



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación N° :	73001-33-33-005-2017-00338-01
Número Interno:	0583-2020
Medio de Control:	REPARACION DIRECTA
Demandante:	JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ y Otros
Demandado:	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR.

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 152-6 y 247 del C.P.A.C.A., procede la Sala Oral de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el vocero judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda impetrada a través del mandatario judicial por los señores Jimmy Libardo Moreno Martínez, Marta Lucía Moreno Gutiérrez, Marina Moreno Gutiérrez, César Augusto Moreno Gutiérrez, Pablo Alexander Moreno Gutiérrez, Jeidy Daniela Moreno Cangrejo, Paula Alejandra Moreno Cangrejo y Jefferson Ricardo Moreno, contra La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹.

“1.1. Declárese administrativa y solidariamente responsable A LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA Y A LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, representadas legalmente por el Dr. LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRY y la DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ, o por quienes hagan sus veces, a cancelar y pagar la totalidad de los daños y perjuicios y por los hechos y omisiones conexos o reflejos con éstas, ocasionados a los señores JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, MARTA LUCIA MORENO RODRIGUEZ, MARINA MORENO GUTIERREZ, CESAR AUGUSTO MORENO GUTIERREZ, PABLO ALEXANDER MORENO GUTIERREZ, JEIDY DANIELA MORENO CANGREJO, PAULA ALEJANDRA MORENO CANGREJO Y JEFFERSON RICARDO MORENO, con ocasión de la detención injusta arbitraria e ilegal de la que fue objeto el señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, como consecuencia de la PRECLUSION DE LA INVESTIGACION de fecha Veintiocho (28) de Julio del año Dos Mil Quince (2015), proferida dentro del proceso penal radicado bajo el número 73449 60 00 453 2010 00504, adelantado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Funciones de Conocimiento de Ibagué.

1.2. Como consecuencia de la primera declaración condénese solidariamente a la parte demandada A LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA Y A LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, representadas legalmente por el Dr. LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRY y la DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ, o por quienes hagan sus veces, a cancelar y pagar la totalidad de los daños y perjuicios y por los hechos y omisiones conexos o reflejos

¹ Fls. 483-485 cuaderno No. 3.

con éstas, ocasionados a los señores JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, MARTA LUCIA MORENO RODRIGUEZ, MARINA MORENO GUTIERREZ, CESAR AUGUSTO MORENO GUTIERREZ, PABLO ALEXANDER MORENO GUTIERREZ, JEIDY DANIELA MORENO CANGREJO, PAULA ALEJANDRA MORENO CANGREJO Y JEFFERSON RICARDO MORENO, con ocasión de la detención injusta arbitraria e ilegal de la que fue objeto el señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, como consecuencia de la PRECLUSION DE LA INVESTIGACION de fecha Veintiocho (28) de Julio del año Dos Mil Quince (2015), proferida dentro del proceso penal radicado bajo el número 73449 60 00 453 2010 00504, adelantado por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado en Funciones de Conocimiento de Ibagué, en la cuantía resultante en las acápites de las pretensiones.

1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, igualmente se condene solidariamente a la parte demandada A LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA Y A LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, representadas legalmente por el Dr. LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRY y la DRA. CLARA CÉCILIA MOSQUERA PAZ, mayor de edad y vecino de la ciudad de Bogotá D.C., o por quien haga sus veces, a indemnizar y a pagar a favor de JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, la totalidad de los perjuicios incluidos en ellos el Daño Emergente y Lucro Cesante que le fueron causados como consecuencia de la injusta privación de su libertad, en la cuantía que resulte probada o de las bases que se demuestren en el proceso, debidamente reajustada a la fecha de ejecutoria de la providencia.

PERJUICIOS MATERIALES

Dentro de los perjuicios materiales se incluirá:

1.3.1. DAÑO EMERGENTE:

1.3.1.1. El valor de los honorarios pagados por la parte demandante al abogado por la labor desplegada en la defensa, gastos del proceso penal y demás acciones judiciales para conseguir la libertad del señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, quien fue objeto de la privación injusta arbitraria e ilegal de su libertad.

El valor de los honorarios profesionales ascendió a la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M.CTE (\$10.000.000.00) que fue la suma que canceló el demandante al suscrito MOISES FERNEY CORTES MELO para que ejerciera la defensa técnica del señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, en la etapa de investigación para lo cual me permito allegar constancia de pago por concepto de los mismos.

1.3.2. LUCRO CESANTE:

1.3.2.1. En cuanto al LUCRO CESANTE, corresponde a los dineros que por concepto de salarios dejó de percibir mi poderdante el señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, como miembro del Ejército Nacional en el grado de Sargento Segundo, pues fue suspendido de su cargo y posteriormente retirado de la institución y en la fecha que fue privado de su libertad injustamente devengaba la suma UN MILLON TRESCIENTOS DIECISEIS MIL OCHENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 1.316.085.64), como consta en certificación expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional.

Mi poderdante el señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, fue privado de la libertad por cuenta de este proceso, desde el día ocho (08) de Marzo del año Dos Mil Siete (2007) hasta el día (5) de Agosto del año Dos Mil Siete (2007), fecha en la recobró su libertad en el Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué (COIBA), donde fue recluso.

Por lo que en cuanto a LUCRO CESANTE, corresponde a la suma de SEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SETENA Y CUATRO PESOS (\$6.492.674.00) que corresponde a los cuatro meses y veintiocho (28) días, que estuvo injustamente privado de la libertad mi poderdante el señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ.

Los *PERJUICIOS MATERIALES*, comprenden *EL DAÑO EMERGENTE* y *EL LUCRO CESANTE*, los cuales ascienden a la suma de *DIECISEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS SETENA Y CUATRO PESOS* (\$ 16.492.674.00).

1.3.2.2. Los *intereses compensatorios del capital representativo de la indemnización* aludida en el punto anterior, es decir, el *Daño Emergente* que según el *Artículo 1615 del Código Civil*, se le debe desde la *ocurrencia del Daño* y el cual se pagará junto con aquel en pesos de valor constante.

1.4. Igualmente, como consecuencia de las anteriores *Declaraciones*, condénese *solidariamente* a la parte demandada *A LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA Y A LA DIRECCION EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR*, representadas legalmente por el Dr. *LUIS CARLOS VILLEGAS ECHEVERRY* y la *DRA. CLARA CECILIA MOSQUERA PAZ*, mayor de edad y vecino de la ciudad de *Bogotá D.C.*, o por quien haga sus veces, a indemnizar y a pagar a favor de cada uno de los demandantes las siguientes sumas:

1.4.1. Al señor *JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.2. A la señora *MARTA LUCIA MORENO RODRIGUEZ*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.3. A la señora *MARINA MORENO GUTIERREZ*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.4. Al señor *CESAR AUGUSTO MORENO GUTIERREZ*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.5. Al señor *PABLO ALEXANDER MORENO GUTIERREZ*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.6. A la señora *JEIDY DANIELA MORENO CANGREJO*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.7. A la señora *PAULA ALEJANDRA MORENO CANGREJO*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

1.4.8. Al señor *JEFFERSON RICARDO MORENO*, la suma de *CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES*.

Todos los daños morales, cuya indemnización se solicita en esta demanda, en lo que valga en pesos de valor constante a la fecha de ejecutoria de la sentencia; en subsidio, por razones de justicia y equidad en aplicación de los Artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 97 del Código Penal con el equivalente en pesos de valor constante a la fecha de ejecutoria en SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, por la congoja que todos mis mandantes sufrieron, como consecuencia de la privación injusta arbitraria e ilegal de su libertad por parte de las autoridades judiciales, lo cual produjo daños al buen nombre personal y familiar, al honor la reputación e intimidad de los demandantes quienes se vieron afectados o menguados por dicho error judicial.

1.5. De la misma manera, la indemnización que se haga por parte de las demandadas por la reparación de los daños causados a mis mandantes, la misma se hará consultando el principio de su *Reparación Integral* y los criterios técnicos y actuariales, de acuerdo con lo dispuesto en la *Ley 446 de 1998* y demás normas reglamentarias.

1.6. Igualmente, en estas condenas que se impongan a la parte demandada se reconocerán *intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor* y los *intereses comerciales corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta su cumplimiento por pago total y compensatorios, corrección monetaria o ajustes de valores desde el momento de su causación, aplicando las fórmulas de las matemáticas financieras y dando a dichos montos la indexación correspondiente.*

1.7. Se condenará a la parte demandada a pagar las costas y gastos del proceso.

2. Fundamentos fácticos².

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos relevantes:

2.1. El día siete (7) de marzo de Dos Mil Siete (2007) aproximadamente a las 20:40 PM, en momentos en que se desplazaba en un vehículo de servicio público a la altura del peaje ubicado en la vía que de Neiva – conduce a Bogotá D.C., fue capturado el señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez, a quien se le encontró un cañón para ametralladora M- 60 y la tapa móvil de dicha arma, quien para la fecha era Sargento Segundo adscrito al Batallón de Infantería No.16 Patriotas del municipio de Honda -Tolima.

2.2.- Sin mediar orden de registro y allanamiento alguno por parte de autoridad competente, el comandante del Batallón No. 16 Patriotas, Teniente Coronel Mauricio Martínez Ricardo, ordenó una revista en la habitación del señor S.S. Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez y violentaron la cómoda del mismo sin mediar autorización de este, donde encontraron el siguiente material de guerra: tres (3) cargas huecas; tres (3) estopines eléctricos; cinco (5) cerrojos para fusil calibre 7.62, una (1) bandeja de alimentación de ametralladora M – 60, y doscientos noventa y dos (292) cartuchos calibre 7.62 mm.

2.3.- El Capitán Walter Ramírez Bermúdez, quien para la época de los hechos era oficial de Inspección del Batallón Patriotas, puso en conocimiento los hechos al comandante, quien a su vez ordenó que personal adscrito a esta unidad miliar se desplazara hasta la ciudad de Neiva a traer en calidad de retenido al señor S.S. Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez, sin mediar orden de autoridad judicial competente.

2.4.- Al señor Moreno Gutiérrez se le retuvo en la guarnición militar y se puso a disposición del Juez Ochenta de Instrucción Penal Militar por estos hechos, quien mediante auto de fecha once (11) de marzo de 2007, procedió a dar apertura a investigación penal en su contra.

2.5.- El día trece (13) de marzo del año dos mil siete (2007), el Juez Ochenta de Instrucción Penal Militar vinculó mediante indagatoria al señor Moreno Gutiérrez, a quien le sindicó la presunta comisión de la conducta punible de Porte, Tráfico, Fabricación Ilegal de Armas de Fuego, Municiones de Uso Privativo de las Fuerzas Militares, y mientras se resolvía su situación jurídica decidió privarlo de su libertad en unidad militar.

2.6.- Una vez se resolvió su situación jurídica, el Juez procedió a imponerle medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión y, a su vez, solicitó la suspensión en el cargo, la cual se hizo efectiva por parte del Ejército Nacional.

2.7.- En contra de la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, decisión que fue confirmada en ambas instancias.

2.8.- El día tres (3) de agosto del año dos mil siete (2007), ante solicitud de libertad provisional elevada por su defensor, se procedió por parte del Juez Ochenta de Instrucción Penal Militar a conceder la libertad provisional al actor, a quien se le retiró del servicio activo, mediante la Resolución No. 0609 del día veinte (20) de abril del año dos mil siete (2007), emanada del comandante del Ejército Nacional, desconociendo de paso el debido proceso que debe ser imperativo en todas las actuaciones dentro de un Estado Social de Derecho.

² Fls. 486-488 cuaderno No. 3.

2.9.- Mediante auto de fecha trece (13) de junio del año dos mil diez (2010), la Fiscalía diecinueve (19) Penal Militar, procedió a correr traslado común a las partes por el término de ocho (8) días para que presentará los alegatos precalificatorios, oportunidad en que la Procuradora delegada solicitó se remitieran las diligencias, por competencia, a la Jurisdicción ordinaria.

2.10.- El proceso es asignado a la Fiscalía Segunda Especializada de Ibagué – Tolima, quien elaboró el programa metodológico y emitió orden a policía judicial y dentro de esta, se recibió el interrogatorio al indiciado quien lo rinde el día dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013), dando las explicaciones del caso sobre el material bélico encontrado en su cómoda.

2.12.- Ante las irregularidades encontradas en el proceso que adelantó la jurisdicción penal militar, y las cuales no se podían subsanar, la Fiscalía Segunda Especializada de Ibagué, procedió el día tres (3) de Junio del año dos mil quince (2015) a solicitar la preclusión de la Investigación, invocando como causal la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, solicitud que fuera asignada por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué – Tolima.

2.13.- El Juez Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué – Tolima, mediante decisión de fecha veintiocho (28) de julio del año dos mil quince (2015), procedió a precluir la Investigación a favor del procesado, teniendo como causal la establecida en el numeral 6º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, esto es la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, decisión que no fuera objeto de recurso alguno y la cual quedó debidamente ejecutoriada.

3. Contestación de la demanda:

3.1 Nación – Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar³.

Por conducto de mandataria judicial, la entidad demandada dio respuesta oportuna a las pretensiones del extremo activo, indicando que no hubo defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por error judicial, ni injustificada fue la privación de la libertad, porque las decisiones judiciales estuvieron soportadas en las normas sustantivas y procesales vigentes, advirtiendo que desde el principio militaban contra el acusado indicios serios y graves de estar comprometido en el hecho punible y, así, en su sana crítica lo concibió el Juez de instrucción.

Señala que la medida de aseguramiento, según las exigencias sustanciales establecidas en el artículo 522 de la Ley 522 de 1999, se sustenta en por lo menos un indicio grave de responsabilidad y para los casos allí enlistados y, como quiera que el delito de fabricación, posesión y tráfico de armas establecía una sanción privativa de la libertad consistente en prisión de 1 a 4 años, se cumplieron las exigencias normativas y no se estaría ante una privación injusta, máxime cuando existía más de un indicio grave de responsabilidad.

Indicó que, al establecer las hipótesis en la que se configura la privación injusta de la libertad, el Legislador no pretendió reconocer aquella indemnización cuando la absolución se originó en falta de prueba o duda, supuesto no contemplado en el artículo 414 del C. de P.P., afirmando que la reparación corresponde a cuando el hecho investigado no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible.

Asevera que no hubo equivocación o desacierto en la interpretación jurídica, a tal determinación se allegó de acuerdo a una justa y sana valoración de las pruebas allegadas en la etapa instructiva. Luego, dichas actuaciones no pueden, en ningún caso, generar responsabilidad por parte del operador judicial.

³ Fls. 522-548 cuaderno No. 3.

4. La sentencia impugnada⁴.

Lo es la proferida el 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad que negó las pretensiones de la demanda.

Expuso que, en el presente caso se configuran los presupuestos de la causa extraña, específicamente el hecho de un tercero, que da lugar a eximir de responsabilidad a la autoridad demandada, como quiera que se acreditó un hecho imprevisible e irresistible para la administración de la justicia penal militar, en razón a que los medios probatorios aportados fueron obtenidos con violación al debido proceso y, por ende, no podían ser apreciados por el administrador de justicia por ser nulos de pleno derecho.

En efecto, en el proceso penal se declaró la ilicitud de los medios de prueba encontrados el día 8 de marzo de 2007, en razón a que el registro de la cómoda de uso personal del sindicado se realizó sin que mediara orden judicial.

Así, explica que el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Ibagué no absolvió al acá actor por considerar que las pruebas no fueran suficientes para tener certeza sobre la comisión del punible – porque sí lo eran -, sino porque encontró que los medios probatorios aportados fueron obtenidos con violación al debido proceso, razón por la que, pese a que existía indicio grave de responsabilidad que la ley procesal penal exigía para proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del hoy demandante, por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, tales elementos no podían ser valorados, como quiera que el comportamiento del Comando Militar del Batallón No. 16 Patriotas, en este caso, constituyó un hecho externo, imprevisible e irresistible para la entidad demandada.

Refirió que la omisión del Ejército Nacional de informar inmediatamente al operador judicial del registro de la habitación y la cómoda del señor Moreno Gutiérrez, sin orden judicial, provocó una denuncia, constituyéndose esto en un hecho externo, pues la actuación del Comando Militar no presentaba ningún vínculo con las funciones propias de la entidad demandada, sino que, su proceder se dio en cumplimiento de sus funciones hacia sus administrados y finalmente, el señalamiento efectuado por el denunciante fue directo, contundente y preciso respecto del actuar indebido del denunciado, que conllevó incluso a su captura, lo cual tuvo incidencia directa en la imposición de la medida privativa de su libertad, y determinó el rumbo procesal de la actuación, constituyéndose esto una causa extraña que imposibilitó la imputación del daño a la Nación – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

Así, concluyó que, se evidenciaba que el Comando Militar de dicha Unidad Castrense, tercero ajeno a la relación jurídico-penal, incumplió las obligaciones que le eran exigibles al realizar un allanamiento de manera ilegal, circunstancia que constituye una causa extraña que impedía que el daño fuera imputable al demandado.

5. Fundamentos de la impugnación⁵

Oportunamente el apoderado del extremo activo recurrió la sentencia de primera instancia, señalando, luego de transcribir apartes de la Sentencia de Unificación SU-072 de 2018, que como el presente caso se enmarca en la ilicitud de la prueba y en la violación de los procedimientos para el recaudo de la evidencia física o material probatorio, la cual en un primer momento le sirvió de sustento al Juez Ochenta de Instrucción Penal Militar para vincular al proceso penal al señor Moreno Gutiérrez e imponerle medida de aseguramiento de detención preventiva, es claro

⁴ Fls. 609-623 cuaderno No. 3

⁵ Carpeta cuaderno No. 3 principal – CD folio 628 – archivo R. apelación JIMMY MORENO (1).pdf

que esta actuación irregular vició todo el proceso penal y, es por ello, que las entidades demandadas están llamadas a responder.

Adujo que, si bien, hubo una actuación irregular por parte del comandante del Batallón Patriotas y sus subordinados, al ordenar violentar la cómoda del investigado, no fueron ellos los encargados de resolver la actuación dentro del proceso penal, pues la entidad demandada era la que debía responder por las decisiones tomadas al interior del proceso y fue allí donde convalidó esa actuación irregular y le dio valor probatorio a la prueba ilegal.

Advirtió que el Juez de Instrucción Penal Militar debía conocer las disposiciones al respecto, teniendo en cuenta que la ignorancia de la Ley no es excusa, encontrando que en este caso el Juez edificó un proceso penal viciado de nulidad desde el comienzo, como lo deja ver el Juez Primero Penal Especializado de Ibagué al momento de precluir la investigación.

Con fundamento en pronunciamientos del Consejo de Estado, explica que, ni siquiera las acciones de los particulares que llevan a determinado momento a que se afecte la libertad de una persona exime de responsabilidad al Estado, pues el funcionario judicial es conocedor de la Ley y al haber convalidado las actuaciones de los miembros del Ejército vio comprometida su responsabilidad, pues los ordenamientos vigentes para la época de los hechos – artículos 477 y 479 de la Ley 522 de 1999 y artículos 219 a 237 de la Ley 906 de 2004 – establecían unos parámetros frente al registro y allanamiento que no se podían obviar.

Destacó que el Juez de Instrucción Penal Militar no sólo inobservó los procedimientos legalmente establecidos para determinar la ilegalidad de la prueba, sino que actuó sin competencia, pues es claro que el asunto debió ser conocido desde un principio por la Jurisdicción Penal Ordinaria, por lo que en el proceso penal se desconocieron todas las normas vigentes que regulaban el caso.

III. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 15 de diciembre de 2020 se admitió el recurso de apelación interpuesto por *el apoderado del extremo activo*, y mediante proveído del 30 de junio del año en curso se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para formular por escrito sus alegatos de fondo, término dentro del cual concurrió únicamente la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, quien reiteró los argumentos presentados al momento de contestar la demanda.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Es competente esta colegiatura para desatar la apelación contra la sentencia proferida el pasado 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

Conforme con lo señalado en el recurso de alzada, corresponde a la Sala determinar, si se configuran o no todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad administrativa en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, por los presuntos daños y perjuicios reclamados por los demandantes, como

consecuencia de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario dictada en contra del señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez.

3. Tesis planteadas.

3.1. Tesis de la parte demandante.

Sostiene que NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR debe ser declarada responsable de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez durante el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 2007 y el 5 de agosto de 2007, pues la medida de aseguramiento se impuso con base en una prueba ilícita que el Juzgado de Instrucción Penal Militar convalidó dentro del proceso penal, desconociendo la normatividad vigente que debía tenerse en cuenta frente al registro y allanamiento.

3.2 Tesis de la parte demandada.

3.2.1. Nación – Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar.

Precisó que no podía ser declarada responsable en el *sub examine*, toda vez que, las decisiones judiciales estuvieron soportadas en las normas sustantivas y procesales vigentes, advirtiendo que desde el principio militaban contra el acusado indicios serios y graves de estar comprometido en el hecho punible y, así, en su sana crítica lo concibió el Juez de instrucción. