

1025



.. 000137

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C

Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá D.C., marzo veintiséis (26) de dos mil catorce (2014)

Radicación: 25000232600020010105001 (30750)  
Actor: Miguel Ángel Altamiranda Ascencio  
Demandado: Ministerio de Defensa – Ejército Nacional  
Referencia: Reparación Directa

Resuelve la Sub-Sección el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de diciembre de 2004, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. La demanda

El día 18 de mayo de 2001, el señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio mediante apoderado, presentó demanda de reparación directa contra el EJÉRCITO NACIONAL solicitando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*"PRIMERA: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ÁNGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, por haberlo inscrito en las filas de los reclutas "regulares" y no en las filas de los reclutas "bachilleres" como correspondía, y demorar su reclasificación al grupo al que pertenecía, colocando en peligro su integridad personal y vulnerando su derecho a la igualdad, hechos que le causaron y le siguen causando daños antijurídicos morales y económicos.*



*SEGUNDA: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ANGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, por haberlo declarado en un examen médico APTO para prestar el servicio militar obligatorio sin serlo, colocando en peligro su integridad personal, su salud y su vida, y vulnerando su derecho al trabajo, su derecho al libre desarrollo de su personalidad y el derecho a la educación (superior o técnica), hechos que le causaron y le siguen causando perjuicios antijurídicos morales y económicos.*

*TERCERO: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ANGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, por no atender con la seriedad debida sus manifestaciones de dolores abdominales ante la hernia supra-umbilical que sufría y en su lugar ordenar exceso de ejercicio físico y remisiones al "dispensario" en lugar de enviarlo a un profesional en la medicina, colocando en peligro su integridad personal, su salud y su vida, hechos que le causaron y le siguen causando perjuicios antijurídicos morales y económicos.*

*CUARTO: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ANGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, al darlo de ALTA e iniciar su incorporación al servicio militar, sin cambiar su inscripción de regular a bachiller y sin verificar sus problemas de salud, colocando en peligro su integridad personal, su salud y su vida, hechos que le causaron y le siguen causando perjuicios antijurídicos morales y económicos.*

*QUINTO: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ANGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, al certificar que se hallaba incorporado legalmente y ostentaba la calidad de militar sin reunir a plenitud los requisitos exigidos por la ley, y generar en su contra con la certificación aludida, un proceso por el presunto delito de desertión, vulnerando su buen nombre y colocando en peligro su derecho a la libertad, hecho que le causó y le siguen causando daños antijurídicos morales y económicos.*

*SEXTO: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ANGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, con la señalada certificación que generó además de la iniciación del proceso penal militar, que se profiriera en su contra medida de aseguramiento consistente en detención y que se hiciera efectiva la privación de su libertad por el presunto delito de desertión colocando en peligro y vulnerando su derecho a la libertad, hechos que le causaron y le siguen causando daños antijurídicos morales y patrimoniales.*

*SEPTIMO: Que el Ejército Nacional, es responsable de los perjuicios causados al señor MIGUEL ANGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, al demorar en darlo de BAJA de las filas militares, a pesar de que se le diagnosticó una segunda hernia umbilical, colocando nuevamente en peligro su integridad personal y su salud, afectando nuevamente su derecho a la libertad, al desarrollo de la personalidad, al estudio y al trabajo, hecho que le causó y le sigue causando daños antijurídicos morales y patrimoniales.*



*OCTAVO: Que como consecuencia de las declaraciones de la anterior sucesión de hechos antijurídicos de la administración, el Ejército Nacional pagará al actor, por concepto de indemnización, lucro cesante y daño emergente, como se discrimina en la sección "Estimación razonada de la cuantía", los perjuicios causados en el lapso comprendido entre el 19 de mayo de 1999, fecha del ingreso y el 25 de julio de 2000, fecha en que fue dado de baja, periodo en que el actor sufrió física y síquicamente, por las decisiones del Ejército Nacional, que se materializaron en vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, la integridad personal, la vida, la libertad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad, el estudio y el trabajo, o la que resulte probada en autos si fuere mayor, o en incidente de liquidación en los términos del Código de Procedimiento Civil, artículo 308, trabajo en que se tendrán en cuenta intereses legal y de mora, y la correspondiente indexación, desde la fecha en que se produjeron los daños hasta cuando el pago se haga efectivo.*

*NOVENA: Que también como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Ejército Nacional, es responsable del perjuicio moral subjetivo y el perjuicio fisiológico, por el mismo lapso comprendido entre el 19 de mayo de 1999, fecha del ingreso y el 25 de julio de 2000, fecha de la "baja" como se discrimina en la sección "Estimación razonada de la cuantía", en gramos de oro puro, o a lo que equivalga la misma cantidad en pesos colombianos, al momento de ejecutarse la sentencia condenatoria, según cotización del Banco de la República.*

*DÉCIMA: Que, en virtud de esta demanda, se condene al Ejército Nacional (sic) pagar los intereses bancarios, vigentes, desde la ejecutoria de la sentencia, y por los primeros seis (6) meses, y en los doce (12) restantes el doble de los intereses bancarios, a título de moratorios, como lo dispone el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*ONCEAVA: Que el valor de las condenas aquí señaladas, se actualicen al ejecutarse la sentencia, con base en el índice de precios al consumidor (IPC), según certifique el Departamento Nacional de Estadística DANE, para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda (art. 178 del Código Contencioso Administrativo).*

*DOCEAVA: Que la sentencia de mérito favorable a las pretensiones de la demanda (sic) y se le de cumplimiento en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".*

## **1.2. Hechos**

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

1. El joven Miguel Ángel Altamiranda Ascencio nació el 14 de abril de 1978 y se graduó como bachiller académico en el "Liceo Los Ángeles" del municipio de Flandes (Tolima), el 29 de noviembre de 1997.



2. El día 19 de mayo de 1999, el joven Altamiranda Ascencio se presentó en el Distrito Militar 52 para definir su situación militar y ese mismo día lo dejaron en las instalaciones sin que le hubieran practicado ningún examen médico de aptitud. Al día siguiente su madre entregó copia del diploma de bachiller para que lo reconocieran pero ello no se hizo, sino que fue incorporado como recluta regular.

3. Durante el lapso comprendido entre el 19 de mayo y el 24 de julio de 1999, recibió la instrucción básica militar y en varias ocasiones puso en conocimiento de sus superiores los problemas de salud que tenía, pero fue tildado de recluta flojo y sometido a ejercicios físicos excesivos. En las ocasiones en que manifestaba su malestar corporal era enviado al dispensario de salud donde lo inyectaban con Dipirona que es un calmante.

4. Mediante orden del día No. 096 del 24 de mayo de 1999, fue dado de alta como soldado regular pero en ese momento no se le practicó examen de aptitud física sino dos meses después declarando que era apto para el servicio a pesar de haber manifestado que tenía problemas de visión, inestabilidad articular de la rodilla derecha, hernia supraumbilical y una enfermedad congénita llamada diastasis de rectos abdominales.

