaba quién sufría de algo, que alzara la mano y ninguno, él pidió historias clínicas y si alguien sufría de algo allí tenía que aparecer.*

- El 15 de febrero de 2005, a instancia del ente instructor, el Instituto Nacional de Medicina Legal emitió un concepto de psiquiatría forense con el objeto de *"determinar si en el lapso comprendido entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2004",* el hoy demandante había sufrido algún trastorno mental que le impidiera comprender los alcances de su conducta y determinarse de acuerdo con esta (fls. 273 al 276, c.2).

Luego de referir como antecedentes del paciente algunas crisis de ausencias ocurridas en el año 2002 y el diagnóstico de epilepsia reportado en *"el segundo semestre"* de 2004, el experto forense señaló que el señor Rojo Sarrazola había acudido por sus propios medios al consultorio, plenamente orientado y en condiciones mentales que se adecuaban a los parámetros normales.

Refirió (fl. 276):

> *VERSIÓN DEL EXAMINADO ACERCA DE LOS HECHOS:*
> *'Yo estaba enfermo y papá fue a la escuela y le informó que yo estaba en la casa; tenía dolor de cabeza y había tenido esta cosa que me da a mí con agresividad'.*
>
> *DISCUSIÓN:*
> *(…)*
> *Obra en el expediente la historia clínica del proceso donde a folio 245 (…) con fecha 14 de diciembre de 2004 se lee: 'cuadro de inicio hace cinco meses luego de trauma craneoencefálico con pérdida de conciencia (…)'. Hay otras notas en la historia clínica, visibles a folios 137 y 138 con fecha del 04 de octubre de 2002 que rezan 'pérdida del conocimiento, diarios, de tres a diez horas, al recuperar conciencia mareado y sin fuerzas'.*

(…).

De la atenta lectura y estudio de la totalidad del expediente conteniendo las versiones de los testigos y del propio sindicado, y la historia clínica del procesado, se puede colegir que para el momento de los hechos que se investigan, tenía conservadas las funciones mentales superiores y las capacidades intelectivas y volitivas, no actuó bajo trastorno mental ni inmadurez psicológica. La epilepsia que ha presentado y que está documentada por historia clínica no le anuló de forma definitiva las capacidades de comprensión ni autodeterminación, toda vez que los episodios de esta enfermedad son de corta duración, y en los períodos inter-ictales (entre una convulsión y otra) se presenta lucidez mental y completa normalidad. Quiere decir que el examinado no estuvo convulsionando entre el 18 de julio y el 13 de agosto y no está documentado ni documental ni testimonialmente que en este lapso de tiempo no tuviera normalidad psíquica.

- El 9 de marzo de 2005, el auditor de guerra 143 de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá decretó la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, contra el joven Edwin Dubán Rojo Sarrazola, sindicado del delito de deserción (fls. 662 al 671, c.3).

Al referir las probanzas recaudadas durante el instructivo, la mencionada autoridad señaló que, de conformidad con los documentos obrantes, la subteniente Diana Rojas, como comandante de la Estación de Policía Belén, remitió al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola al Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres de la Escuela Carlos Holguín, *"por problemas disciplinarios"*, pese a lo cual, otros dos auxiliares que fueron enviados a ese establecimiento de formación fueron informados de que el hoy demandante no se encontraba allí.

Apoyándose en este hecho, en las declaraciones anteriormente mencionadas, en los reportes clínicos relativos a la infección que el hoy demandante sufrió en su pie, en la historia clínica psiquiátrica aportada al sumario y en la novedad informada por el jefe del Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres, el ente instructor concluyó (fls. 669 y 670, c.3):

De las pruebas arrimadas hasta el momento a la investigación tenemos que en razón a una molestia que presentaba el entonces auxiliar bachiller EDWIN DUBÁN ROJO en el dedo pulgar de su pie derecho, acudió el seis de julio del año inmediatamente anterior a la Clínica de la Policía, en donde le fueron concedidos cinco días de excusa parcial, debiendo regresar a prestar sus servicios el once de julio, sin embargo tomó ese día y el

> *siguiente como franquicia, continuando con sus actividades a partir del martes trece hasta el diecisiete pues el domingo dieciocho de julio ya no lo hizo, regresando solo hasta el trece de agosto cuando fue presentado por su señor padre, habiendo acudido la noche anterior a los servicios de urgencias médicas, departamento que dispuso se le diera cita por sicología prioritaria.*
>
> *El artículo 522 demanda para la imposición de medida de aseguramiento en contra del indagado la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad en su contra, requisito que se da a cabalidad (…) por cuanto el entonces auxiliar bachiller se ausentó (…) por más de cinco días consecutivos sin que hubiese mediado permiso para ello o causa justificativa alguna, pues los trastornos físicos y psicológicos que adujo padecer para aquella época no constituían impedimento alguno para haber acudido a la Estación Belén y haber puesto en conocimiento del comandante de la misma los malestares que lo aquejaban…*

La decisión, apelada por el defensor penal del sindicado, fue confirmada el 13 de mayo de 2005 por el Tribunal Superior Militar de las Fuerzas Militares de Colombia, autoridad que estableció que el dictamen de psiquiatría forense aportado a la investigación evidenciaba que para la época de la supuesta evasión, el señor Rojo Sarrazola tenía *"conservadas las funciones mentales superiores y las capacidades intelectivas y volitivas"*, aspecto este que desvirtuaba, en su criterio, los argumentos de defensa expuestos por el procesado y su defensor (fl. 620, c.3).

