



000260

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: 25000232600020050179701 (35832)
Actor: Andrés Eduardo Florián Durán
Demandado: Ministerio de Defensa – Policía 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 9 de abril de 2008, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El día 2 de agosto de 2005, el señor Andrés Eduardo Florian Durán mediante apoderado, presentó demanda de reparación directa contra LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL solicitando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional, de los perjuicios causados al demandante con motivo de su indebida incorporación al servicio militar obligatorio en calidad de auxiliar bachiller de la Policía Nacional y por la



privación injusta de la libertad, como se demostró con el fallo emitido por la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar.

2.- Que se condene a la entidad a pagar al demandante todos los perjuicios entre la fecha de incorporación al servicio militar obligatorio hasta el momento en que fue puesto en libertad.

- a. Por perjuicios morales, el equivalente a 1000 salarios mínimos, por haber sido incorporado indebidamente al servicio militar obligatorio y 1000 salarios mínimos por la privación injusta de la libertad.
- b. Por daños psicológicos, 1000 salarios mínimos, por los traumas mentales sufridos como consecuencia del régimen militar que se le impuso y 1000 salarios mínimos por la privación injusta de la libertad.
- c. Por perjuicio en la variación de las condiciones de existencia, por la indebida incorporación 1000 salarios mínimos y por la privación injusta 1000 salarios mínimos.

3.- Que las condenas se paguen con el reajuste correspondiente a los índices de devaluación monetaria registrados por el DANE y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

4. Que se condene a la entidad a cumplir el fallo dentro del término previsto en los artículos 176 y 177 del C.C.A., y de no hacerlo que se cancelen intereses moratorios hasta su pago, basados en el fallo C-188 de la Corte Constitucional.

1.2. Hechos

Las pretensiones tienen fundamento en los siguientes hechos:

1. El señor Andrés Eduardo Florián Durán, quien nació el 7 de septiembre de 1981 fue abandonado por su madre a los 3 años de edad y creció con sus abuelos paternos, desde niño presentó defectos del lenguaje (tartamudez, por lo que fue objeto de burlas y durante la adolescencia cuando vivió con su padre, recibió malos tratos psicológicos y físicos



2. El señor Florián Durán fue incorporado a la Policía para prestar servicio militar obligatorio en el área metropolitana de Bogotá, el 30 de julio de 2001, previa la realización de un examen médico de aptitud.

3. El día 1 de abril de 2002 se informó que el agente no se presentó al servicio durante el lapso comprendido entre el 23 de marzo y el 21 de junio de 2002, fecha en la cual fue capturado y puesto a disposición del Juzgado 146 de Instrucción Penal Militar quien profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de desertión, siendo remitido al centro de reclusión de la Policía Nacional, donde permaneció desde el 26 de julio al 30 de octubre de 2002, cuando salió en libertad condicional.

4. Según lo manifestado por el demandante, la causa de la desertión fue la enfermedad de su compañera permanente y adicionalmente, que su superior se burlara de él por su forma de hablar, lo que le producía gran malestar psicológico porque se acordaba de las burlas de su padre.

5. Por orden del Juzgado que lo investigaba, al señor Florián Durán se le practicó examen médico forense donde se determinó que no presentaba inmadurez psicológica ni trastorno mental que le impidiera comprender la ilicitud de su actuación pero sí rasgos inadecuados de personalidad y trastorno del lenguaje que lo hacían no apto para prestar el servicio militar, es decir que no debió ser reclutado.

6. Con base en el dictamen antes relacionado, el Juzgado 146 de Instrucción Penal Militar cesó todo procedimiento contra el investigado, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar, el 26 de marzo de 2004.

1.3. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda

Mediante auto del 17 de agosto de 2005, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda y dispuso notificar a las partes, al Ministerio Público y fijar en lista, (fl. 16, c. ppal.).



La Policía Nacional contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma por cuanto la incorporación del agente fue hecha por una delegada de la Escuela de Infantería, organismo adscrito al Ministerio de Defensa y además, porque el joven Florián Durán indujo en error a las entidades al permitir su vinculación sin informar los antecedentes que tenía, de modo que aquí se presentó una culpa exclusiva de la víctima.

Por otra parte, adujo la entidad que si se le impuso medida de aseguramiento no lo hicieron los funcionarios de la Policía, razón por la cual esta entidad no estaba llamada a responder. Propuso como excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que los funcionarios de la Justicia Penal Militar pertenecen al Ministerio de Defensa y no tienen vínculo con la Policía Nacional (fls. 35 a 39).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto de 8 de febrero de 2006 decretó las pruebas pedidas por las partes y posteriormente corrió traslado para alegatos de conclusión sin que las partes hicieran uso del mismo (fls. 41 y 77, c. ppal.).

El Ministerio Público emitió concepto en el cual solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda por considerar que de acuerdo con la providencia proferida por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior Militar es incuestionable la irregularidad cometida en la incorporación al servicio militar y la privación injusta de su libertad (fls. 79 a 87, c. ppal.).

1.4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, profirió sentencia el 9 de abril de 2005, en la que declaró la caducidad respecto de la incorporación irregular a la prestación del servicio militar y accedió a las pretensiones de la demanda relacionadas con la privación injusta de la libertad, condenando al Ministerio de Defensa al pago de los perjuicios morales, en cuantía equivalente a 20 salarios mínimos (fls. 89 a 123).



En efecto, respecto de la incorporación del soldado para prestar el servicio militar, el Tribunal tuvo en cuenta que el ingreso se llevó a cabo mediante Resolución 321 del 16 de agosto de 2001 y la demanda fue presentada el 2 de agosto de 2005, además de que la vía para cuestionar las irregularidades cometidas era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que debía interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto administrativo.

En cuanto a la privación de la libertad se estimó que la misma fue injusta, comoquiera que al calificar el mérito del sumario, el Juzgado 142 de Instrucción Penal Militar ordenó cesar el procedimiento adelantado contra el señor Florián Durán por el delito de desertión, decisión que fue confirmada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior Militar, pero de igual forma consideró que la víctima contribuyó de manera efectiva a la producción del hecho y por eso debe aplicarse el artículo 2357 del C.C.

Sobre este punto se afirmó en la providencia:

"Relato que pone en evidencia la culpa lata con que obró ANDRÉS EDUARDO, pues si bien resulta cierto que para ese entonces tuvo ocurrencia la calamidad familiar que referenció, es decir, los quebrantos de salud de su compañera permanente como consecuencia del aborto que le practicaron, al ejecutar "una mala fuerza" en su lugar de trabajo, debiendo asumir personalmente las tareas del hogar, obligándole a no comparecer al servicio militar; no es menos cierto que fue declarado imputable por el Instituto de Medicina Legal, hecho que de por sí le permitía tener una representación de las nefastas consecuencias que generaría el incumplimiento de sus obligaciones militares para con el servicio, teniendo la posibilidad de determinarse de acuerdo con esa representación, pero por el contrario, se observa que su obrar fue contrario a aquél que debió haber observado, pues las reglas de la lógica y la experiencia indican para este caso, que lo correcto era haber puesto en conocimiento de la institución policial la especial y grave situación que afrontaba con su compañera, solicitando además le fuera concedida una licencia o permiso para poder atender sus obligaciones, antes de dejar de lado y de manera definitiva la prestación del servicio, y a sabiendas de las consecuencias penales que ello le acarrearía, ya que para todos es conocido que durante el tiempo de la instrucción militar que se les imparte, son conocedores de los delitos en que pueden incurrir en el ejercicio de sus atribuciones, afirmación que encuentra respaldo cuando señaló en su injurada que aceptada llanamente su responsabilidad, pues se encontraba desertado.

Argumentos que si bien en principio harían pensar que nos encontramos frene a una causal eximente de responsabilidad del Estado-culpa exclusiva



de la víctima-, por la culpa grave con que actuó, ello no puede ser absoluto, si se tiene en cuenta, que con base en el citado dictamen psicológico, se dictaminó que ANDRES EDUARDO de todas formas presentaba rasgos inadecuados de personalidad (fl. 45 a 47 c.2), que necesariamente debieron incidir para cuando se encontraba en el dilema de si atender a su compañera o comparecer al servicio, con el consiguiente temor de las represalias de que podía ser objeto, que tal vez no le permitieron adoptar una conducta netamente diligente como lo hubiese hecho una persona totalmente sana en términos psicológicos todo lo cual conlleva a una reducción en el quantum indemnizatorio del 50%".

Se concedió indemnización de perjuicios morales y se negaron los otros perjuicios solicitados porque no se allegó prueba de los mismos.

1. 5. Recursos de apelación y trámite en segunda instancia

Mediante memorial calendado el 8 de mayo de 2008, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de apelación y a su vez la parte actora apeló la sentencia con memorial del 6 de mayo del mismo año (fls. 125 a 130 y 138).

El apoderado judicial de la Policía Nacional, manifestó que su inconformidad con la providencia consiste en que no se declaró la falta de legitimación por pasiva de la Policía respecto de la privación injusta de la libertad, a pesar de que la medida de aseguramiento fue proferida por un Juez de Instrucción Penal Militar, funcionario que está adscrito al Ministerio de Defensa y de igual forma la incorporación irregular fue efectuada por la Delegada de la Escuela de Infantería que también está adscrita al Ministerio de Defensa.

Por otra parte, solicitó que se reconociera la culpa exclusiva de la víctima, apoyado en las consideraciones efectuadas en el salvamento de voto de la providencia apelada, porque el policía tenía conocimiento del delito y alegó temor frente a sus superiores, pero éste no era insuperable y por ello debió acudir a las instancias legales o judiciales y no recurrir a las vías de hecho.

Finalmente manifestó: "Por lo anterior, no comparto la decisión de la H. Corporación en cuanto (sic) por lo que solicito con el consabido respeto la revocatoria de la sentencia y en su lugar declarar que las autoridades



policiales actuaron en cumplimiento de su deber legal y de conformidad con los lineamientos fijados por la misma".

En la sustentación del recurso ante esta Corporación, el apoderado judicial de la parte demandante solicitó modificar el fallo de primera instancia para que se concedieran la indemnización por perjuicios psicológicos y la variación de las condiciones de existencia, así como para que se revocara la rebaja del 50% ordenada sobre los perjuicios morales que se concedieron al demandante.

Sobre este aspecto, adujo el apelante que teniendo en cuenta los rasgos inadecuados del comportamiento, establecidos en la valoración psicológica realizada, no era posible pedirle al joven Florián Durán que su conducta fuera sensata y que reflexionara sobre sus consecuencias, porque estos aspectos son precisamente de los que carece el demandante, quien además se encontraba desprotegido y en desventaja frente a los demás, por causa de su problema de lenguaje. Es por eso que la rebaja ordenada a la indemnización, basada en que el agente debió haber observado las reglas de la lógica y la experiencia, no tiene cabida ya que esa lógica es la que se echa de menos en la personalidad del policial, al ser su razonamiento limitado.

De la misma manera, debe tenerse en cuenta que la valoración hecha en el dictamen médico corresponde a una forma de discapacidad, deficiencia o anormalidad en la estructura de una función psicológica mental, que implica la imposibilidad de actuar normalmente.

En cuanto a la negativa de los perjuicios fisiológicos solicitados, el apoderado de la parte actora insistió en que la afectación psicológica sufrida por causa de la retención ilegal era evidente porque el ser detenido constituyó un evento traumático para el demandante, según se desprende de lo manifestado en la indagatoria, sin que pueda aceptarse su negativa aduciendo que no existió un examen médico que así lo certificara puesto que ello equivaldría a sacrificar lo sustancial por lo meramente formal.



En relación con el cambio de las condiciones de existencia, señaló el apelante que, si antes de lo ocurrido su condición no era la mejor porque no gozaba del privilegio de un trabajo estable, después de haber sido detenido se vio obligado al rebusque diario, lo cual implicó un cambio total y abrupto en su vida, haciéndola más gravosa.

Esta Corporación con auto calendado el 27 de febrero de 2009, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y mediante providencia del 17 de abril de 2009 se concedió término para alegatos de conclusión, del cual hizo uso la parte demandada para reiterar los argumentos expuestos en la demanda (fls. 162 y 164 a 166, c. ppal.).

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 la responsabilidad por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Andrés Eduardo Florián Durán 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 el 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 judiciales¹ así como la responsabilidad personal tanto de funcionarios como de empleados de esta índole², en tres casos, a saber, defectuoso funcionamiento de la

¹ 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".

² 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



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: ³

"Sin embargo, la Sala considera que debe realizarse un 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.

por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

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.

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



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Fiorián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional

En efecto, en el proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional⁴, 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)

⁴ Publicado en la Gaceta del Congreso 135 de 31 de agosto de 1994.



Asimismo, se incluyó un nuevo artículo – 32 del pliego de modificaciones⁵ – titulado “De la Justicia Penal Militar”, con el propósito de tratarla como a una jurisdicción.

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.

(...)

⁵ “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 ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar”.



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Florián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional

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 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 revisión⁶.

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 justicia.

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,

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.



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 exequibilidad previo de la norma bajo análisis, así:

"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 impario 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"*⁷.

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

⁷ ibidem.



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

2.2. La responsabilidad del Estado en materia de privación injusta.

En la jurisprudencia de esta Corporación, no existe discusión acerca del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano, por privación de la libertad del procesado, cuando la sentencia o su equivalente resulta absolutoria, ya porque: (i) el hecho no existió, (ii) el sindicado no lo cometió, (iii) la conducta es atípica, o, iv) cuando resulta absuelto por aplicación del in dubio pro reo.

Para llegar a éste punto, la Corporación ha adoptado cuatro posiciones: la primera⁸, "la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamentaba en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. Por manera que, para su deducción –se dijo–, es irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, es decir que no interesaba averiguar si aquél actuó o no con culpa o dolo". Bajo este criterio, la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, ordenada con el lleno de los requisitos legales, se tenía como una carga que todas las personas tenían el deber jurídico de soportar⁹.

La segunda¹⁰, "la carga procesal para el actor de demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios, consistente en probar la existencia de un error de la autoridad jurisdiccional al ordenar la

⁸ Sentencia de 30 de junio de 1994, expediente: 9734. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente: 13168.

⁹ Sentencia del 25 de julio de 1994, exp. 8.666.

¹⁰ Sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 8666 cit. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp. 13168.



medida privativa de la libertad, fue reducida tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal porque, en relación con estos últimos, se estimó que en los tres eventos allí señalados la ley calificó que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados".

La tercera¹¹, "...el carácter de injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y que, por consiguiente, frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resulta indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado – se dijo– no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo".

La cuarta¹², la Sala amplió la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente con base en un título objetivo de imputación, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo*, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos –cosa que puede ocurrir, por vía de ejemplo, cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera, en su contra, la respectiva medida de aseguramiento.

¹¹ Sentencia del C. de E. expediente 13.606, sentencia del 14 de marzo de 2002 expediente 12.076 citadas en la sentencia de 4 de diciembre de 2006. Exp.13168.

¹² Sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463.



La Sección Tercera de la Corporación, unificó su jurisprudencia en relación con la privación injusta de la libertad, en sentencia proferida el 17 de octubre de 2013 dentro del proceso de radicación 25943, con Ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez cuyos apartes por su importancia y pertinencia se citan in extenso:

"(...)

2.3.1.2 El fundamento de la responsabilidad del Estado en estos eventos, por tanto, no debe buscarse —al menos no exclusivamente— en preceptos infraconstitucionales que pudieren limitar los alcances de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 superior; tal fue el argumento que la Sala, indiscutidamente, acogió con el propósito de justificar tanto la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en eventos diversos de los contemplados expresamente en el citado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 —como, por ejemplo, en los casos en los cuales se produce la exoneración de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ya citados, o en aquellos en los que la medida privativa de la libertad es diferente de la detención preventiva, verbigracia, la caución prendaria¹³— frente a supuestos ocurridos aún en vigencia de dicha disposición, como, más significativo aún, también con el fin de apartarse de interpretaciones restrictivas de la mencionada cláusula general de responsabilidad estatal, como la prohijada por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 o la que pudiera derivarse de una hermenéutica restringida en relación con los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996.

A este respecto y aun cuando los hechos materia del presente litigio acaecieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996 —razón por la cual dicho cuerpo normativo no resulta aplicable al asunto *sub lite*—, conviene recordar que el artículo 68 *idem* se ocupa de regular la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad al disponer que “[Q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” y que la Corte Constitucional, en la mencionada sentencia C-037 de 1996, expresó, para declarar la exequibilidad del referido precepto, que “el término ‘injustamente’ se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se tome evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria”.

¹³ En este sentido, la Sala ha sostenido lo siguiente:

“La garantía a los derechos de libertad consignada en el artículo 90 C.P. en consonancia con otros mandatos fundamentales no puede verse reducida a la detención injusta, pues ello implicaría que muchas situaciones fuente de responsabilidad estatal no fueran objeto de indemnización en abierto desconocimiento de dicha preceptiva constitucional.
En otros términos, la regulación prevista en el citado artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal a pesar de estar dirigida concretamente a normativizar los casos de detención injusta, sirve también como parámetro para definir la injusticia de otras medidas de cautela adoptadas dentro del trámite del juicio penal, y que igualmente pueden desencadenar la causación de un daño que se revela antijurídico ante la falta de responsabilidad del implicado, derivada de que no cometió el hecho, o de que el hecho no era delito, o de que el hecho no existió, daños que merecen la tutela jurídica del ordenamiento, tal y como lo ordena el artículo 90 Constitucional arriba analizado”. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de marzo de 2008; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacios; Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05503-01(16075); Actor: Alvaro Delgado Cruz; Demandado: Nación-Consejo Superior de la Judicatura-Fiscalía General de la Nación.



Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que la transcrita interpretación respecto de los alcances del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 podría conducir a entender que la referida norma estatutaria habría restringido el ámbito de posibilidades dentro de las cuales resultaría viable declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención ordenada por autoridad judicial dentro de una investigación penal, para circunscribirlo a los supuestos en los que se acredite una falla del servicio público de Administración de Justicia, pero además no una falla de cualquier índole, sino una acompañada de las características descritas por la Corte Constitucional en el apartado precedentemente traído a colación.

Por tal razón, la Sección Tercera de esta Corporación entendió entonces y ahora reitera, que semejante conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Carta Política que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance, motivo por el cual *"mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991"*¹⁴, precepto superior éste que, del mismo modo en que lo hace el artículo 85 de la Ley 270 en mención¹⁵, *"... no introduce limitación o condicionamiento alguno encaminado a impedir el juzgamiento o la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado como consecuencia de la actividad de la Administración de Justicia, distinto de la causación de un daño antijurídico. No podía preverlo, por lo demás, como quiera que con ello conculcaría la regulación efectuada por el artículo 90 de la Carta, que igualmente constituye el concepto de "daño antijurídico", en el elemento central cuya concurrencia debe evidenciarse para que proceda el reconocimiento de la responsabilidad estatal —siempre, claro está, que ese daño pueda imputarse jurídicamente a una autoridad pública—"*¹⁶.

No resulta constitucionalmente viable ni argumentativamente plausible, en consecuencia, sostener que un precepto contenido en un Decreto con fuerza de ley —como el 2700 de 1991, concretamente en su artículo 414— y ni siquiera en una ley estatutaria, puedan contar con la virtualidad de restringir los alcances que a la

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adielia Molina Torres y otros; Demandado: Nación — Rama Judicial.

¹⁵ De acuerdo con el cual *"el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales"*.

¹⁶ Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463, antes citada. En el mencionado pronunciamiento se pone de presente, además, como también la propia Corte Constitucional, de manera que no deja de resultar algo paradójica —pues lo afirma en la misma sentencia C-037 de 1996 aludida—, subraya que los alcances del artículo 90 de la Constitución Política no pueden ser restringidos por una disposición legal:

"Este es, por lo demás, el entendimiento de la propia Corte Constitucional que, al valorar si el proyecto del referido artículo 65 de la Ley 270 de 1996 se avenía o no al Ordenamiento Fundamental, sostuvo que "el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado —a través de sus agentes judiciales— por falta en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia", añadiendo, a continuación, que

"... el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado —sin importar sus características— ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso pueda ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexecutable del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política" (destaca la Sala)".



responsabilidad del Estado le vienen determinados desde el artículo 90 de la Carta Política, pues según tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional lo han señalado, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados en el citado artículo 90 constitucional, los cuales bien podrían ser precisados, **mas no limitados**, por un dispositivo normativo infraconstitucional¹⁷; en otros términos y "[E]n definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene"¹⁸, por consiguiente, ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, constituyen fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales disposiciones legales precisan, pero de ninguna manera limitan y menos reemplazan la eficacia directa, vinculante y preferente de los contenidos que respecto de la misma materia se desprenden del aludido artículo 90 supremo.

(...)

Con el propósito de dar consistencia y uniformidad al conjunto de argumentos que militan en favor de la aplicación, en casos como el *sub judice*, de un régimen objetivo de responsabilidad sustentado en el daño especial, a continuación se exponen dichas razones, la mayor parte de las cuales han sido expresadas ya por la Sección Tercera del Consejo de Estado en anteriores pronunciamientos, según se pasa a hacer referencia.

a. En primer lugar, debe la Sala resaltar, respecto del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad, que se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse directamente en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal,

¹⁷ La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo demás, así lo explicitó, de manera rotunda, en pronunciamiento posterior a la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996 —sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero—, en el cual dejó claro que, frente a las provisiones legales que regulen la responsabilidad del Estado, siempre puede —y debe— ser aplicado, directamente —cuando sea necesario—, el artículo 90 de la Constitución, como pilar fundamental del régimen colombiano de responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas. Las disposiciones contenidas en normas infraconstitucionales que regulen la materia no excluyen, por tanto, la posibilidad —que es, al mismo tiempo, obligación— de que el juez de lo Contencioso Administrativo aplique todos los regímenes de responsabilidad que encuentren arraigo directo en el artículo 90 constitucional, en todos los casos, asimismo, encuadrables directamente en el tantas veces referido mandato superior:

"En tales circunstancias, y conforme a todo lo anterior, se concluye que frente a la norma impugnada [que lo era el artículo 50 de la ley 80 de 1993, de conformidad con el cual "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas"] son totalmente pertinentes las reflexiones efectuadas por la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 55 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo" (se deja destacado).

¹⁸ Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01, Expediente No. 15.463, antes citada. En el mismo sentido, puede verse la sentencia, también de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 5 de diciembre de 2007; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00767-01(15128); Actor: Carlos Eugenio Ortega Villalba.



hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; éste constituía un referente normativo cuya existencia bien puede decirse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido —en vigencia del citado artículo 414— y debe en la actualidad —incluso al amparo de lo normado por los artículos 65 a 74 de la Ley 270 de 1996, según más adelante se indicará—, centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública —adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia—, únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.

El fundamento de la responsabilidad del Estado en estos eventos, por tanto, no debe buscarse —al menos no exclusivamente— en preceptos infraconstitucionales que pudieren limitar o restringir los alcances de la cláusula general de responsabilidad del Estado contenida en el artículo 90 superior.

Tal fue el argumento que la Sala, indiscutidamente, acogió con el propósito de justificar tanto la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en eventos diversos de los contemplados expresamente en el citado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 —como, por ejemplo, en los casos en los cuales se produce la exoneración de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ya citados, o en aquellos en los que la medida privativa de la libertad resulta diferente de la detención preventiva, verbigracia, la caución prendaria¹⁹— frente a supuestos ocurridos aún en vigencia de dicha disposición, como, más significativo aún, también con el fin de puntualizar el alcance de interpretaciones restrictivas de la mencionada cláusula general de responsabilidad estatal.

Por tal razón, la Sección Tercera de esta Corporación entendió y ahora reitera que la obligación del intérprete es la de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como en el de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, con apoyo en los principios y disposiciones constitucionales que les sirven de fundamento y orientación.

No resulta constitucionalmente viable ni argumentativamente plausible, en consecuencia, sostener que un precepto con fuerza de ley —como el Decreto 2700 de 1991, concretamente en su artículo 414— pudiere contar con la virtualidad necesaria para restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados directamente desde el artículo 90 de la Carta Política, pues según lo

¹⁹ En este sentido, la Sala ha sostenido lo siguiente:

"La garantía a los derechos de libertad consignada en el artículo 90 C.P. en consonancia con otros mandatos fundamentales no puede verse reducida a la detención injusta, pues ello implicaría que muchas situaciones fuente de responsabilidad estatal no fueran objeto de indemnización en abierto desconocimiento de dicha preceptiva constitucional.

En otros términos, la regulación prevista en el citado artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal a pesar de estar dirigida concretamente a normalizar los casos de detención injusta, sirve también como parámetro para definir la injusticia de otras medidas de cautela adoptadas dentro del trámite del juicio penal, y que igualmente pueden desencadenar la causación de un daño que se revela antijurídico ante la falta de responsabilidad del implicado, derivada de que no cometió el hecho, o de que el hecho no era delito, o de que el hecho no existió, daños que merecen la tutela jurídica del ordenamiento, tal y como lo ordena el artículo 90 Constitucional arriba analizado". Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de marzo de 2008; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 73001-23-31-000-1997-05503-01(16075); Actor: Alvaro Delgado Cruz; Demandado: Nación-Consejo Superior de la Judicatura-Fiscalía General de la Nación.



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Florián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional 000270

han señalado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados, *mas no limitados*, por una norma infraconstitucional²⁰; en otros términos y "[E]n definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene"²¹, por consiguiente, ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni alguna otra disposición de naturaleza legal podría constituir el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales dispositivos legales podrían precisar, pero de ninguna manera limitar y menos reemplazar la eficacia directa, vinculante y preferente de los dictados que contiene el artículo 90 de la Constitución Política.

b. En línea con lo anterior, para la Sala resulta palmario que la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado. Y es que la exigencia de yerros, de fallas, de actuaciones dolosas o gravemente culposas como presupuesto *sine qua non* exigible para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, refleja cierta tendencia —equivocada, por supuesto, en criterio de la Sala— a confundir o entremezclar, indebidamente, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado —previstos en el inciso primero del artículo 90 constitucional— con los de la responsabilidad personal de sus agentes —consagrados en el inciso segundo *idem*—, de suerte que con evidentes inconsistencia conceptual y transgresión constitucional, se exige para la declaratoria de la responsabilidad del

²⁰ La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo demás, así lo explicitó, de manera rotunda, en pronunciamiento posterior a la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996 —sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero—, en el cual dejó claro que, frente a las previsiones legales que regulen la responsabilidad del Estado, siempre puede —y debe— ser aplicado, directamente —cuando sea necesario—, el artículo 90 de la Constitución, como pilar fundamental del régimen colombiano de responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas. Las disposiciones contenidas en normas infraconstitucionales que regulen la materia no excluyen, por tanto, la posibilidad —que es, al mismo tiempo, obligación— de que el juez de lo Contencioso Administrativo aplique todos los regímenes de responsabilidad que encuentren arraigo directo en el artículo 90 constitucional, en todos los casos, asimismo, encuadrables directamente en el tantas veces referido mandato superior:

"En tales circunstancias, y conforme a todo lo anterior, se concluye que frente a la norma impugnada [que lo era el artículo 50 de la ley 80 de 1993, de conformidad con el cual "Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que las sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas"] son totalmente pertinentes las reflexiones efectuadas por la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 65 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

(...)

Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo" (se deja destacado).

²¹ Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463, antes citada. En el mismo sentido, puede verse la sentencia, también de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 5 de diciembre de 2007; Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00767-01(15128); Actor: Carlos Eugenio Orlega Villalba.



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Florián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional

primero, aquello que realmente sólo cabe constatar como requisito insoslayable de cara a la deducción de responsabilidad de los segundos.

Lo anterior si se tiene en cuenta que la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política impone diferenciar, necesariamente, entre los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado por razón del daño antijurídico imputable a la acción u omisión del poder judicial, de un lado y los presupuestos de la responsabilidad personal del agente judicial, de otro, habida cuenta de que aquellos y éstos divergen sustancialmente; ese deslinde se torna imprescindible con el propósito de no limitar el sentido lógico y las condiciones de operatividad de cada uno de los referidos ámbitos de responsabilidad, pues tratándose del primero de ellos —el juicio de responsabilidad al Estado— no resulta constitucionalmente válido, según se ha expuesto, introducir restricciones sustanciales al alcance de la cláusula general de responsabilidad, con desmedro de la adecuada protección de las víctimas del daño antijurídico.

De otro lado, como en anteriores oportunidades lo ha expuesto la Sala, resulta pertinente explicar por qué que no se requiere, ineludiblemente, la concurrencia de un error judicial o de una detención arbitraria u ordenada mediante providencia contraria a la ley para que se pueda abrir paso la declaratoria judicial de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, puesto que a tal efecto lo único que se hace menester, atendiendo a los preceptuado por el varias veces mencionado artículo 90 constitucional, es que se acredite la causación de un daño antijurídico a la persona privada de su libertad y que ese detrimento resulte imputable a la acción o a la omisión de la autoridad judicial respectiva.

Lo anterior resulta igualmente predicable de aquellos eventos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal del sindicado privado de su libertad se sustenta en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, más aún si se tiene en cuenta que en la mayor parte de tales casos, lo que se apreciará es que las decisiones judiciales adoptadas dentro del proceso penal respectivo resultan rigurosamente ajustadas a Derecho. Empero, la injusticia de la privación de la libertad en éstos —como en otros— eventos no deriva de la antijuridicidad o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino de la consideración consistente en que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelantan la investigación o el correspondiente juicio penal pero que a la postre culmina con la decisión absolutoria o pronunciamiento judicial equivalente que pone en evidencia que el mismo Estado que ordenó esa detención no pudo desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que siempre al afectado: antes, durante y después de los aludidos investigación o juicio de carácter penal.

c. Como corolario de y en estrecha conexión con lo expuesto, resulta relevante igualmente destacar que la posibilidad de declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona, en casos en los cuales ha sido exonerada de responsabilidad penal como resultado de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin sustento en o sin referencia a yerro, falla o equivocación alguna en la cual hubieren incurrido la Administración de Justicia o alguno de sus agentes, con base en un régimen objetivo de responsabilidad, en modo alguno torna más gravosa la situación del(los) servidor(es) público(s) que hubieren intervenido en la actuación del Estado —y que, por ejemplo, hubieren sido llamados en garantía dentro del proceso iniciado por la víctima del daño en ejercicio de la acción de reparación directa—, como tampoco coarta o dificulta el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación o a la Jurisdicción Penal en cuanto que con ello supuestamente se estuviere atentando



contra la autonomía e independencia de los jueces penales o de los fiscales y contra la facultad de los mismos para recaudar elementos demostrativos que permitan el esclarecimiento y la imposición de las penas que amerita la comisión de hechos punibles.

Ello con fundamento en los efectos y en las consecuencias que se desprenden de la anotada distinción entre los presupuestos que gobiernan la responsabilidad patrimonial del Estado y los que determinan la responsabilidad personal del agente judicial, comoquiera que ésta última solamente se verá comprometida, de conformidad con lo normado por el inciso segundo del artículo 90 constitucional, cuando el funcionario judicial obre prevalido de dolo o de culpa grave, cosa que en principio no tiene por qué ocurrir en los supuestos en los cuales la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de una persona se declara a pesar de que el desenvolvimiento del proceso penal, en el caso concreto, no merezca reproche alguno en punto de su conformidad a Derecho. Sobre este extremo habrá de retornar más adelante la Sala al pronunciarse respecto de la responsabilidad de los llamados en garantía en el asunto *sub judice*.

d. Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el *sub examine*, radicado en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde, ni más ni menos, que a la **presunción constitucional de inocencia**, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar —injusta y antijurídicamente— quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad.

Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado —cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio *in dubio pro reo*, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)²²— el propio Estado lo debe tener como

²² Al respecto, se ha sostenido lo siguiente: "La Sala no pasa por alto la afirmación contenida en la providencia del Tribunal Nacional que hizo suya el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la conducta de los implicados no aparecería limpia de toda 'sospecha', pues entiende, que frente a la legislación procesal penal colombiana, la sospecha no existe y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.

(...)
La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ye tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de 'sospechoso' y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.

(...)
Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio in dubio pro reo. Pero lo que sí debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación de las personas, pues se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer. Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la



inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrársele anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno —o no merecería credibilidad alguna— frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción si habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado. Tal la razón por la cual ahora se reiteran los planteamientos que en este sentido ha formulado en anteriores oportunidades esta misma Sección Tercera:

"Por lo demás, sostener lo contrario conduciría a admitir el evidente contrasentido consistente en que una persona respecto de quien nunca pudo desvirtuarse su condición de inocente —presumida constitucionalmente— para efectos penales, paradójicamente tendría que avenirse a que, para fines patrimoniales o del análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, en la práctica a esa presunción de inocencia no se le atribuyan las mismas consecuencias que en el ámbito penal, pues no ordenar la indemnización de los perjuicios que antijurídicamente se le han irrogado en la medida en que —según se explicó— penalmente siempre debió entenderse que es inocente, supondría indirecta y antitéticamente, afirmar que en el terreno de la responsabilidad patrimonial, sí ha de reputarse culpable.

(...)

La anterior conclusión —bueno es reiterarlo— es la que se deriva de advertir que, en ningún momento, la presunción de inocencia de la señora Ortégón fue desvirtuada por la autoridad judicial, esto es, que la ahora demandante fue tan inocente al tenor de lo normado por el artículo 29 constitucional, al instante de ser vinculada a la investigación penal, como lo continuó siendo a lo largo de la misma y durante el transcurso del lapso en el cual permaneció privada de la libertad, al igual que, por supuesto, se concluyó definitivamente que lo era —inocente, se insiste— al declararse, en su favor, la preclusión de la investigación y su inmediata puesta en libertad.

Así pues, si en ningún momento, entonces, pudo ser enervada, por la Administración de Justicia, la presunción de inocencia de la actora y no hay justificación objetiva y razonable alguna que sustente la conclusión de acuerdo con la cual la señora Ortégón se encontraba en el deber jurídico de soportar la privación de la libertad de la que fue objeto, al atribuirle y reconocerle a la garantía constitucional en mención todos los efectos que su consagración en la Carta significa, se impone entonces reconocer la antijuridicidad del daño causado a los demandantes, reconocimiento que necesariamente conlleva la orden de proceder a su consecuente indemnización²³.

Y en otra ocasión esta Sala indicó lo siguiente con el propósito de subrayar la importancia que en casos como el presente reviste reconocer la totalidad de los

libertad por espacio de más de tres años el demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución" (se ha destacado). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997; Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Radicación No. 73001-23-31-000-15879-01; Expediente No. 15.989; Actor: Fanny Ortégón Navarro y otros.



efectos que naturalmente le corresponden a la presunción constitucional de inocencia —no desvirtuada en este tipo de eventos— como elemento a considerar al momento de llevar a cabo el examen en punto de la responsabilidad patrimonial del Estado:

"Si no se razonase en el sentido indicado se tendría como resultado una insostenible contradicción, puesto que el individuo en cuyo favor se pronuncia la preclusión de la investigación penal, la cesación del procedimiento o la sentencia absolutoria aparecerá como inocente ante el Estado en asuntos penales sin que por esos hechos se hubiere desvirtuado la presunción de constitucionalidad que lo ampara mientras que en un desdoblamiento inexplicable en el campo patrimonial aparecería ante el mismo Estado y por los mismos hechos como culpable o responsable, situación esta que, precisamente, determinaría la denegación de sus pretensiones resarcitorias"²⁴.

e. Constituye prácticamente una obviedad que la detención preventiva como medida de aseguramiento en el proceso penal comporta la más intensa afectación del principio-derecho-valor que se encuentra en la base de la organización jurídico-política que constituye el Estado Social y Democrático de Derecho, cual es la libertad, circunstancia que impide soslayar, en este lugar, una referencia, así sea sucinta, a la trascendencia del papel que la libertad desempeña dentro del sistema jurídico vigente y, por tanto, a la evidente excepcionalidad con que deben tratarse los eventos en los cuales resulte legítima y jurídicamente viable su afectación por parte de las autoridades públicas en cuanto no se trate de la ejecución de una sanción en firme, impuesta mediante sentencia penal condenatoria.

La Constitución Política, en varias de sus disposiciones, reconoce que la libertad, en su triple condición de valor, principio y derecho fundamental, debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo. Esta premisa se desprende del Preámbulo de la Carta, en el cual se señala que el Estado Colombiano debe propender por asegurar a sus integrantes la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, al igual que de los artículos 13 y 28 constitucionales, los cuales consagran el derecho a la libertad, el primero de ellos al señalar que "*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley*" y el segundo al preceptuar que "*toda persona es libre*" y no podrá ser molestada en su ámbito personal o familiar.

Por lo demás, como ya se expresó por regla general y en línea de principio, la libertad constituye el fundamento mismo de la declaración de derechos fundamentales que contiene la Carta Política; cada derecho constituye un ámbito de decisión del individuo y, por ende, un espacio de no intromisión por parte de otros sujetos públicos o privados en la esfera de la libertad de cada persona; por ello de los preceptos constitucionales mencionados se desprende que la libertad —artículo 13— se concibe como una condición inherente al ser humano, que sólo se garantiza con un trato igualitario y no discriminatorio, además de que supone —artículo 28— una garantía de no ser perturbado en los espacios en los cuales el individuo se desarrolla, así como de no ser reducido a prisión sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin la existencia de un motivo previamente determinado por el legislador. Dicho tratamiento constitucional a la libertad evidencia que en ella concurren las dos dimensiones clásicas de todo derecho fundamental, vale decir (i) una dimensión de carácter objetivo, que se manifiesta en la obligación de la autoridad pública cuando crea, interpreta y aplica el derecho, de tener presente la garantía de libertad consagrada en la Constitución y (ii) una dimensión subjetiva, que se traduce en el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor del

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de octubre de 2007; Expediente: 520012331000199607870 01; Radicado: 16.057; Demandante: Segundo Nelson Chaves Martínez; Demandado: Fiscalía General de la Nación.



individuo del derecho a exigir, a través del concurso del propio aparato judicial, la protección de su libertad cuando sienta que la misma ha sido vulnerada con la acción u omisión de un sujeto público o privado, es decir, se trata de la consagración de un poder de reacción que garantiza la efectividad del derecho reconocido²⁵.

Y es que después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que resulte posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular todo individuo; no es gratuito que, en el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, inmediatamente después de consagrar el derecho a la vida —artículos 11 y 12— se plasme el derecho a la libertad. La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo que permite distinguir y separar las formas de Estado absolutistas o totalitarias, de los sistemas constitucionales y democráticos que naturalmente se acompañan con la fórmula del Estado de Derecho, pues, en palabras del profesor Antonio Enrique Pérez Luño, "... una vez superadas las formas estatales absolutistas y totalitarias, en las que se da un status subiectionis en el que no existen libertades, aparece un status libertatis en el que se reconoce un ámbito de autonomía, una esfera de no agresión o injerencia del poder en la actividad de los particulares"²⁶.