5. Como su padre se encontraba enfermo, su madre solicitó que le concedieran permiso para que saliera a visitar y se lo concedieron por tres días, pero antes de salir fue obligado a realizar ejercicios físicos en exceso, los cuales le causaron dolores insoportable que lo hicieron acudir a la Clínica San Sebastián de Girardot, donde luego de ser examinado se le diagnosticó hernia y se ordenó practicarle una cirugía de manera inmediata la que se realizó el 29 de julio de 1999; de manera que cuando se venció el permiso concedido el joven se encontraba hospitalizado luego de la intervención quirúrgica y se le dieron 10 días de incapacidad hasta el 7 de agosto de 1999.

6. Luego de la recuperación de la cirugía, el soldado, apoyado por su madre, decidió no reincorporarse al servicio militar por el riesgo para su salud, por



miedo a las represalias que tomaran en su contra y porque lo mantenían como recluta regular y no como bachiller.

7. Por lo anterior, el Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar le abrió investigación por el presunto delito de desertión, y el 2 de marzo de 2000 le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, ordenando su captura.

8. El día 29 de marzo de 2000, el joven Altamiranda Ascencio se presentó voluntariamente en la Décima Quinta Brigada del Ejército Nacional y fue encarcelado inmediatamente, dejándolo a órdenes de la Justicia Penal Militar.

9. Entre las pruebas decretadas en el proceso se ordenó la práctica de un nuevo examen médico para verificar su aptitud y el resultado fue que el soldado no era apto y para el servicio militar y que todas las condiciones de la que se derivaba esa calificación ya existían al momento del primer examen realizado. Así pues, con base en estos resultados se pidió la baja para el soldado quien debía ser operado nuevamente de otra hernia umbilical y además se solicitó que se profiriera en su favor una cesación de procedimiento por inexistencia del delito, ya que se probó que no ostentaba la calidad de militar, al no existir incorporación legal y completa a las Fuerzas Militares.

10. El Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar mediante providencia del 24 de abril de 2000, archivó las diligencias adelantadas en su contra por el presunto delito de desertión, al encontrar probado que la conducta era atípica porque el joven no ostentaba la calidad de militar; sin embargo al joven Altamiranda Ascencio se le mantuvo dentro de las instalaciones de la Décimo Quinta Brigada en espera el acto administrativo de baja y luego a partir del 23 de marzo de 2000, el Comandante del Escuadrón lo autorizó para irse a su casa, con la obligación de presentarse cada 3 días, situación que terminó el 25 de julio de 2000, cuando fue dado de baja.

### **1.3. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda**



Mediante auto del 4 de julio de 2001, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso notificar a las partes, al Ministerio Público y fijar en lista, (fl. 44, c. ppal.).

El Ejército Nacional no contestó la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 27 de agosto de 2002 decretó las pruebas pedidas por la parte demandante y posteriormente corrió traslado para alegatos de conclusión (fls. 49 a 50 y 89, c. ppal.).

La parte actora solicitó ampliar el periodo probatorio para que se allegaran algunas pruebas faltantes y mediante memorial del 4 de octubre de 2004, alegó de conclusión reiterando lo expuesto en la demanda y manifestando que se probaron los hechos expuestos en el libelo petitorio así como la afectación psicológica del joven que conlleva inestabilidad emocional por su condición de adolescente y se probó el daño fisiológico sufrido con el deseo del joven de no reincorporarse al servicio y los dolores sufridos con ocasión de la intervención quirúrgica los cuales le afectaron en su desempeño (fls 92 a 97).

El Ejército Nacional presentó sus alegatos de manera extemporánea (fls. 100 a 103).

#### **1.4. Sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia el 16 de diciembre de 2004, en la que accedió a las pretensiones de la demanda por considerar que se acreditó los daños causados al soldado por las lesiones que sufrió y que lo obligaron a ser operado de una hernia umbilical y además por la privación de la libertad como consecuencia del proceso penal por el delito de desertión.

Al respecto dijo la providencia:



*"Del estudio y análisis del material probatorio allegado al expediente, la Sala considera que los problemas de salud que presentaba el señor MIGUEL ÁNGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, a pesar de venirlos padeciendo antes de ingresar al servicio, indicaban que no era APTO para prestar el servicio militar, que está probado, las complicaciones posteriores que tuvo que padecer a consecuencia de una mala incorporación al servicio, al ser declarado APTO, cuando sus condiciones físicas no se lo permitían; a su vez está probada la intervención quirúrgica a la cual fue sometido, a causa del problema de hernia umbilical; está probado también con las copias de la investigación por el presunto delito de desertión, de las incomodidades padecidas por el joven MIGUEL ÁNGEL ALTAMIRANDA ASCENCIO, al permanecer escondido por algún tiempo; por lo tanto la Sala concluye que no se cumplió con los parámetros establecidos por la Constitución y la Ley para vincular al joven al servicio militar, ya que no se tuvo en cuenta su aptitud sicofísica, requisito que debe ser observado, por las autoridades de reclutamiento y control de reservas".*

En la providencia se negaron los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante por falta de prueba de los mismos, en cuanto al daño emergente, se reconoció la parte de la cirugía que no cubrió el seguro y lo cancelado al abogado por su defensa, negando las otras sumas solicitadas porque no se allegaron los soportes probatorios de la mismas; se condenó también al pago de los perjuicios morales (fls. 112 a 128).

#### **1.5. Recursos de apelación y trámite en segunda instancia**

Mediante memorial del 21 de enero de 2005, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación (fls. 130 a 141).

En la sustentación del recurso, la parte demandante solicitó modificar el fallo de primera instancia para que se corrigieran los errores cometidos en la fijación en concreto de los perjuicios por estimar que los concedidos fueron ínfimos frente a los daños sufridos y se acogieran las pretensiones de la demanda, regulando con justicia y equidad el monto indemnizatorio y concediendo los perjuicios ocasionado por cada uno de los hechos dañosos además de reconocerse los perjuicios morales subjetivados y objetivados y el perjuicio fisiológico como consecuencia del agravio sufrido.

En efecto, si bien se tuvo como probado el daño causado por haber sido declarado apto, no se analizó debidamente lo relacionado con el daño por



haber sido incorporado como soldado regular y no soldado bachiller, a pesar de cumplir los requisitos previstos en la Ley 48 de 1993, este daño se tradujo en un trato desigual y en los entrenamientos recibidos por el joven Altamiranda ya que ellos son diferentes, los soldados regulares reciben una instrucción y entrenamiento físico intenso y exigente mientras que para los otros el entrenamiento es superficial, y sólo son enviados a combate en situaciones de apremio especial. El joven fue incorporado como soldado regular el 24 de mayo de 1999 y sólo se cambió su condición a soldado bachiller el 27 de agosto de 1999, cuando ya no se encontraba en las instalaciones militares, un mes después de la intervención quirúrgica.