Al respecto, el instructor de segundo grado señaló (fls. 620 y 621):

> *… [E]stá plenamente demostrado que las exculpaciones dadas por el encartado en su injurada, del porque (sic) permaneció ese tiempo fuera de su lugar de servicio, son desvirtuadas por el dictamen de psiquiatría forense (…).*
>
> *… está plenamente demostrado que el AB. ROJO SARRAZOLA era consiente (sic) de sus actos y por ende de la conducta que estaba infringiendo, pues si bien es cierto manifiesta haber padecido dolores de cabeza y mareos así como pérdida del conocimiento, esto ha quedado desvirtuado por lo anotado en el acápite que antecede, además de ello su proceder no fue el correcto conforme a los parámetros que para estos casos se debe seguir (…), el cual debía de haber acudido ante sus superiores hasta que alguno de ellos le hubiese atendido a su solicitud (…), pero no agotó ese conducto regular.*

Luego de señalar que la medida de aseguramiento censurada era procedente en el caso concreto, confirmó la resolución apelada, mediante la cual se había decretado la detención preventiva del sindicado.

- El 10 de mayo de 2005, la Fiscalía 143 Penal Militar profirió resolución de acusación contra el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, por el punible de deserción (fls. 675 al 689, c.3).

Reprochó el investigador el pretendido hecho de que el procesado no hubiera consultado médicamente por su dolencia psiquiátrica, sino solo después de que la Jefatura del Grupo Militar de Auxiliares Bachilleres rindiera el informe de novedad sobre su prolongada ausencia de la Estación de Policía Belén y de la Escuela Carlos Holguín. En ese sentido, afirmó que, de haber sido cierto el quebranto que el sindicado dijo haber sufrido en su salud mental, habría agotado las instancias médicas e institucionales pertinentes desde un comienzo, y no solo cuando los comandantes de las referidas unidades policiales advirtieron e informaron su ausencia.

Agregó (fl. 683, c.2):

> *Lo antes expuesto conlleva a que no sean de recibo para esta Agencia Fiscal las exculpaciones brindadas por el Bajo Banderas y sus progenitores, aduciendo que el primero de los mencionados faltó al servicio policial y militar por un lapso de veintiséis (26) días al encontrarse síquicamente enfermo, pues aunada a las consideraciones expuestas (…), aparece el dicho de la doctora CATHERINE HASBÓN PÉREZ, profesional de medicina adscrita a la Clínica Regional de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, quien manifiesta que no sabe la fecha en que atendió al susodicho auxiliar, porque en la fotocopia del documento en que se dice fue remitido a sicología no aparece esa información (…), pero en lo que sí hace claridad la profesional médica, es que no auscultó al paciente para determinar si padecía de patologías mentales, sino que fueron los padres del menor que se lo hicieron saber y por esta razón lo envió a sicología, tal como se remiten todos los pacientes que aduzcan tener una sicopatía…*

Concluyó, igualmente, que el procesado no podía tenerse como inimputable, dado que no se había demostrado que ostentara tal condición, mientras que sí se evidenció con pruebas documentales que el señor Rojo Sarrazola se había ausentado por 26 días del servicio que debía prestar, sin causa justificativa y en infracción al reglamento y a las normas penales que regulaban la actividad militar.

- El 9 de agosto de 2005, en Corte Marcial, el Juez Penal Militar de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá profirió sentencia de condena contra el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, al declararlo responsable penalmente por el delito de deserción e imponerle la pena principal de seis (6) meses de arresto (fls. 788 al 800, c.3).

Una vez tuvo por establecido que el señor Rojo Sarrazola se había ausentado de su lugar de trabajo entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2004, sin aducir –en su criterio- una justificación válida de tal ausencia, la mencionada autoridad consideró que el procesado tenía plena capacidad para *"fraguar detalladamente"* la justificación de su comportamiento, especialmente por haber alegado *"supuestas enfermedades"* que conllevarían a declararlo como inimputable, pese a haberse establecido en el proceso, amén del dictamen pericial aportado a la causa, que para la fecha de los hechos, el enjuiciado no sufría trastorno ni patología mental alguna que le impidiera comprender la ilicitud de sus supuestos actos. Agregó que, si bien con posterioridad al inicio del proceso se evidenció que el señor Rojo Sarrazola fue sometido a tratamiento neurológico, no era menos cierto que las pruebas demostraban que durante el tiempo en que el joven se abstuvo de presentarse en la estación de Policía para cumplir con sus labores, no padecía de mal alguno en su salud mental.

De igual manera, señaló (fls. 798 y 799, c.3):

> *… [S]e dan los requisitos del artículo 396 del Código Penal Militar, teniéndose la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado, es así que estando vinculado el auxiliar bachiller ROJO SARRAZOLA al servicio militar se ausentó sin permiso por espacio de 26 días consecutivos, sin que existiera causal de ausencia de responsabilidad, teniendo pleno conocimiento de que con su comportamiento violaba la ley penal militar (…), aunado a ello que el mismo papá le advirtió las consecuencias que le acarreaba no asistir al servicio (…), rechazando la Presidencia los argumentos del enjuiciado y de la defensa al considerar que se encontraban afectadas sus capacidades mentales, pues como se ha reiterado, las pruebas aportadas al expediente demuestran que su querer era no continuar en la institución, llegando incluso a entregar las prendas por intermedio de su progenitor (…).*

- En sentencia del 1 de junio de 2006, proferida en sede de segunda instancia, el Tribunal Superior Militar revocó el aludido fallo de condena y absolvió al señor

Edwin Dubán Rojo Sarrazola del delito que se le había atribuido (fls. 857 al 866, c.3).

El juez penal militar de segundo grado consideró que en el caso concreto no concurrían los elementos del tipo penal de deserción, puesto que, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 522 de 1999, la configuración de tal punible dependía, entre otras cosas, de que el procesado estuviera debidamente incorporado al servicio militar o policial, supuesto este que, en su sentir, no se cumplía respecto del señor Rojo Sarrazola, en la medida en que su incorporación presentaba irregularidades y no satisfacía los requisitos de ley.

Señaló que si bien, en principio, fueron idóneos los exámenes médicos y psicológicos que sirvieron como base para declarar que el joven Rojo Sarrazola era apto para el servicio –por cuanto en estos no se evidenció ninguna patología o sintomatología que inhabilitara al joven para el servicio policial-, en el plenario también reposaba la historia clínica previa del ahora procesado, expedida en la Clínica de la Policía, que daba cuenta de que el joven sufría caídas al suelo y pérdidas momentáneas del conocimiento, al menos desde los 16 años.

Luego de reseñar los reportes clínicos que referían pérdidas frecuentes del conocimiento, sufridas por el señor Rojo Sarrazola durante el año 2002, el Tribunal Superior Militar señaló (fls. 863 y 864, c.3):

> *… [P]odemos llegar a la conclusión que la (sic) enfermedad de la epilepsia de EDWIN DUVÁN (sic) venía haciendo sus primeras manifestaciones desde el año 2002 o por lo menos es lo que aparece sustentado documentalmente, es decir, antes de que ingresara a prestar el servicio militar obligatorio, incorporación que ocurrió el 28 de enero de 2004 (…) luego, si a ese momento no se tenía la certeza de su enfermedad, sí presentaba desmayos que eran ocasionados por situaciones como estar mucho tiempo de pie (vasovagales por postura…) y ya se remitía para estudio de estado convulsivo, luego ante estos antecedentes no era procedente su incorporación, por las formaciones diarias, ceremonias y los servicios que prestan dentro del régimen de guarnición (….).*
>
> *Ante esta realidad, sustentada en el acervo probatorio recaudado, esta Tercera Sala de decisión tiene que admitir que el auxiliar bachiller EDWIN DUVÁN ROJO SARRAZOLA fue mal incorporado, puesto que la enfermedad de la epilepsia se encuentra contenida en la lista de inhabilidades e incompatibilidades que maneja de la Dirección de reclutamiento y movilización y que de acuerdo con el Decreto 2048 de 1993,*

> *debió haberse declarado no apto para su incorporación, luego es procedente la revocatoria del auto (sic) apelado, pero no por inimputabilidad como lo ha sostenido el defensor (…) sino por atipicidad en su conducta (…).*

- Obraron en el expediente penal varios documentos clínicos referentes a la salud del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, entre estos un informe de consulta médica del 27 de febrero de 2001 en la Clínica Regional del Valle de Aburrá, instrumento en el cual se señaló que el paciente, quien para ese momento tenía 15 años de edad, refirió haber sufrido *"varios años de cefalea frontal intensa"* (fl. 116, c.4).

Un formato de evolución diligenciado el 7 de octubre de 2002 en el indicado centro asistencial, evidenció que la víctima padecía sensación de calor intenso en la cabeza, se había caído desde su propia altura y había sufrido pérdida del conocimiento por 10 minutos, además de presentar antecedentes de pérdida de conocimiento en 38 oportunidades, síntomas vasovagales con tratamiento y trauma craneal provocado dos meses antes. Con base en estos datos se fijó como impresión diagnóstica una posible epilepsia, aunque en esa misma fecha, el profesional de medicina interna diagnosticó migraña, síncope y síndrome convulsivo (fls. 114 y 115, c.4).

Los documentos relativos al historial médico del demandante también comprendieron una consulta realizada por este el 9 de septiembre de 2004, al presentar una dolencia testicular (fl. 96, c.4) que en esa misma fecha fue diagnosticada como varicocele (fl. 97).

En cuanto a la salud mental del hoy demandante después de los hechos que motivaron la actuación penal, además del reporte de atención en urgencias en la Clínica Regional Valle de Aburrá el 12 de agosto de 2004 –que anteriormente se refirió-, se aprecia en tales probanzas que el 17 de agosto de 2004 la víctima fue valorada en consulta por psicología, y que allí se indicó (fl. 104, c.4):

> *… [R]emitido por urgencias sin diagnóstico. Al evaluar al joven, él refiere que desde hace aproximadamente dos años sufre de lipotimia, pierde la conciencia pero además refiere ver gente que otras personas no ven. Se siente muy triste, aburrido, se aisla de su contexto laboral, familiar y social por temor a hacerles daños a otras personas ya que le dicen que cuando*

> *tiene las crisis de lipotimia agrede a los otros sin tener conciencia de sus actos.*
>
> *Refiere que hace 20 días salió para su casa para la unidad donde labora y resultó en Bello y duró desaparecido una semana. No es posible hacer un diagnóstico clínico por sus síntomas, en esta cita el joven entra solo. Se hace necesaria la ayuda diagnóstica de una prueba (MMPI) para definir diagnóstico, se remite a psiquiatría para valoración y tratamiento.*

El 23 de agosto de 2004, en el servicio de psiquiatría, el paciente manifestó haber estado perdido durante una semana y haber sido encontrado en el municipio de Bello, Antioquia. Se refirieron en el reporte de la consulta, antecedentes de síncope desde cuando la víctima contaba con 16 años de edad, aunque se subrayó que no se llegó a una explicación médica de tales eventos. Se señaló que el señor Rojo Sarrazola manifestaba tener ataques de *"ira incontrolable",* no obstante lo cual, el caso quedó *"en estudio"*, sin una impresión diagnóstica (fl 102, reverso, c.4).

El 14 de noviembre de 2004, el servicio de neurología de la Clínica Universitaria Bolivariana señaló (fl. 135, c.4):

> *Cuadro de inicio hace 5 meses luego de TCE con pérdida de conciencia; con inicio de crisis convulsivas generalizadas con posibles ausencias en infancia por lo cual viene en tto con Propanolol pero las crisis son 1 mensual.*

El especialista que atendió la consulta consignó como impresión diagnóstica, una posible epilepsia.

- El 18 de enero de 2005 –encontrándose en curso el proceso penal-, un profesional de la salud de la Clínica de la Policía Regional del Valle de Aburrá le expidió al señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola el certificado médico de licenciamiento para Auxiliares Bachilleres, documento en el cual se señaló (fl. 659, c.3):

> *OBSERVACIONES: Dice tener Dx. De varicocele derecho, no trae ecografía. No le palpo varicocele. Tiene HC de neurología de Dic/04 con Dx. de epilepsia, en tto. Con Ac. Valproico.*

5.4. Análisis de la imputación

Los hechos probados en el presente asunto permiten establecer que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue privado de su libertad, por cuanto fue objeto de una medida de aseguramiento y, posteriormente, se le impuso la pena de arresto, en un proceso penal adelantado en su contra por el delito de deserción, del cual fue finalmente absuelto por advertirse que no se encontraba debidamente incorporado al servicio, aspecto este que incidió de manera directa en la no configuración del tipo penal perseguido en la aludida causa.

Esta circunstancia haría procedente, en principio, la aplicación del régimen de imputación de responsabilidad objetiva, precisamente porque la absolución del procesado se dispuso por atipicidad de la conducta, presupuesto este que, como lo ha expuesto la Sección Tercera de esta Corporación en reiterada jurisprudencia, pone de manifiesto de manera palmaria el carácter injusto de la privación de la libertad, sin consideración al carácter regular o irregular de la conducta desplegada por el ente estatal demandado.

Sin embargo, las pruebas valoradas en este proceso también evidenciaron la ocurrencia de una causa extraña, consistente en la culpa exclusiva de la víctima, que reúne los presupuestos para eximir de responsabilidad a la Nación - Ministerio de Defensa, tal y como se pasa a exponer.

5.4.1. La culpa exclusiva de la víctima

Para la Sala, los demandantes Edwin Dubán Rojo Sarrazola y Jesús Emilio Rojo Betancur se expusieron con su conducta a la provocación del daño, no solo por la decisión que por su propia voluntad adoptó el joven Rojo Sarrazola, de ausentarse del servicio a pesar de conocer los efectos de tal proceder, sino también por haber guardado silencio en el momento de la incorporación acerca de sus antecedentes médicos, consistentes en la proclividad a sufrir con importante frecuencia, desmayos y pérdida prolongada del conocimiento.

En efecto, frente al abandono voluntario del servicio se tiene que, al exponer en su indagatoria las razones por las cuales dejó de presentarse en la Estación de Policía Belén entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2002, el señor Rojo Sarrazola refirió que el *"17 de julio"* sintió un dolor intenso en uno de sus testículos, razón por la cual se comunicó telefónicamente con el comandante de guardia quien, según su dicho,

lo autorizó para quedarse en la casa. De acuerdo con su propio relato, esta opción que le dio su superior fue aceptada y tomada por el entonces auxiliar bachiller quien, seguidamente, le solicitó a su progenitor que redactara un informe dirigido a la subteniente Diana Rojas Moncada, documento que solo fue llevado a la Escuela de Policía Carlos Holguín el 22 de julio de 2004, porque durante los días previos, los superiores de la Estación Belén supuestamente se negaron a recibirlo (fl. 241, c.2).

Fuera de esta manifestación hecha por el actor en su indagatoria, no obra otro elemento indicativo de que a la Estación de Policía Belén hubiera llegado un informe, excusa, certificado, comunicación o misiva alguna que diera cuenta de que el auxiliar bachiller Edwin Dubán Rojo Sarrazola sufriera una afección de salud que le impidiera cumplir con el servicio, como tampoco se demostró que el comandante de guardia hubiera recibido una llamada del hoy demandante el 17 de julio de 2004 o en otra fecha cercana, evento en el cual, tampoco habría existido mérito para que la supuesta autorización otorgada por el agente al mando se hubiera entendido razonablemente como un permiso que abarcara más de un día.

En todo caso, la afirmación hecha por el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola en su indagatoria, referente a que fue un dolor en su testículo la causa que motivó su ausencia, no se acompasa con lo relatado por él mismo en su carta fechada el 22 de julio de 2004, en la cual expresó que cuando la subteniente del comando de la Estación Belén no aceptó su incapacidad relacionada con la dolencia de su pie derecho, él se fue para su casa y solo se volvió a presentar en la Estación cuando pudo *"volver a caminar"* (fl. 128, c.2). En ese mismo documento, el actor adujo haber quedado impresionado por la noticia de que se estaba adelantando un proceso en su contra por supuesta deserción, ante lo cual optó por no presentarse en *"ninguna parte"* porque continuaba enfermo. Sin embargo, según su dicho, tampoco acudió a la clínica porque *"se había vencido una constancia"*, cuya naturaleza y contenido se abstuvo de referir.

La Sala debe tomar en consideración estas manifestaciones –contenidas en la indagatoria y en el documento mencionado-, toda vez que fueron hechas de manera espontánea por el hoy demandante en ejercicio pleno de sus facultades, y obraron como prueba en el proceso penal trasladado, cuyo recaudo, dicho sea de

paso, fue solicitado por la parte demandante[17]. Asimismo, aunque las dos versiones mencionadas guarden incoherencias, no por ello deben desconocerse, por el contrario, son esas contradicciones las que ilustran aún con más contundencia la opción escogida libremente por el señor Rojo Sarrazola, de no acudir al lugar de prestación del servicio policial pese a no contar con una justificación clara y cierta y sin haber agotado el debido conducto regular ante las autoridades competentes, lo cual solo podía ameritar -como finalmente aconteció merced a la prolongada ausencia del actor- que los comandantes de la Escuela Carlos Holguín y de la Estación Belén averiguaran por su paradero y que la Justicia Penal Militar ejerciera sus competencias al evidenciar la ocurrencia de los supuestos del posible delito de deserción.

Por lo demás, llama la atención de la Sala el hecho de que la carta calendada el 22 de julio de 2004, suscrita por el actor pero sin firma alguna de recibido, hubiera referido la existencia de un proceso penal por deserción, cuando el sumario respectivo solo se abrió con posterioridad al 13 de agosto de 2004 a raíz del informe que en esa fecha presentó el jefe del Grupo de Auxiliares Bachilleres. Ahora, de haberse tratado de una simple advertencia –lo cual no está documentado ni probado en el proceso-, habría de concluirse, en todo caso, que al menos desde el 22 de julio de 2004 el joven Edwin Dubán Rojo Sarrazola tuvo conocimiento de las consecuencias que podía acarrearle su no comparecencia a la Estación de Policía Belén, pese a lo cual el joven dejó de acudir a sus labores hasta el 13 de agosto de 2004.

Esa libre voluntad del hoy demandante, de ausentarse del servicio sin justa causa, también se aprecia con las declaraciones de Norman Andrés Hincapié González, Billy Jair Albornoz Vente, Juan Esteban Echeverry Vera y Luis Felipe Galeano Rojas (fls. 88 al 100, c.2), quienes rindieron testimonio en el proceso penal que, se reitera, fue trasladado a esta actuación por solicitud de la parte actora. Tales testigos corroboraron haber sido compañeros de servicio del señor Rojo Sarrazola en la Estación de Policía Belén y coincidieron en afirmar que, mientras permaneció adscrito a esa unidad policial, el mencionado joven solo había referido

[17] Con todo lo cual se cumplen los requisitos previstos en el artículo 195 del C.P.C., relativos a la confesión espontánea, especialmente los numerales 1 y 6 de la norma, en cuanto establecen: *"La confesión requiere: 1)*

la dolencia en el dedo de su pie -afección por la cual recibió permiso para acudir a la Clínica de la Policía-, y que a pesar de que la incapacidad otorgada al hoy demandante había sido parcial, él la tomó como total y se ausentó de su lugar de trabajo por una semana, durante el mes de julio de 2004. Señalaron, asimismo, que por cuenta de esta primera ausencia, los superiores del auxiliar Rojo Sarrazola le dieron la orden de presentarse en la Escuela Carlos Holguín, de suerte que sus compañeros pensaron que en las semanas siguientes, allí se encontraba el actor, pero finalmente confirmaron lo contrario cuando, al visitar ellos la indicada institución, les informaron que desconocían el paradero del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, advirtiéndose de esta manera que llevaba varios días sin acudir a ninguna dependencia de la Policía Metropolitana, por lo cual, desde ese momento los superiores del joven avizoraron la posibilidad de que se encontrara evadido del servicio.

De estos testimonios también se destaca que, con anterioridad a los hechos hoy en debate, el joven Rojo Sarrazola había recibido llamados de atención por no presentarse a tiempo en el lugar del servicio y por otros problemas de comportamiento, además de haber sido visto en lugar público por sus compañeros de filas durante el primer lapso en que permaneció ausente de la Estación de Policía, y haber hecho caso omiso a las advertencias de los auxiliares sobre el requerimiento que ya se le estaba haciendo en el Comando de esa unidad por haberse extralimitado con la excusa médica que se le había expedido. Todos estos hechos, así probados con prueba testimonial trasladada, constituyen un indicio de que la conducta asumida por el actor durante su vinculación a la Policía Nacional, tendió al desacato de las órdenes y reglas que se le impartían, lo cual marca un antecedente de no poca relevancia en los hechos que aquí se controvierten, ya que su no comparecencia al servicio entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2004, al no tener una justa causa comprobada, pudo tenerse por los superiores del joven y por las autoridades de la Justicia Penal Militar como una manifestación más de ese patrón de conducta que venía presentando el demandante frente a la institución policial.

Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado (…). 6) Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.

Ahora bien, la parte actora adujo en la demanda que el joven Rojo Sarrazola permaneció desaparecido entre el 22 de julio y el *"11 de agosto"* de 2004, y que su padre Jesús Emilio Rojo Betancur informó sobre tal circunstancia al personal directivo de la Escuela Carlos Holguín, sin éxito ni respuesta alguna, ante lo cual denunció tal desaparición en la Inspección Novena de Policía de Bello, Antioquia.

Esta alegada desaparición no puede tenerse como demostrada en el presente asunto, puesto que la denuncia formulada en tal sentido por el actor Jesús Emilio Rojo Betancur no demuestra, por sí sola, el hecho denunciado, y no fue sustentada con ningún otro medio probatorio, ya que tampoco se tuvo noticia de la alegada comparecencia del padre de Edwin Dubán Rojo Sarrazola a la Escuela de Policía Carlos Holguín para informar sobre la desaparición del joven auxiliar, ni de la búsqueda supuestamente emprendida por los familiares de la víctima, como tampoco del registro de tal desaparición en la primera atención en urgencias que el señor Rojo Sarrazola manifestó haber recibido después de ser encontrado.