Por tanto, el preponderante pero específico rol que le corresponde al principio-valor-derecho a la libertad, en el seno de todo Estado constitucional, democrático y de Derecho, lo constituye en verdadero valor fundante de la organización política misma, con incidencia tanto en la concepción de los demás derechos inherentes a la condición humana, como en la configuración de la manera de ser y de proceder de las autoridades públicas, como con claridad lo ha subrayado la doctrina:

"La libertad es el referente central, clave de bóveda del fundamento de los derechos humanos, al que apoyan, completan y matizan los otros valores, igualdad, seguridad jurídica y solidaridad. Esa importancia capital deriva de su conexión con los fines últimos del hombre, expresados en la moralidad, y con su posibilidad para ofrecer un ámbito de comunicación para el intercambio de razones sobre los fines y objetivos"²⁷.

f. Las aludidas características que acompañan a la libertad constituyen las razones por las cuales, precisamente, es la excepcionalidad el rasgo distintivo y, al propio tiempo, el principio que informa tanto las regulaciones normativas como la aplicación de los supuestos en los cuales se encuentra jurídicamente avalada la privación de la libertad, en especial cuando a ello se procede, por parte de las autoridades judiciales, como medida precautelativa dentro un proceso penal, mientras se adelantan las etapas de investigación y/o de juicio y no se cuenta, por tanto, con sentencia condenatoria alguna que hubiere establecido, de manera cierta y más allá de toda duda razonable, la responsabilidad penal del respectivo sindicado. Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁸, como la legislación interna colombiana²⁹, al igual que la Jurisprudencia Constitucional³⁰ y la de lo

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960); Actor: Rogelio Aguirre López y otros. En este pronunciamiento se encuentra, adicionalmente, un cuidadoso análisis histórico, filosófico y jurídico, respecto del contenido y de los alcances de la libertad como derecho, principio y valor normativo.

²⁶ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, sexta edición, Tecnos, Madrid, 1995, p. 174.

²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 217 y 226.

²⁸ Repárese, en este sentido, lo preceptuado por el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos —incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano con la Ley 16 de 1972—: "Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.



Contencioso Administrativo en Colombia, han subrayado reiteradamente la importancia de ese postulado de la excepcionalidad respecto de los eventos en los cuales puede haber lugar a la legítima privación de la libertad como medida distinta de la materialización de la pena impuesta en una sentencia judicial debidamente ejecutoriada; sin embargo, en relación con este extremo, baste con destacar, en este lugar, lo que a este respecto dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas —PIDCP, incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 74 de 1968 y de aplicación preferente en el orden interno de conformidad con lo preceptuado en el artículo 93 de la Constitución Política³⁰—, así como lo sostenido por la Sección Tercera de esta Corporación:

"PIDCP. Artículo 9.

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios" (se ha subrayado).

³⁰ En general, en esa dirección apuntan los preceptos que, dentro de las distintas codificaciones procesales penales, se han ocupado de establecer unos requisitos rigurosos —especialmente desde el punto de vista probatorio, aunque también en cuanto a la justificación y finalidades de la procedencia de este tipo de medidas— para que se pueda ordenar una medida de aseguramiento, en particular, la de detención preventiva. Así, por ejemplo, se advierte en lo normado por el artículo 318 del Decreto Ley 2700 de 1991 —vigente para la época en la cual ocurrieron los hechos que dieron origen al presente litigio— o en los artículos 306 a 320 de la Ley 906 de 2004.

³¹ Sobre los presupuestos de la privación preventiva de la libertad pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-397 de 1997 y C-416 de 2002.

³² Precepto de conformidad con el cual "[L]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".



4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación".

"Por consiguiente, la privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son:

1. Debe fundamentarse en un causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculcado.

(...)

3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva.

(...)

6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3.

7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar.

Aun cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no existe en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal³².

En esta misma dirección marcha lo clara y categóricamente preceptuado por el artículo 295 de la Ley 906 de 2004 —Código de Procedimiento Penal colombiano—, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 295. Afirmación de la libertad. **Las disposiciones de este Código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional;** sólo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales" (énfasis añadido).

g. El carácter eminentemente excepcional que tanto los compromisos internacionales asumidos por Colombia y las propias leyes de la República, como la

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010; Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960); Actor: Rogelio Aguirre López y otros.



Jurisprudencia nacional en diversos órdenes, que aquí se han relacionado y que de manera uniforme atribuyen e identifican como nota que debe acompañar necesariamente al instituto de la detención preventiva que respecto de un determinado individuo pueden decretar, en específicos supuestos, las autoridades judiciales competentes durante el curso de la investigación y/o del juicio penal, esa excepcionalidad —se itera— pone de relieve, por sí misma, que dicho instituto —en tanto excepcional— de ninguna manera podría considerarse entonces y menos podría llegar a convertirse en una carga generalizada que todo individuo tuviere que soportar por el solo hecho de vivir en sociedad, cuestión que evidencia, de manera palmaria, la antijuridicidad del daño que se irroga a quien se le impone dicha carga a pesar de que posteriormente se le releva de responsabilidad penal; en modo alguno podría exigírsele a un individuo que asuma como una carga social normal o jurídica una situación que por definición es excepcional y, por tanto, contraria a la regla general constituida por el principio, valor y a la vez derecho fundamental a la libertad.

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

Y se habrá causado un **daño especial** a la persona preventivamente privada de su libertad y posteriormente absuelta, en la medida en que mientras la causación de ese daño redundará en beneficio de la colectividad —interesada en el pronto, cumplido y eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia, en la comparecencia de los sindicados a los correspondientes procesos penales, en la eficacia de las sentencias penales condenatorias—, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se vio privado de su libertad, a aquella persona en quien, infortunadamente, se concretó el carácter excepcional de la detención preventiva y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el tantas veces aludido artículo 90 constitucional.

I. Un somero vistazo a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina en algunos países europeos y latinoamericanos cuya ascendencia en el sistema jurídico colombiano no ofrece mayor discusión, permitió a la Sección Tercera constatar³³, en lo atinente al título jurídico de imputación aplicable en casos de privación de la libertad ordenada por autoridad judicial competente como medida cautelar dentro del proceso penal correspondiente, la existencia o bien de una evidente tendencia a prescindir de la consideración de la concurrencia de dolo o culpa por parte del

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de octubre de 2007; Expediente: 520012331000199607870 01; Radicado: 16.057; Demandante: Segundo Nelson Chaves Martínez; Demandado: Fiscalía General de la Nación.



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Florián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional

funcionario judicial al proferir la medida de aseguramiento o de la configuración de un error judicial, como requisitos para que resultare procedente deducir responsabilidad patrimonial al Estado o bien un claro direccionamiento hacia la consolidación de un título objetivo de imputación en esta especie de responsabilidad del Estado-Juez, en desarrollo del principio de igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

(...)

j. Todos los argumentos hasta aquí expuestos, los cuales apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el *sub judice* en los cuales el sindicado cautelarmente privado de la libertad finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, es uno objetivo basado en el daño especial —como antes se anotó—, no constituye óbice para que se afirme, que en determinados supuestos concretos, además del aludido título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad —y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampara al afectado, de la excepcionalidad de la privación de la libertad que se concreta en su caso específico y a nada conduce, toda vez que posteriormente se produce la absolución, con base en el beneficio que impone el postulado *in dubio pro reo*, pero con evidente ruptura del principio de igualdad—, también puedan concurrir los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la entidad pública reviste la condena con base en este último título de imputación —además de la ilicitud del proceder de la misma entidad en el caso concreto— determina y aconseja que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable.

Pero dicha posibilidad resulta completamente diferente a sostener que, por solo el hecho de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción a los mandatos legales vigentes y, por tanto, mediante un proceder lícito, el Estado estaría eximido de responder por los perjuicios que le hubiere ocasionado a la víctima por razón de dicha detención, a pesar de que el correspondiente juicio penal hubiere concluido con la expedición de fallo de inocencia a favor del sindicado, incluso en aplicación del principio *in dubio pro reo*. ¿Podrá sostenerse entonces que ese individuo está en el deber jurídico de sacrificar su libertad o, lo que es lo mismo, de soportar la privación de su libertad, única y exclusivamente para que la sociedad pueda beneficiarse de la observancia y de la aplicación de las normas penales que regulan esa clase de procesos? ¿A qué quedaría entonces reducido el valor de la libertad, aquél que justifica y explica la existencia³⁴ misma de la Constitución Política y que a la vez constituye uno de sus principales cometidos y fines esenciales —como que la limitación al ejercicio del poder público sólo cobra

³⁴ En los regímenes absolutistas, no democráticos, en los cuales no existe —en el verdadero sentido de su expresión—, libertad para los individuos y en los cuales, por tanto, no existe propósito real de garantizarla de manera efectiva, tampoco existe una verdadera Constitución Política, por elemental sustracción de materia, en la medida en que carecería de sentido limitar el ejercicio del Poder, porque su abuso frente a los individuos no desencadenaría consecuencia alguna para el Estado y, por ello mismo, tampoco se requeriría una separación de poderes porque en esa misma línea dejaría de tener sentido un sistema de pesos y contrapesos que sólo se justifica y se explica en función de la protección de los Derechos de los asociados, amén de que la consagración de una Carta de Derechos en esos escenarios no tendría más propósito que el de cumplir un papel puramente formal y teórico.



sentido en función de asegurar la efectividad real de la libertad de los asociados—? ¿Acaso pasaría de constituir un propósito esencial —fin esencial— para convertirse en un simple medio que facilite la existencia de la sociedad y la convivencia en comunidad, de tal manera que los individuos tuvieran el deber de soportar su privación y su sacrificio en aras de facilitar la consecución de ese nuevo fin?

Adicionalmente y también en la dirección de justificar la aplicación —en línea de principio— de un título objetivo de imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, basado en el daño especial, en casos en los cuales se produce la privación injusta de la libertad de una persona posteriormente absuelta o exonerada penalmente, en particular en aplicación del principio *in dubio pro reo*, adviértase que es el legislador —aunque de forma mediata— el que autoriza o incluso ordena que tales daños puedan producirse, en beneficio de la colectividad que tiene interés en que la Administración de Justicia funcione de manera eficiente, pero con evidente ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular afectado con la privación de la libertad; así pues, lo cierto en el fondo es que la ley que tal cosa autoriza, al tiempo que resulta plenamente ajustada a la Constitución Política, es aquella que con su aplicación ocasiona un daño que el afectado individualmente considerado no tiene el deber jurídico de soportar y, por tanto, le debe ser reparado con base en argumentos similares a los que han permitido a esta Corporación declarar la responsabilidad extracontractual del Estado también al amparo del título jurídico de imputación consistente en el daño especial por el hecho de la ley ajustada a la Carta Política³⁵.

Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio *in dubio pro reo*—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁶.

En la misma dirección de cuanto se acaba de sostener, la Sala estima oportuno destacar que ni la regulación legal de la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia —contenida en la Ley 270 de 1996 y puntualmente en cuanto al extremo aquí en comento, en su artículo 70³⁷—, ni el

³⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: IJ-001; Actor: Vitelina Rojas Robles y otros; en el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1998; expediente IJ-002; actor: Leonor Fandifo de Tarazona y otros.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adielá Molina Torres y otros; Demandado: Nación — Rama Judicial.

³⁷ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: "Artículo 70. Culpa exclusiva de la víctima. El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".



pronunciamiento de control previo de exequibilidad del proyecto de texto normativo que finalmente se convirtió en la mencionada disposición, proferido por la Corte Constitucional –sentencia C-037 de 1996³⁶–, se hizo referencia, alusión y menos análisis alguno respecto de la procedencia de la aplicabilidad, en supuestos en los cuales se examine la responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del Juez, de eximentes de responsabilidad diversas del hecho exclusivo y determinante de la víctima, lo cual se estima acertado comoquiera que lo jurídicamente plausible y además conveniente es que tal suerte de valoraciones sean llevadas a cabo por el Juez de lo Contencioso Administrativo atendido el contexto fáctico de cada caso específico y no en abstracto por el Legislador o por el Juez Constitucional, los cuales ni restringieron ni podían o debían restringir el elenco de tales eximentes de responsabilidad, en este tipo de casos, solamente al hecho exclusivo de la víctima.

Dicho examen sobre la eventual configuración de los supuestos determinantes de la ocurrencia de una eximente de responsabilidad como el hecho de un tercero o la fuerza mayor, por lo demás, debe ser realizado por el Juez tanto a solicitud de parte como de manera oficiosa, no sólo en aplicación del principio *iura novit curia* sino en consideración a que tanto el Decreto Ley 01 de 1984 –artículo 164– como la Ley 1437 de 2011 –artículo 187– obligan al Juez de lo Contencioso Administrativo a pronunciarse, en la sentencia definitiva, “sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”.

Adicionalmente, mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la antijuridicidad del mismo, claro está–, análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.

Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de

³⁶ En la decisión en comento la Corte Constitucional, para fundamentar la declaratoria de exequibilidad condicionada del proyecto de disposición examinado, discurrió de la siguiente manera:

“2. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual “nadie puede sacar provecho de su propia culpa”.

La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible”.



.000276

responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales -independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada-, obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones de la parte actora".

Corolario de lo anterior, la Subsección acoge en su integridad la sentencia de unificación de la Sección Tercera, y decidirá este caso con fundamento en el título jurídico de imputación de daño especial.

2.3. Pruebas obrantes en el proceso y la solución del caso

En relación con la ocurrencia de los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, encuentra la Sala que existe en el expediente las siguientes pruebas -relevantes- para la solución del caso:

1. Copia autenticada de la providencia de fecha julio 2 de 2002, proferida por el Juzgado 146 de Instrucción Penal Militar, mediante la cual se impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva al señor Andrés Eduardo Florián Durán por el delito de Deserción (fls. 16 a 22, c. pruebas).
2. Copia autenticada de la providencia de marzo 14 de 2003, proferida por la Fiscalía Penal Militar 142 de Bogotá, mediante la cual se ordenó cesar el procedimiento en el proceso adelantado contra el señor Andrés Eduardo Florián Durán por el delito de Deserción, y fallo proferido por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior Militar, calendado el 26 de marzo de 2004, en la que se confirmó dicha decisión (fls. 1 a 15, c. pruebas).
3. Oficio n° 1085 del 22 de julio de 2002, donde el Juzgado 146 de Instrucción Penal Militar solicita trasladar a la SIJIN MEBOG al centro de reclusión de la Policía Nacional al señor Florián Durán, el cual se encuentra retenido desde el 21 de junio de 2002 (fl. 24, c. pruebas).



4. Certificación del Centro de Reclusión de la Policía Nacional, donde consta que el señor Florián Durán ingresó el 26 de julio de 2002 y salió en libertad provisional el 30 de octubre de 2002, con un tiempo físico de 3 meses y 3 días (fl. 26, c. pruebas).
5. Copia autenticada del Registro Civil de nacimiento del señor Andrés Eduardo Florián Durán (fl. 28, c. pruebas).
6. Resolución n° 185 del 27 de diciembre de 2002, mediante la cual, después de resolverse su situación jurídica, se licenció al soldado Florián Durán, por tiempo cumplido (fls. 31 a 32).
7. Copia autenticada del examen médico de ingreso practicado al señor Florián Durán donde se determinó que no era apto. Se anotó "Paciente que durante la valoración presenta estado de ansiedad máximo con dificultad del lenguaje (fls. 37 y 37vto y 58 a 59, c. pruebas).
8. Copia del examen psiquiátrico forense realizado por Medicina Legal, en donde se consignó:

"Lo descrito corresponde a rasgos de personalidad inadecuados, y considero que debido a estos rasgos el examinado no es persona apta para desempeñarse dentro de las exigentes condiciones del servicio militar obligatorio. En cuanto a los hechos motivo de investigación, al Incurrir en los mismos, tales rasgos inadecuados no le impedían comprender la ilicitud de su actuación y determinarse de acuerdo con esa comprensión. El examinado aduce problemas de tipo personal (el estado de su compañera y la necesidad de cuidarla) como motivo, pero esto no constituye un trastorno mental que le impidiera comprender y determinar sus actos.