De igual manera se señala que el examen médico de aptitud fue realizado el 17 de julio de 1999, casi dos meses después de la incorporación, por lo cual debe tenerse en cuenta que el daño y los perjuicios se causaron desde el momento en que fue incorporado al servicio y así deben ser reconocidos.

Por otra parte, el impugnante reclama como daños autónomos los siguientes:

1. La expedición de la certificación que le otorgó la calidad de militar sin ostentaria legalmente, teniendo en cuenta que el joven Altamiranda no recibió armas, ni juró bandera, porque para ese momento no estaba en las instalaciones militares sino incapacitado por la intervención quirúrgica, este hecho tuvo como consecuencia que se le adelantara proceso penal y fuera privado de la libertad, además de la vulneración de su buen nombre.

2. La demora de cuatro meses en proferir el acto administrativo para darlo de baja y retirarlo legalmente de la vida militar, a pesar de sufrir una nueva hernia umbilical, porque el 6 de abril de 2000 se determinó que no era apto y sólo el 25 de julio de 2000 se le otorgó la baja, tanto que el superior le autorizó ir a su casa con presentaciones periódicas, pero se puso en peligro la integridad personal del soldado y dilató su ingreso a los estudios durante el primer semestre del año 2001 y su derecho al trabajo.

Por estos daños se solicitó el reconocimiento de lucro cesante por haber visto suspendido su derecho a la libertad de obrar libremente o escoger entre



varias posibilidades entre estudiar o trabajar para realizar sus aspiraciones y se solicitó además que se ordenara pagar los perjuicios morales objetivados y subjetivados así como los perjuicios fisiológicos o de la vida de relación, en especial por la privación de la libertad derecho que es protegido por normas contenidas en pactos internacionales de derechos y en la Asamblea de la Naciones Unidas, circunstancia que fue desconocida en el fallo porque se omitió concretar el tipo de perjuicios morales y no se explicaron las razones por las cuales no se concedieron las cuantías solicitadas, teniendo en cuenta que se pidieron en gramos oro y fueron otorgadas en salarios mínimos conversión que resulta perjudicial para la víctima (fls. 130 a 141).

Esta Corporación con auto calendado el 26 de agosto de 2005, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y mediante providencia del 3 de febrero de 2006 se concedió término para alegatos de conclusión (fls. 153 y 155).

La parte demandada presentó alegatos de conclusión manifestando que en el proceso no se probó que el demandante hubiera presentado certificado médico que acreditara las enfermedades que padecía cuando fue incorporado y que lo hacían no apto para prestar el servicio militar. Adujo también el apoderado judicial que no existe nexó entre la afectación de la salud y la incorporación, porque el Ejército le prestó atención médica y él al evadirse renunció a ella, de manera que se configura una culpa exclusiva de la víctima.

En relación con el hecho de ser incorporado como soldado regular y no bachiller, consideró la demandada que no se produjo daño alguno porque la diferencia entre estas dos calificaciones radica en el tiempo de prestación del servicio y el demandante no cumplió con el mínimo exigido para el servicio militar como bachiller. (fls 156 a 159).

Posteriormente en varias oportunidades el demandante ha remitido solicitudes de prelación que fueron negadas por no cumplirse los requisitos exigidos por la ley (fls 184 a 277).



Al haberse citado a las partes para audiencia de conciliación el Ministerio Público emitió concepto en el cual manifestó que se cumplían los requisitos para que se llegara a un acuerdo conciliatorio entre las partes, en el que se reconocieran los perjuicios deprecados en la demanda y que fueron objeto del recurso de apelación (fls. 284 a 305).

El día 21 de agosto de 2013, se celebró audiencia de conciliación a la cual no asistió la parte demandante y posteriormente, el apoderado de la parte actora manifestó que no estaban de acuerdo con la propuesta efectuada por la entidad demandada (fls. 313 y 327).

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia.

Previo a pronunciarse sobre la competencia, debe la Sala determinar si, en el caso concreto, en el que se demanda entre otros daños, la responsabilidad por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio por parte de un Juez perteneciente a la Justicia Penal Militar, son aplicables las disposiciones normativas consagradas en los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, toda vez que este hecho dañoso fue causado por un agente estatal que **no** pertenece a la Rama Judicial del poder público.

Los artículos 65 a 69 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (LEAJ), establecen la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción y la omisión de sus agentes judiciales<sup>1</sup> así como la responsabilidad personal tanto de funcionarios como de empleados de esta índole<sup>2</sup>, en tres casos, a saber, defectuoso funcionamiento de la

<sup>1</sup> Artículo 65 de la Ley 270: "DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad".

<sup>2</sup> Artículo 71 de la Ley 270: "DE LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y DEL EMPLEADO JUDICIAL. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culpable de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".



administración de justicia, error jurisdiccional y privación injusta de la libertad.

Ahora bien, el artículo 74 de la Ley 270, preceptúa que estas disposiciones se aplicarán a los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional, de modo que, al pertenecer a la Rama Ejecutiva del poder público, pese a que administra justicia, los daños causados por quienes ejercen funciones en la Justicia Penal Militar, deberían juzgarse a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, estipulación general de la responsabilidad del Estado.

Sobre este aspecto, en anterior oportunidad esta Sala se pronunció así: <sup>3</sup>

*“Sin embargo, la Sala considera que debe realizarse una análisis sistemático de la Ley 270 de 1996 y sus antecedentes legislativos, para concluir si fue voluntad del legislador excluir a la Justicia Penal Militar de la aplicación de las disposiciones consagradas en el Capítulo VI de este cuerpo normativo o, si por el contrario, le son aplicables las mismas.*

---

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.
2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.
3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

ARTÍCULO 72. ACCIÓN DE REPETICIÓN. La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles. Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de junio 13 de 2013, rad 26266, C.P. Olga Valle de De La Hoz.



En efecto, en el proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional<sup>4</sup>, la norma que hoy equivale al artículo 74 de la LEAJ, era el artículo 102, cuyo texto era el siguiente:

*“ARTÍCULO 102. APLICACIÓN. Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a las distintas jurisdicciones que la Constitución establece, así como también a los particulares que transitoriamente participan en la función judicial y a cualquier otra manifestación del ejercicio jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente ley.  
Por tanto, en los preceptos que anteceden el término “funcionario judicial” comprende todas las personas señaladas en el inciso anterior”.*

Este texto no sufrió modificación alguna en la ponencia para primer debate del proyecto de ley 58/94 del Senado, publicado en la Gaceta del Congreso 216 de 25 de noviembre de 1994.

En la misma ponencia, se propone incluir dentro del artículo 25 del pliego de modificaciones (24 del proyecto original) denominado “DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL” a la justicia penal militar, en los siguientes términos:

*“Artículo 25 (Anterior Art. 24). DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. La función jurisdiccional se ejerce por las Corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la presente ley estatutaria. Esta función corresponde, como propia y habitual y de manera permanente, a los magistrados y jueces que forman parte de la Rama Judicial, según lo previsto en el título VIII de la Constitución Política y en la presente ley. Igualmente por el Congreso de la República, por autoridades administrativas, **por la justicia penal militar**, y por los particulares en los casos previstos por la Constitución.  
(...)”. (Cursiva en el original, resaltado fuera del texto)*

Asimismo, se incluyó un nuevo artículo – 32 del pliego de modificaciones<sup>5</sup> – titulado “De la Justicia Penal Militar”, con el propósito de tratarla como a una jurisdicción.

<sup>4</sup> Publicado en la Gaceta del Congreso 135 de 31 de agosto de 1994.

<sup>5</sup> “Artículo 32. (Nuevo). DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR. Los tribunales y jueces militares conocerán con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar, de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.



*En la Gaceta del Congreso 196 de 1995, se publicó el acta de la sesión conjunta de las Comisiones Primeras de Senado y Cámara de Representantes, en la cual se debatió el Proyecto de Ley 58/94 "estatutaria de la administración de justicia".*

*En este primer debate, se modificó el título "del ejercicio de la jurisdicción", por el de "estructura general de la administración de justicia", en cuyo artículo 11 se estableció la integración y constitución de la Rama Judicial del Poder Público, incluyendo en su literal f) a la jurisdicción penal militar, así:*

*"f) de la jurisdicción penal militar:*

- 1. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.*
- 2. Tribunal Militar.*
- 3. Juzgados Penales Militares".*

*Igualmente, en el artículo 12 "Del ejercicio de la función jurisdiccional por la Rama Judicial", se estipuló:*

*"La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente ley estatutaria.*

*Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como la penal militar, la indígena y la justicia de paz y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.*

*(...)*

*Los tribunales y jueces militares conocen con arreglo a las prescripciones de la ley y del Código Penal Militar de los delitos sometidos a su competencia".*

*En el artículo 13 se estableció que los eventos en que ejercían función jurisdiccional, el Congreso de la República, las autoridades administrativas y los particulares.*

---

*En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar".*



En cuanto a la responsabilidad de Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, el artículo 74 del texto aprobado en primer debate, señalaba:

*"APLICACIÓN. Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente ley estatutaria.*

*En consecuencia en los preceptos que anteceden los términos "funcionario o empleado judicial" comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior".*

En la forma como fueron aprobados los artículos 11 y 74 en el primer debate de la sesión conjunta de las Comisiones Primeras de Senado y Cámara, fueron ratificados en los demás debates legislativos, sin embargo en el estudio previo de constitucionalidad, la Corte decidió declarar inexecutable el literal f) del artículo 11 del proyecto de ley 58/94 Senado, 264/95 Cámara, bajo las siguientes consideraciones:

*"El literal f) establece que la jurisdicción penal militar hace parte de la rama judicial. Al respecto, baste manifestar que este es uno de los casos en que a pesar de que se administra justicia (Arts. 116 y 221 C.P.), los jueces penales militares no integran esta rama del poder público, pues -conviene repetirlo- no se encuentran incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII superior. Por lo demás, no sobra advertir que en providencia de esta Corporación ya se han definido los alcances del artículo 221 superior -que se encuentra dentro del Capítulo sobre la fuerza pública- al establecer que la justicia penal militar únicamente juzga a "los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y sólo por delitos cometidos en relación con el mismo servicio. En esa misma providencia se concluyó: "Es verdad que la Justicia Penal Militar, según lo dice el artículo 116 de la Constitución, administra justicia. Pero lo hace de manera restringida, no sólo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce". Por lo demás, estima esta Corporación que el hecho de que la ley le haya atribuido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento en casación de las sentencias proferidas por la justicia penal militar, no significa por ese sólo hecho que ella haga parte de la rama judicial, pues se trata de una relación funcional que en nada compromete la estructura orgánica de esta rama del poder público.*



*Al ser indiscutible, entonces, que los jueces penales militares no tienen por qué hacer parte de la rama judicial, esta Corporación deberá declarar la inexecutable del literal f) del artículo 11 bajo revisión<sup>6</sup>.*

*En virtud de lo anterior, la Sala considera que el legislador no tuvo la intención de excluir a la justicia penal militar de la aplicación de las normas que conforman el capítulo VI de la LEAJ, por el contrario, al incluir esta jurisdicción en el texto original de la ley como parte integrante de la Rama Judicial entendió que era uno de aquellos agentes del Estado de que trata el artículo 74 de la Ley 270 de 1996.*

*Sin embargo, al ser declarado inexecutable el literal que circunscribía a esta jurisdicción especial como parte de la Rama Judicial, el citado artículo 74 quedó con un vacío, que en ningún momento puede entenderse como una exclusión en su ámbito de aplicación puesto que, no cabe duda que la intención tanto del constituyente como del legislador ha sido tener a la justicia penal militar como un órgano que administra judicial.*

*En efecto, el mismo artículo 116 de la Carta Política determina que entre los entes encargados de administrar justicia en Colombia, se encuentra la Justicia Penal Militar. En el mismo sentido lo estipula el artículo 12 de la LEAJ.*

*Aunado a lo argumentado, la Sala pone de presente que el artículo 74 ídem, estipuló que las disposiciones sobre responsabilidad del Estado se aplicarían igualmente a los particulares que de forma transitoria y excepcional ejercieran la función jurisdiccional, en consecuencia, si el legislador quiso que este régimen se atribuya a quien administra justicia de forma temporal, con mayor razón pretendía destinarlo a aquellos entes que ejercen dicha facultad de manera regular.*

*En sentido similar discurrió la Corte Constitucional al realizar el estudio de executable previo de la norma bajo análisis, así:*

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.



*"Esta norma se limita a advertir que la responsabilidad por causas relacionadas con la administración de justicia se aplica a todos aquellos que en forma permanente o transitoria hagan parte de ella. Valga anotar que, en este último caso, se incluyen igualmente a las autoridades indígenas y a los jueces de paz, pues en el momento de dirimir con autoridad jurídica los conflictos de su competencia, ellos son realmente agentes del Estado que, como se vio, también están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley y, por tanto, también son susceptibles de cometer alguna de las conductas descritas en los artículos anteriores del presente proyecto de ley. Con todo, debe puntualizarse que, habida cuenta las explicaciones dadas respecto de los artículos anteriores, el último inciso de la norma bajo examen no cobija a los magistrados que pertenecen a las altas cortes u órganos límite en los términos establecidos en esta providencia.*

*La disposición, bajo estas condiciones, será declarada exequible"*<sup>7</sup>.

*Así las cosas, al ser la Justicia Penal Militar, una jurisdicción especial, que administra justicia en forma permanente pero limitada al ámbito de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública, los daños causados en el desarrollo de esta función deben imputarse bajo los lineamientos establecidos en los artículos 65 a 69 de la Ley 270 de 1996.*

*Conforme a lo expuesto, al ser aplicable al caso concreto el capítulo VI de la Ley Estatutaria de Administración Judicial, la Sala es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte actora de conformidad al artículo 73 ibidem y al auto de 9 de septiembre de 2008, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado.*

*En efecto, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se ocupó de regular de manera expresa la competencia para conocer y decidir las acciones de reparación directa "derivadas del error jurisdiccional, de la privación injusta de la libertad y del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia", y sostiene que "únicamente el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos" son competentes para ello, lo cual significa que el conocimiento de los citados procesos en primera instancia se radica*

---

<sup>7</sup> ibidem.



en los Tribunales Administrativos y en segunda instancia en esta Corporación, sin importar la cuantía del proceso”.

## 2.2. Responsabilidad extracontractual del Estado

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. La responsabilidad del Estado se hace patente cuando se configura un daño, el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación<sup>8</sup>.

Verificada la ocurrencia de un daño, surge el deber de indemnizarlo plenamente, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que *“permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”*.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>9</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.



Así mismo, en providencia de Sala Plena radicación 24392 de agosto 23 de 2012, se dijo:

*"Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado<sup>10</sup>, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:*

*"En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia"<sup>11</sup>*

En primer lugar es conveniente precisar que sólo la parte demandante apeló y como según el artículo 357 del C. de P.C., la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, la competencia del superior está limitada al estudio de los motivos de inconformidad. Así lo ha dicho la providencia de la Sección Tercera de esta Corporación:

***"De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso.***

*Téngase presente que la exigencia que consagra la ley para que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, a tal punto que su inobservancia acarrea la declaratoria de desierta del recurso y, por*

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012. Cons Ponente. Hernán Andrade Rincón. Exp 21515.

<sup>11</sup> Ídem.



*contera, la ejecutoria de la providencia que se pretende impugnar (artículo 212 C.C.A.)<sup>12</sup>.*

De esta manera se limitará la Sala al análisis de los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, y en relación con la privación injusta de la libertad se circunscribirá la providencia a lo planteado en el recurso, a saber, a la cuantía de la indemnización reconocida por este concepto.

### **2.3. El Caso concreto**

El joven Altamiranda Ascencio fue reclutado para prestar el servicio militar obligatorio como soldado regular, pese a ser bachiller. Al momento de su ingreso fue calificado como apto, pero presentaba una hernia umbilical y otras complicaciones en la rodilla, además de una enfermedad congénita.

Durante la etapa de instrucción, el joven se enfermó pero no se le prestó la atención debida, motivo por el cual cuando salió con un permiso para visitar a su padre enfermo, debió ser operado de urgencia de la hernia umbilical, dándosele una incapacidad de 10 días.

Vencida la incapacidad el soldado no se reintegró al servicio militar y en consecuencia se adelantó investigación penal por deserción. Posteriormente se presentó al distrito militar para resolver su situación y fue capturado, pero al probarse mediante un examen médico que no era apto para el servicio, se archivó la investigación en su contra.

El joven Altamiranda Ascencio permaneció en las instalaciones militares esperando la baja y luego fue autorizado para trasladarse a su casa con la obligación de presentarse cada 3 días.

### **2.4. Pruebas obrantes en el proceso y la solución del caso**

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 9 de 2012, rad. 21060, C.P. Mauricio Fajardo.



1. Copia de la certificación expedida por el Jefe de Personal del Grupo Mecanizado Tequendama, donde consta que el señor Altamiranda Ascencio Miguel Ángel es soldado regular integrante del tercer contingente de 1999, dado de alta en ese grupo de acuerdo con la orden del día No. 096 de mayo de 1999, se anexó también copia de dicha orden del día (fls. 1 a 6, c. pruebas).
2. Documentos de inscripción y de incorporación del joven Altamiranda, con fecha 24 de mayo de 1999, donde se consignó en el examen médico que era apto (fls. 7 a 9 y 79, c. pruebas).
3. Constancia de desacuartelamiento suscrita por el Comandante del Grupo Mecanizado No. 10 Tequendama, donde consta que el soldado mediante Orden Administrativa de personal No. 1-127 del 27 de agosto de 1999, cambió su condición de soldado regular a bachiller y el 27 de junio del 2000 fue dado de baja por abandono del tratamiento médico según radiograma No. 79936-CE-JDEH-DIPER-SL5-109, permaneciendo en las filas durante 7 meses (fi. 10, c. pruebas).
4. Copia de la declaración del Teniente Espinosa Rivera Omar y rendida ante el Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar, quien manifestó que fue él como comandante de escuadrón quien autorizó un permiso al soldado por tres días, porque la mamá informó que su papá estaba muy enfermo, pero vencido el permiso el joven no se reincorporó, por esa razón se pasó el informe para que se investigara la deserción. De igual forma declaró que el trato recibido por el soldado fue bueno y que su estado de salud era bueno porque no se quejaba de nada (fls. 12 y 13, c. pruebas).
5. Copia de la providencia de fecha marzo 2 de 2000, proferida por el Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar, mediante la cual se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva al señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio por el delito de Desercion (fls. 14 a 18, c. pruebas).



6. Copia de la declaración del CT. Useda Molina Juan Carlos quien corroboró lo manifestado por el otro oficial sobre el permiso otorgado al soldado Altamiranda (fls. 19 a 20, c. pruebas).

7. Copia del examen médico practicado por el Médico Alexander González Ramos, Médico Cirujano, Oficial de Sanidad GMerin, el 6 de abril de 2000, donde se registró:

*"A. Examen médico actual:*

*Hallazgos Positivos:*

- 1. Cicatriz quirúrgica supraumbilical, longitudinal, mediana de 3 cms. (Herniopatía umbilical). (cirugía realizada en Girardot Clínica San Sebastián, julio 26 de 1999).*
- 2. Inestabilidad articular rodilla derecha, signos meniscales positivos: lesión meniscal lateral.*
- 3. Diastasis de rectos abdominales grado I (leve).*

*B. Refiere que el problema de la rodilla derecha, lo presente desde hace aproximadamente dos años. También manifiesta que la Hernia Supraumbilical la tenía desde hace tres años.*

*Por la inestabilidad de la rodilla derecha, (lesión meniscal lateral) Médicamente NO ERA APTO en el momento de la incorporación (mayo/99).*

*C. Por la inestabilidad de rodilla derecha: en este momento NO ES APTO para continuar prestando el servicio militar.*

*ACLARACIÓN: Por presentar Hernia Umibilical (mayo/99) en el momento de la incorporación NO ERA APTO para el servicio militar, porque además de la hernia umbilical presenta DIASTASIS DE RECTOS (La diastasis de rectos es una patología de naturaleza congénita) de hecho la presentaba en el momento del examen de incorporación" (fl. 25 y 25 vto, c. pruebas)*

8. Copia de la providencia de abril 24 de 2000, proferida por la Fiscalía Penal Militar 113 de Bogotá, mediante la cual se ordenó cesar el procedimiento en el proceso adelantado contra el señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio por el delito de desertión, donde se consignó:

*" Así las cosas existiendo como ya dijimos plena prueba que demuestran (sic) la mala incorporación del soldado ALTAMIRANDA ASCENCIO MIGUEL ANGEL a la fila (sic), no siendo entonces sujeto activo cualificado del punible de desertión, siendo así su conducta ATÍPICA, carece de todo sentido seguir en el ejercicio de la jurisdicción y lo procedente es aceptar la petición del Defensor, ordenando la CESACIÓN de procedimiento, facultad*



que se le ha dado a los jueces de conformidad a lo plasmado en el Art. 316 del Código de Justicia Penal Militar ..." (fls. 26 a 28, c. pruebas).

9. Copia de la historia clínica del señor Altamiranda Ascencio en la Clínica San Sebastián de Girardot, donde consta que ingresó el 29 de julio de 1999, con un cuadro de más o menos 4 días de evolución y se le diagnosticó "hernia epigástrica encarcelada", fue sometido a cirugía para extracción de la misma. El paciente egresó el 30 de julio de 1999 (fls. 29 a 46, c. pruebas).

10. Copia autenticada de los registros civiles de nacimiento Felicia Minerva Altamiranda Ascencio, Antolín Altamiranda Ascencio, Rocío del Pilar Altamiranda Ascencio, Angela Deisy Altamiranda Ascencio, Miguel Ángel Altamiranda Ascencio, Angely Linda Catherine Altamiranda Ascencio, registro civil de defunción del señor Antolín Altamiranda (fls. 47 a 52 y 76 a 77, c. pruebas).

11. Documento suscrito por la señora Ángela Ascencio de Altamiranda donde declara que el monto de los gastos ocasionados por la cirugía de emergencia practicada a su hijo Miguel Ángel es de 25 millones y documento en que declara que su hijo Antolín Altamiranda falleció en un accidente (fls. 53 y 54. c. pruebas).

12. Boleto de salida, con fecha mayo 18 de 2000, donde se autoriza al soldado Altamiranda para permanecer en su casa mientras se soluciona el problema de la baja, con el compromiso de presentarse cada tres días, a partir del 23 de mayo de 2000 (fls. 55, c. pruebas).

13. Documentos de incapacidad de la Clínica San Sebastián por 10 días (fl. 59, c. pruebas).

14. Facturas de servicios pertenecientes a la Clínica San Sebastián y cobro de honorarios de abogado (fls. 60 a 61, 67 y 73 c. pruebas).

15. Copia del derecho de petición presentando por la madre del soldado Altamiranda solicitando que se cambiara su condición de regular a soldado



bachiller, se anexó certificación de bachillerato y copia del diploma de bachiller (fls. 63 a 66, c. pruebas).

16. Certificación expedida por el Juzgado Quinto de Brigadas del Ejército Nacional, el 23 de septiembre de 2002, donde consta que revisado el proceso adelantado contra el soldado Altamiranda Ascencia, bajo radicación 064 por el delito de desertión aparece anotación el 29 de marzo de 2000, así:

*"Se recibe radiograma 1188, dejando a disposición el sindicato, quien se presentó voluntariamente. Auto de la fecha ordena que se entere del contenido del Auto de Detención y se comisiona al Juzgado 113 de I.P.M. para que se le escuche en injurada, cancelar las órdenes de captura y se resuelva nuevamente situación jurídica y las que surjan de las anteriores".*

17. Copia de las órdenes de citas médicas programadas para el señor Altamiranda en el Dispensario del Grupo Rincón Quiñonez, con fecha mayo 11, mayo 31 y 6 de junio de 2000 y constancias de que fue informado de las mismas (fls. 80 a 85, c. pruebas).

18. Orden del día 220 del 25 de julio de 1999, donde consta que el soldado se le concedió permiso de tres días para salir con su madre para visitar a su padre enfermo (fl. 86, c. pruebas).

19. Copia del radiograma 79936, con fecha 27 de junio de 2000, donde se autoriza la baja del soldado por abandono del tratamiento médico

20. Declaración extraproceso de la señora Flor Ángela Ascencio de Altamiranda donde manifestó que ella entregó en el Distrito Militar 52 copia del diploma de bachiller de su hijo y solicitó el cambio de grupo a soldado bachiller; de igual forma declaró que solicitó el permiso para que el joven visitara a su padre pero luego se enfermó él y tuvo que ser operado en la clínica, motivo por el cual, como tenía miedo de ser maltratado, al finalizar el permiso y la incapacidad no quiso volver a incorporarse al servicio.

Afirmó la declarante que durante el periodo comprendido entre el 9 de agosto de 1999 y el 29 de marzo de 2000 su hijo no pudo hacer nada porque



para ingresar a la universidad o para cualquier trabajo le exigían libreta militar

Finalmente, manifestó que a su hijo le impusieron la obligación de presentarse a las instalaciones militares cada tres días luego de ser declarado no apto para prestar el servicio militar, mientras se tramitaba la baja (fls. 64 y 65, c. ppal.).

21. Declaración rendida por la señora Flor Ángela Ascencio de Altamiranda en la cual ratificó la declaración extraproceso allegada al expediente y los documentos en los cuales solicitó el cambio de condición de soldado regular a bachiller (fls. 88, c. pruebas).

Respecto del acervo probatorio integrado por las pruebas aportadas directamente por las partes y por las ordenadas por el A quo, y concretamente sobre las copias simples esta Sub Sección en reciente sentencia<sup>13</sup> dijo:

*"En lo que se refiere a las copias simples anexadas tanto con la demanda como con la contestación, las mismas serán valoradas teniendo en cuenta que reposaron en el plenario desde el inicio del proceso sin que fueran tachadas de falsas en las etapas procesales pertinentes. Así pues, dado que han obrado a lo largo del plenario y han sido sometidas a los principios de contradicción y de defensa de las partes conforme a los principios de buena fe y lealtad procesal que rigen toda actuación judicial, se les dará valor probatorio<sup>14</sup>.*

*En efecto, sobre la valoración de las copias simples ha dicho la Sala:*

*"La entidad demandada allegó en copia simple varios de los documentos que integraron el expediente administrativo de protección a favor del menor Sebastián Rojo Jiménez, medios de convicción que serán valorados en esta*

<sup>13</sup> Sentencia de enero 30 de 2013, Radicación 26604, Actor Ana Dioneira Bustos Caballero y otros, Demandados Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

<sup>14</sup> Reposan en folios: 8, 12, 13, 14, 16 a 30, 39 a 126, 128, 129, 131 a 144 del cuaderno de pruebas.



instancia por las siguientes razones: i) porque son documentos cuyos originales se encuentran en poder del ICBF –concretamente en sus archivos–, ii) fueron aportados por el propio instituto, razón adicional para reconocerles valor probatorio, y iii) en los términos de esta Subsección, es procedente apreciar las copias simples siempre y cuando hayan obrado a lo largo del plenario, conforme al principio constitucional de buena fe, puesto que han estado sometidas al principio de contradicción, por las partes.

Sobre el particular, en reciente providencia se discurió así:

*“Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, prima facie, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. **No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.***

*En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.*

*En el caso sub examine, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.*



Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso”<sup>15</sup>.

Así las cosas, la Sala valorará con libertad probatoria la documentación aportada por el demandado”<sup>16</sup> (subrayado fuera de texto).

En el presente asunto, observa la Sala que los medios de prueba relacionados, fueron aportados con la demanda, decretados en el auto de pruebas de primera instancia y allegados al proceso directamente por las partes dentro del periodo probatorio, es decir, de manera oportuna y regular, razón por la cual, conforme al precedente de esta Sub Sección, serán valorados teniendo en cuenta los principios que informan la sana crítica, máxime cuando los testimonios rendidos en el proceso penal fueron ratificados en el proceso contencioso administrativo.

De los medios de prueba valorados por la Sala, se infiere que el ciudadano Miguel Ángel Altamiranda Ascencio fue vinculado a un proceso penal por el delito de deserción y el 29 de marzo de 2000 se presentó voluntariamente siendo puesto a disposición del Juzgado 113 de Instrucción Penal Militar

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de marzo de 2011, Exp. 20171.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de mayo de 2011, Exp. 36912.



quien había dictado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego el 24 de abril de 2000, ordenó cesar el procedimiento por atipicidad de la conducta, teniendo en cuenta que fue mal incorporado al servicio porque no era apto, de modo que al ser ilegal su incorporación se presenta una atipicidad de la conducta.

Esta circunstancia fue reconocida en el fallo objeto de apelación que declaró la responsabilidad de la entidad por la privación injusta, pero el apelante solicita el reconocimiento de otros daños causados al demandante, como pasa a analizarse.

En primer lugar, se solicita el reconocimiento como daño autónomo la expedición de una certificación que le otorgó la calidad de militar sin ostentarla legalmente, lo cual derivó en que se le adelantó un proceso penal por deserción y fue privado de la libertad.

Al respecto debe precisarse que no puede considerarse que la condición de militar se adquiere desde el momento en que se entregan las armas o se jura bandera como lo afirma el apoderado del actor, sino desde el mismo momento en que la persona se incorpora al servicio, así al principio sólo esté recibiendo instrucción, de no ser así, no se habría ordenado la cesación de procedimiento a favor del soldado fundamentada en la ilegalidad de su incorporación al Ejército. Además de lo anterior, a juicio de la Sala, no es procedente la separación artificial que pretende introducir el apelante, para que se reconozca como un daño diferente el reconocimiento de su condición de militar, puesto que el daño realmente se configuró con la privación injusta a la que se vio sometido derivada de la ilegal incorporación a la vida militar, circunstancia declarada en la providencia de primera instancia.

Por otra parte en lo relacionado con la mora de cuatro meses en proferir el acto administrativo para retirarlo legalmente de la vida militar, a pesar de sufrir una nueva hernia umbilical, porque el 6 de abril de 2000 se determinó que no era apto y sólo el 25 de julio de 2000 se le otorgó la baja, revisado el expediente, se observa que si bien el examen de aptitud fue realizado en esa fecha, la cesación del procedimiento en el proceso penal adelantado en su



contra, se ordenó mediante providencia del 24 de abril de 2000, la cual fue notificada por edicto el 27 de abril y quedó ejecutoriada el 5 de mayo de ese año, al paso que la orden de baja fue notificada el 28 de junio de 2000, es decir, que transcurrió un tiempo de 36 días hábiles, término que no resulta excesivo para el adelantamiento de dicho trámite administrativo, sobre todo si se tiene en cuenta que desde el 18 de mayo de 2000, el soldado no permaneció en las instalaciones militares, sino que fue autorizado para irse a su casa, para recibir los cuidados necesarios, con la obligación de presentarse periódicamente hasta tanto finalizara formalmente su vinculación con el Ejército, lo cual era necesario mientras no se resolviera su situación.

Pues bien, respecto de los presuntos daños por la pérdida del chance de trabajar o de adelantar estudios universitarios en el segundo semestre del año 2000, al no haberse definido su situación militar, debe señalarse, en primer lugar, que esos daños no fueron probados en el proceso, simplemente se cuenta con lo manifestado en la demanda y en el recurso de apelación; por otra parte, aún de aceptar su existencia, no pueden ser atribuidos a la entidad demandada, debido a que fue la decisión del soldado de no reincorporarse a las filas una vez vencido el término de su incapacidad médica, lo que dio lugar a que la definición de su situación militar se hubiera prolongado, puesto que estuvo escondido durante casi ocho meses, de manera que si en ese tiempo no pudo llevar una vida normal, por estar evadiendo el deber de prestar el servicio militar y también su vinculación al proceso penal por deserción, y como consecuencia de ello se vio afectado en lo social, en lo económico, en lo psicológico y en general en la realización de su proyecto de vida, como se afirma en la impugnación, lo cierto es que ello es resultado de su conducta, de manera que se configuró entonces un hecho de la víctima, que tiene como consecuencia el que la entidad sea exonerada de cualquier responsabilidad en ese aspecto.

Ahora bien, se pretende también la reparación del daño causado por haber sido incorporado como soldado regular, alegando que la instrucción militar es mucho más exigente para éstos soldados y además ellos son enviados a zonas de combate mientras que los bachilleres no, pero dicha afirmación carece de soporte probatorio, en efecto, nada se acreditó acerca de la



existencia de instrucciones separadas para los reclutas regulares y bachilleres o relativas a mayor exigencia para los primeros, respecto de los otros y adicionalmente, esa aseveración fue controvertida por la parte demandada, quien aseguró que la única diferencia radica en el tiempo efectivo de prestación del servicio.

De otro lado, no puede aceptarse la existencia de un daño por el error en la incorporación como soldado regular, cuando al joven Altamiranda Ascencio no se le exigió un mayor tiempo de servicio y tampoco alcanzó a ser destinado a ningún sitio específico para la prestación del servicio, por el contrario, obra en el expediente el documento mediante el cual, una vez se allegó el diploma de bachiller del recluta, se procedió a cambiar su calidad a soldado bachiller, para garantizarle que el tiempo de servicio fuera el que le correspondía según las normas aplicables, sin que ello hubiera tenido relevancia, debido al abandono del servicio por parte del actor, antes de que culminara el mismo.

Respecto del otro motivo de apelación, consistente en el aumento de la suma reconocida por perjuicios morales, se estima que en el *sub judice* no se presenta el perjuicio en su mayor magnitud, sino que la aflicción y congoja del demandante se produjo por el lapso en que estuvo privado de la libertad, pues para la Sala es claro que la persona privada de la libertad padece unos sufrimientos por ese hecho y por estar separado de su familia, de modo que teniendo en cuenta el tiempo por el cual estuvo privado de la libertad, habrá lugar a reconocer una indemnización, a título de daño moral y con fundamento en el arbitrio judicial. Sobre este punto ha dicho recientemente la Sección Tercera, en sentencia de 28 de agosto de 2013:

*“La Sala de Sección aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios a fin de propender por su trato igualitario en punto de reconocimiento y tasación de los perjuicios morales en los supuestos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, a partir de una fórmula objetiva para determinar los montos indemnizatorios reconocidos en esta tipología de perjuicios.*

*Lo anterior, debido a la problemática que se ha suscitado en la jurisprudencia de las Subsecciones por la utilización de metodologías diferentes para la tasación de los perjuicios inmateriales.*



De otro lado, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, en casos de privación injusta de la libertad hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad<sup>17</sup>; en esa línea de pensamiento, se ha considerado que ese dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades<sup>18</sup>, al tiempo, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su derecho fundamental a la libertad<sup>19</sup>.

Respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se unifica, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.

Con todo y, de nuevo, sin perjuicio de las particularidades de cada caso concreto, la Sala, para efectos de determinar el monto de los perjuicios morales en los eventos de privación injusta de la libertad, estima necesario tener en cuenta, tal como lo ha hecho de manera reiterada e invariable, algunos de los presupuestos o criterios que sirven de referente objetivo a la determinación de su arbitrio, con el fin de eliminar al máximo apreciaciones eminentemente subjetivos y garantizar así, de manera efectiva, el Principio Constitucional y a la vez Derecho Fundamental a la igualdad (artículos 13 y 209 C.P.), propósito para cuya consecución se han utilizado, entre otros: i) el tiempo durante el cual se extendió la privación de la libertad; ii) las condiciones en las cuales se hizo efectiva la privación de la libertad, esto es, si se cumplió a través de reclusión en centro carcelario o detención domiciliaria; iii) la gravedad del delito por el cual fue investigado y/o acusado el sindicado; iv) la posición y prestigio social de quien fue privado de la libertad.

Ahora bien, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos, la Sala formula las siguientes reglas que sirven como guía en la tasación del perjuicio moral de la víctima directa en escenarios de privación injusta de la

<sup>17</sup> Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>18</sup> Cf. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>19</sup> Cf. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.



*libertad: i) en los casos en que la privación sea superior a 18 meses, se reconozca la suma de 100 SMMLV; ii) cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMMLV; iii) si excedió los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMMLV, iv) si fue mayor a 6 meses, pero no rebasó 9 meses hay lugar a fijar como indemnización la suma equivalente a 70 SMMLV, v) de igual forma, en tanto la privación sea superior a 3 meses pero no sea mayor a 6 meses, el valor por concepto de este perjuicio correspondería a 50 SMMLV, vi) si la medida supera 1 mes pero es inferior a 3 meses, se insinúa el reconocimiento de 35 SMMLV, y vii) finalmente, si la detención no supera un mes, la reparación se podrá tasar en el equivalente a 15 SMMLV, todo ello para la víctima directa – se insiste– y para cada uno de sus más cercanos o íntimos allegados.*

*Se reitera, los anteriores parámetros objetivos sirven como norte, guía o derrotero a efectos de que se garantice el principio de reparación integral del artículo 16 de la ley 446 de 1998, y los principios de igualdad material y dignidad humana, para lo cual el juez al momento de la valoración del daño moral es preciso que motive con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se reconoce el respectivo perjuicio”.*

En el presente caso, la indemnización concedida supera la señalada por la jurisprudencia, pero en virtud de la aplicación del principio de la no reformatio in pejus se mantendrá la suma impuesta por el juez de primera instancia.

Por otra parte, en cuanto a los perjuicios psicológicos y por la variación en las condiciones de existencia, deprecados en la demanda, no pueden ser reconocidos porque el primero de éstos se identifica con el daño moral sufrido por el demandante durante la privación de la libertad y el sobre el otro perjuicio ninguna prueba obra en el plenario, sin que pueda presumirse lo alegado por el mandatario judicial, de modo que al no existir soporte probatorio es imposible su reconocimiento.

Acercas de los perjuicios materiales por lucro cesante, se tiene que durante la primera etapa el joven estuvo recibiendo entrenamiento e instrucción y para el momento en que fue dado de alta, ya estaba incapacitado por la operación de la hernia umbilical, motivo por el cual durante ese tiempo no percibió ningún ingreso.

Ahora bien, en cuanto al tiempo que estuvo retenido después de su entrega voluntaria, se reconocerá el equivalente a los treinta y seis días transcurridos entre el momento de la detención y la notificación de la providencia que ordenó cesar el procedimiento, momento en que recobró la libertad, pero no



se incluirán los ocho meses correspondientes al tiempo que se tardaría en conseguir un trabajo, comoquiera para ese momento no se había definido su situación militar. Al no encontrarse acreditado el ingreso real, el reconocimiento se hará tomando como base el salario mínimo, más el 25% de las prestaciones sociales, así:  $\$770.000 \times 36 \text{ días} = \$924.000$

Finalmente, la suma concedida por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente será actualizada con la fórmula utilizada por esta corporación:

$$Va = Vh \frac{(\text{Índice Feb. 2014})}{(\text{Índice Dic. 2004})}$$

$$Va = 2.909.078 \frac{115,25}{80,20}$$

$$Va = \$4.180.439$$

Total de perjuicios materiales \$5.104.439

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

### FALLA

Modificar la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 16 de diciembre de 2004, la cual quedará así,

**PRIMERO:** Declarar que el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional es responsable por los daños causados al señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, condenar al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar al señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio, la suma de \$ 5.104.439, por concepto de perjuicios materiales.



**TERCERO:** Condenar al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional a pagar al señor Miguel Ángel Altamiranda Ascencio, el equivalente a 40 SMMLV a la fecha de esta providencia, por concepto de perjuicios morales.

**CUARTO:** Negar las demás pretensiones indemnizatorias.

**QUINTO:** Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**SEXTO:** Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expidanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, al apoderado que ha venido actuando en el proceso.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Presidente de la Sala

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**