Así, se pretendió probar que el actor fue llevado a urgencias con ocasión de su hallazgo, con el registro de atención de fecha 12 de agosto de 2004, efectuado en la unidad de urgencias de la Clínica Regional del Valle de Aburrá, entidad ante la cual el actor solo consultó por presentar *"episodio de ira con hiperventilación – cefalea – dolor ocular"* (fl. 108, c.4), sin hacer mención alguna a la alegada pérdida de conciencia que, según la parte actora, sufrió el joven durante su ausencia.

Asimismo, mientras que en la demanda se afirmó que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue encontrado el 11 de agosto de 2004, este señaló en su indagatoria que entre el 5 y el 8 de agosto él ya estaba en su casa *"esperando una manifestación"* de sus superiores, en tanto que el informe secretarial presentado ante la Inspección Novena de Policía de Bello indicó que los familiares del supuesto desaparecido adujeron haberlo encontrado el 9 de agosto de 2004.

Estas inconsistencias impiden establecer como hecho probado, que la ausencia del servicio del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola –luego imputada como deserción- hubiera tenido como causa justificativa su alegada desaparición, máxime cuando al comparecer nuevamente a la oficina del jefe del Grupo Militar

de Auxiliares Bachilleres, el joven y sus padres guardaron silencio sobre ese suceso y se limitaron a aducir la dolencia de su uña y la atención psicológica supuestamente recibida el 12 de agosto de 2004 –como lo indicó el informe rendido por esa jefatura el 13 de agosto de 2004, ante la Justicia Penal Militar-.

En este punto no está de más agregar que el elemento que los hoy demandantes pretendieron aducir como prueba de la *"atención psicológica"* recibida por el señor Rojo Sarrazola el 12 de agosto de 2004, consistió en una solicitud sin fecha, supuestamente expedida por la doctora Katherine Hasbon Pérez para que el paciente recibiera atención psiquiátrica. Este documento tampoco demuestra el trastorno que el actor alegó haber sufrido en el lapso de su ausencia del servicio, por cuanto no se tiene noticia del día cierto de su expedición ni se indicó allí que tal remisión a consulta psicológica hubiera obedecido a un examen previo o a la referencia que el paciente hiciera sobre su episodio de pérdida prolongada del conocimiento. Cabe señalar que la recomendación para acudir al servicio de psicología podía expedirse por la simple solicitud del interesado, tal y como lo refirió la mencionada profesional de la salud en testimonio rendido ante las autoridades de la Justicia Penal Militar (fl. 75, c.2).

Ahora bien, no desconoce la Sala que en el proceso también se documentó que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola tenía antecedentes de consideración en cuanto a su proclividad a desmayarse y a perder el conocimiento por períodos prolongados, ni se ignora que a partir del 17 de agosto de 2004 –después de los hechos aquí analizados- el actor fue valorado por neurología, presentó síntomas que hicieron sospechar de epilepsia y fue citado a controles psicológicos. Sin embargo, en este proceso no se demostró que el actor padeciera una enfermedad mental o patología de carácter psiquiátrico que afectara sus facultades, su voluntad o su capacidad de decisión o de raciocinio, al punto de justificar su prolongada ausencia del servicio y comprometer, en esa medida, la responsabilidad de la entidad demandada por los hechos ya descritos. Por el contrario, aunque el certificado de licenciamiento del hoy demandante refirió la existencia de historia clínica con diagnóstico de epilepsia –reportado en diciembre de 2004-, en todo caso, tampoco se documentó que esta enfermedad pueda sustraer o anular por prolongados períodos de tiempo las facultades mentales y

volitivas del paciente, como tampoco existe prueba del nexo o relación causal entre tal epilepsia –diagnosticada en diciembre de 2004 con base en consultas posteriores a agosto de ese año- y la ausencia del servicio -ocurrida entre el 18 de julio y el 13 de agosto de 2004-.

Adicionalmente, en el concepto de psiquiatría forense emitido el 15 de febrero de 2005, el Instituto Nacional de Medicina Legal señaló que el joven Rojo Sarrazola había comparecido por sus propios medios y había señalado que en la época de los hechos, estaba en su casa con *"dolor de cabeza"* (fl. 276). Aun cuando el profesional que practicó el dictamen refirió como sustento probatorio la historia clínica del paciente, incluyendo las valoraciones psiquiátricas hechas en el segundo semestre de 2004, determinó que era posible concluir que en el período en que se ausentó del servicio policial, el joven *"tenía conservadas las funciones mentales superiores y las capacidades intelectivas y volitivas, no actuó bajo trastorno mental ni inmadurez psicológica"* (fl. 276, c.2).

Luego, no existe base probatoria alguna que justifique, en esta instancia, la conducta evasiva adoptada por el demandante Edwin Dubán Rojo Sarrazola respecto del servicio que legalmente estaba obligado a prestar, pues además de desconocer y desatender las consecuencias expresamente advertidas de tal omisión, el indicado joven adujo explicaciones contradictorias que no lograron ser corroboradas ni tenidas como ciertas en sede policial, como tampoco en el proceso penal ni en la presente causa.

Al lado de esta circunstancia, se advierte igualmente la conducta asumida por el también demandante Jesús Emilio Rojo Betancur, de quien se demostró que acudió a la Escuela Carlos Holguín para devolver las prendas e implementos militares del auxiliar bachiller cuando no se había dispuesto su desvinculación de la Policía Nacional; más aún, en la demanda se indicó que fue él quien, el 9 de abril de 2004, le sugirió a su hijo Edwin Dubán no comparecer a la Estación de Policía Belén a cumplir con sus labores, por *"observar algo extraño en el comportamiento de su hijo",* y se comunicó telefónicamente con el Comando de esa unidad para manifestar la aludida situación (fl. 3, c.1), todo lo cual revela la

voluntad que se tenía, en el entorno personal y familiar del señor Rojo Sarrazola, de que éste dejara de acudir al servicio que estaba llamado a prestar.

La entidad estatal, por su parte, no contaba con elementos de juicio que la obligaran a conocer o siquiera a sospechar sobre cualquier padecimiento psicológico que justificara la conducta del auxiliar bachiller o que la obligara a separarlo oportunamente del servicio, antes de que se diera su evasión, puesto que no se demostró que el joven hubiera sufrido trauma alguno durante su entrenamiento ni episodios o accidentes que le produjeran o exacerbaran un trastorno mental. Por el contrario, los compañeros de servicio de la víctima manifestaron que la única contingencia expresada por el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola sobre su salud, fue la afección en su pie derecho. De igual manera, tampoco se acreditó que el padre del señor Rojo Sarrazola hubiera informado al personal de la Escuela Carlos Holguín sobre la supuesta desaparición de su hijo -como se adujo en la demanda- razón por la cual no existe mérito para señalar que la entidad estatal debiera tener por justificada la ausencia del auxiliar bachiller o hubiera tenido la obligación de disponer su búsqueda y abstenerse de adelantar el proceso penal hoy reprochado.

En esa medida, resulta claro que fue el hecho de los demandantes el que incidió en la provocación del daño, excluyendo totalmente la responsabilidad que se predicó en la demanda respecto de la Nación - Ministerio de Defensa.

En lo que atañe al silencio guardado por el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola sobre sus condiciones de salud en el momento de ser incorporado, es de reiterar que fue esta omisión de la víctima la que dio lugar a su incorporación, luego tenida como irregular por la autoridad penal que dispuso la absolución del demandante por atipicidad de la conducta.

Fue así que, al dictar la sentencia absolutoria, el Tribunal Superior Militar destacó que las afecciones padecidas en su adolescencia por el hoy demandante configuraban un antecedente que, por su naturaleza, tenía la virtud de impedir su ingreso a la Policía Nacional, dado que los registros de la historia clínica diligenciada en el año 2002 –y como se acreditó en este proceso, también en 2001-

evidenciaban que el joven no reunía las condiciones psicofísicas para desarrollar cabalmente actividades militares ni labores propias del servicio de policía.

Sin embargo, los datos relativos al estado de salud del señor Rojo Sarrazola en 2001 y 2002 no fueron conocidos por las autoridades de reclutamiento que adelantaron el proceso de incorporación del hoy demandante quien, además de no exponer los referidos antecedentes ante el personal que lo inscribió y examinó, suscribió los reportes de los exámenes médicos de ingreso manifestando no tener *"alteraciones"* en su salud.

Se debe señalar, además, que para la fecha de ingreso del señor Rojo Sarrazola a la Policía Nacional, no le era exigible a la entidad estatal conocer ni recaudar los antecedentes médicos de las personas sometidas al proceso de incorporación, salvo por solicitud del interesado. Así se desprende de lo dispuesto en la Ley 48 de 1993, que en la época de los hechos regulaba lo relativo al servicio de reclutamiento. Tal normativa establecía, en sus artículos 15 al 18, que los inscritos en el proceso de incorporación debían ser sometidos a tres exámenes médicos practicados por los oficiales de Sanidad, en el lugar, fecha y hora que fijaran las autoridades de reclutamiento. El segundo de esos exámenes era de carácter opcional y procedía por determinación de tales autoridades, o bien, precisamente a solicitud del interesado, mientras que el tercer examen debía realizarse entre los 45 y 90 días siguientes a la incorporación ya efectuada[18]. Bajo tal línea, los artículos 29 y 30 del Decreto 2048 de 1993 establecían:

> *Artículo 29. Para demostrar las exenciones previstas en la ley, es requisito indispensable aportar la prueba documental y sumaria sobre su existencia.*

[18] Señalaban las indicadas normas: *"Artículo 15. Exámenes de aptitud sicofísica. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos".*

"Artículo 16. Primer examen. El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por Oficiales de sanidad o profesionales especialistas al servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento. Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin".

"Artículo 17. Segundo examen. Se cumplirá un segundo examen médico opcional por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito, el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar".

"Artículo 18. Tercer examen. Entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar".

> *Artículo 30. Solamente podrán alegarse y concederse las exenciones previstas en la ley. Las otorgadas ilegalmente, acarrearán sanciones penales y disciplinarias contra los responsables.*

Por tanto, las exenciones e inhabilidades aplicables en el reclutamiento para el servicio militar obligatorio solo podían reconocerse si eran alegadas y demostradas por el interesado, no siendo competencia de las autoridades entrar a indagarlas de oficio.

Lo anterior es también relevante si se tiene en cuenta que al proferir la sentencia absolutoria, el Tribunal Superior Militar no elevó juicios de reproche contra las autoridades que adelantaron, en su momento, el proceso de incorporación del joven Rojo Sarrazola -dado que la calificación de su aptitud para el servicio se había fundado en los exámenes previstos en la Ley 48 de 1993-, sino que se centró en poner de manifiesto que, probadas en la instancia penal las contingencias de salud que en el 2002 presentó el joven Rojo Sarrazola, se hacía evidente que, frente a estas, la única decisión procedente habría sido la de no llamar a las filas al hoy demandante.

Se desprende de lo anterior que, al advertirse que el joven Rojo Sarrazola presentaba antecedentes de salud que habrían de impedir su incorporación al servicio, al margen de que tales antecedentes fueran conocidos o no por las autoridades encargadas de ese proceso administrativo de ingreso, lo cierto era que ante tales evidencias, descubiertas solo en la actuación penal, ya no era posible declarar la ocurrencia del delito cuando sus presupuestos no pudieron concurrir materialmente en el momento de ocurrencia de los hechos allí investigados.

No obstante, de ello no puede colegirse que la Policía Nacional o las autoridades de reclutamiento hubieran incurrido en falla del servicio por no conocer los antecedentes de salud del señor Rojo Sarrazola, haciendo derivar de ello todos los hechos que luego fueron penalmente perseguidos y por los cuales el actor fue privado de su libertad. No es esa la conclusión a la cual se ha de arribar con base en los hechos probados, por cuanto lo que estos permiten concluir es que, al no manifestar el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, que en años anteriores a su reclutamiento sufrió episodios frecuentes de síncope y pérdida del conocimiento, se sometió conscientemente al servicio militar obligatorio y, posteriormente, desconoció

los compromisos que había asumido por su propio albedrío –expresado al suscribir la declaratoria de ausencia de antecedentes médicos, cuando estos podían eximirlo de la indicada obligación-.

No de menor peso resulta en este caso la conducta desplegada por el progenitor del señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola, quien conociendo los antecedentes clínicos de su hijo, omitió dar parte de todas esas circunstancias ante las autoridades de reclutamiento y, se reitera, impidió que ante los superiores del auxiliar bachiller se siguiera un conducto regular para informarles en debida forma los motivos que lo llevaron a ausentarse del servicio, optando por aconsejarlo –según se indicó en la demanda- para que simplemente se quedara en su casa en un día laboral en que amaneció con *"comportamiento extraño"*.

Se configuran, de esta manera, los presupuestos para declarar la culpa exclusiva de la víctima como causa extraña eximente de responsabilidad del Estado; presupuestos que han sido explicados por esta Subsección, en los siguientes términos[19]:

> *Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.*
>
> *(…)*
>
> *Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta*.
>
> *De igual forma, se ha dicho:*
>
> '*… para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:*
>
> *'Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la*

[19] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de julio de 2014, expediente 38.438, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal (…)'.

A la luz de este criterio jurisprudencial, la Sala reitera que en el presente caso la víctima Edwin Dubán Rojo Sarrazola incurrió por su propia voluntad en la conducta irregular que luego le fue reputada como ilícita en la actuación penal, y si bien tal comportamiento resultó no configurativo de delito, ello obedeció a que en el trámite administrativo de incorporación no se tuvo noticia de una circunstancia que debió ser informada por el hoy demandante, pero que éste omitió referir, igualmente sin justificación alguna.

En ese orden de ideas, se revocará la sentencia apelada y en su lugar, se declarará de oficio la excepción de culpa exclusiva de la víctima, al tiempo que se denegarán, como consecuencia, las pretensiones de la demanda.

6. Conclusiones

Se demostró en el proceso que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola fue privado de la libertad, sindicado y condenado por el supuesto delito de deserción, en un proceso penal que, no obstante, culminó en sede de segunda instancia con sentencia absolutoria, dispuesta por haberse evidenciado la atipicidad de la conducta.

Sin embargo, el daño fue provocado por la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el señor Edwin Dubán Rojo Sarrazola se ausentó del servicio policial que estaba prestando, sin causa justificada y sin que sus superiores de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá –a la cual se hallaba vinculado- tuvieran conocimiento de las circunstancias que motivaron la conducta del mencionado demandante. Asimismo, la atipicidad de la conducta, así calificada por la Justicia Penal Militar, se configuró por la existencia de antecedentes psicofísicos en el historial clínico del reclutado, hecho este que, de haber sido conocido por las autoridades de reclutamiento, habría dado lugar a la no incorporación del señor Rojo Sarrazola al servicio policial, pero que no se conoció oportunamente debido a que el actor no lo puso de manifiesto estando llamado a hacerlo.

Por su parte, el señor Jesús Emilio Rojo Betancur también contribuyó a la provocación del daño, al guardar silencio sobre los antecedentes de salud de su

hijo durante el proceso de reclutamiento, alentarlo para no acudir al servicio policial –como se señaló en la demanda- y presentarse en la Escuela de Policía Carlos Holguín a devolver los uniformes y elementos oficiales asignados a su hijo, a sabiendas de que no se había adelantado en legal forma su desvinculación de la Policía Nacional; con todo ello, el indicado demandante propició la indebida conducta de su hijo –vale decir, su ausencia del servicio- y la consiguiente ocurrencia del hecho dañoso.

7. Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 – aplicable en el *sub lite*-, la conducta de las partes ha de tenerse en cuenta para resolver sobre la procedencia de la condena de costas. Toda vez que en el presente caso no se evidencia que alguna de las partes haya actuado temerariamente o que de cualquier otra forma haya atentado contra la lealtad procesal, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 18 de septiembre de 2013.

SEGUNDO: DECLÁRASE que no prospera la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, propuesta por la entidad demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE de oficio la excepción de *culpa exclusiva de la víctima,* por las razones señaladas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**