CONCLUSION

1. Examinado ANDRÉS EDUARDO FLORIÁN DURÁN, considero que al incurrir en los hechos motivo de investigación no presentaba inmadurez psicológica ni trastorno mental que le impidieran comprender la ilicitud de su actuación y determinarse de acuerdo con esa comprensión.
2. El examinado presenta rasgos inadecuados de personalidad y un trastorno del lenguaje (tartamudeo). Considero que por estas condiciones no es persona apta para el servicio militar, es decir que no debió ser reclutado para ese servicio". (fls. 46 y 47, c. pruebas).



000277

Los anteriores medios de prueba, fueron aportados y solicitados tener como prueba con la demanda, decretados en el auto respectivo de primera instancia y allegados en el período probatorio, es decir, de manera oportuna y regular, por lo que serán valorados conforme a los principios que informan la sana crítica.

De los medios de prueba valorados por la Sala, se infiere que el ciudadano Andrés Eduardo Florián Durán fue vinculado a un proceso penal por el delito de desertión y capturado el 21 de junio de 2002, puesto a disposición del Juzgado 146 de Instrucción Penal Militar quien posteriormente le dictó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva y luego la Fiscalía Penal Militar 142 de Bogotá, ordenó cesar el procedimiento decisión que fue confirmada por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior Militar, calendada el 26 de marzo de 2004.

Es de precisarse que a pesar de no constar cuándo fue notificada la providencia de segunda instancia, lo cierto es que el sindicado había salido en libertad condicional desde el 30 de octubre de 2002, razón por la que esa será la fecha que se tendrá como extremo final de la privación de la libertad, siendo su tiempo de reclusión de tres meses y tres días.

Ahora bien, el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, dispone que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

Luego, para la Sala, preciso es determinar *i)* si efectivamente se causó un daño antijurídico en contra de los demandantes, *ii)* de encontrarse acreditado, si le es imputable tanto fáctica como jurídicamente a los demandados.

El derecho a la libertad es un derecho fundamental connatural al ser humano, que posibilita el goce o ejercicio de otros derechos, por lo tanto, no cabe duda que, cuando se limita o priva de ese derecho a una persona inocente, se genera un daño, el cual resulta ser antijurídico pues, no existe norma en el ordenamiento jurídico colombiano que obligue a un ciudadano inocente a



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Florián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional

tolerar o soportar el daño que emana de la privación de la libertad dentro de un proceso penal en el cual no se le desvirtuó la presunción de inocencia.

En este concreto caso, tal daño antijurídico le es imputable tanto fáctica como jurídicamente a la Justicia Penal Militar, por cuanto fue la encargada de adelantar la investigación penal y de adoptar, las decisiones que dieron al traste con el derecho a la libertad del procesado, al privarlo de la libertad al resolverle la situación jurídica y posteriormente ordenar cesar el procedimiento.

Así las cosas, se puede establecer responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad del ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria o decisión similar a ésta, pese a que, en la detención se haya cumplido las exigencias legales, debido a que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y resulta absolutamente injusto que una persona inocente en un Estado Social de Derecho como el nuestro, sea privada de la libertad, comprometiéndose el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente se observa que el día 21 de junio de 2002, el señor Florián Durán fue capturado porque había sido informada su no presentación a cumplir con el servicio militar desde el 23 de marzo de 2002.

Surtida la investigación, se ordenó cesar el procedimiento en su contra porque el joven fue incorporado al servicio militar a pesar de que en el examen médico había sido declarado no apto, de modo que al ser ilegal su incorporación se presentó una atipicidad de la conducta.

Ahora bien, en la providencia de primera instancia se consideró que a la producción del daño concurrió la culpa de la víctima, porque según el dictamen médico el policial tenía conciencia de la ilicitud de su comportamiento y no adecuó su conducta para no incurrir en la violación de la ley, argumento que es rechazado por el recurrente manifestando que precisamente los rasgos inadecuados de personalidad del señor Florián



Durán diagnosticados en el dictamen pericial, le impidieron actuar como el común de la gente y ajustar su comportamiento a lo previsto en las normas y lo esperado por la sociedad.

Analizado el contenido de la valoración psicológica practicada al demandante, considera la Sala que existe una diferencia entre la condición de inimputable y la existencia de deficiencias en la personalidad que justifiquen el comportamiento asumido por el investigado, en otras palabras, es posible que las circunstancias que rodearon los hechos contribuyan a explicar y aún a justificar la conducta asumida por el señor Florián Durán y aún más, es posible que por sus limitaciones físicas y personalidad débil no fuera apto para el servicio militar, pero ello no implica per se que no tuviera la capacidad de comprender que su comportamiento era contrario a la ley, de manera que si bien la conducta del demandante no puede adecuarse a la descripción de culpa grave contenida en el artículo 63 del Código Civil, su comportamiento si contribuyó a la causación del daño y por ello, el fallo de primera instancia deberá ser confirmado en ese aspecto.

En todo caso, al no encontrarse acreditada causal alguna que exima de responsabilidad patrimonial a la demandada -Ministerio de Defensa-, al tenor del artículo 70 de la LEAJ, y habiendo quedado demostrado que el daño antijurídico padecido por el demandante es imputable tanto fáctica como jurídicamente a la Justicia Penal Militar quien profirió la medida de aseguramiento de detención preventiva, la cual está adscrita al Ministerio de Defensa es éste el llamado a responder patrimonialmente por la privación de la libertad de que fue víctima el demandante.

2.4. Perjuicios

2.4.1. Perjuicios Morales

En primer lugar debe precisarse que si bien en la demanda se solicitó como perjuicio moral una suma equivalente a mil salarios mínimos para el demandante, estima la sala 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



25000232600020050179701 (35832)

Andrés Eduardo Florián Durán Vs MinDefensa-Policía Nacional

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 se produjo la privación 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 libertad³⁹; 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 oportunidades⁴⁰, 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 libertad⁴¹.

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

³⁹ Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁴⁰ Cf. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁴¹ 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.



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 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 corresponderla 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, el señor Florián Durán estuvo retenido por un lapso de tres meses y tres días, razón por lo cual la indemnización correspondiente debe ser ajustada a los 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, en aplicación de criterios de equidad y de reparación integral del daño, respecto de los cuales se hará la rebaja del 50% por la concausa, para un total de 25 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.



4.4.2. Perjuicios fisiológicos - daño a la Salud

Por otra parte, en cuanto a los perjuicios psicológicos y por la variación en las condiciones de existencia, deprecados en la demanda, no serán reconocidos, porque el primero de éstos se identifica con el daño moral sufrido por los demandantes durante la privación de la libertad y sobre el otro perjuicio ninguna prueba obra en el plenario, sin que pueda presumirse lo alegado por el mandatario judicial cuando manifestó que el señor Florián Durán quedó reducido al "rebusque diario", sin darle a su afirmación soporte probatorio alguno, lo cual hace imposible su reconocimiento.

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 9 de abril de 2008, la cual quedará así,

PRIMERO: Declarar probada la caducidad respecto de la incorporación al servicio militar del joven Andrés Eduardo Florián Durán.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, negar las pretensiones de la demanda relacionadas con la incorporación al servicio militar del joven Andrés Eduardo Florián Durán, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa, por el daño ocasionado al demandante con la privación injusta de que fue objeto en el proceso adelantado por la Justicia Penal Militar.

CUARTO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa al pago de perjuicios morales a favor del señor Andrés Eduardo Florián Durán, en



cuantía equivalente a 25 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes a la fecha de proferida esta providencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones indemnizatorias.

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

SEPTIMO.- Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, al apoderado que ha venido actuando a lo largo del proceso.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala


OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ


JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA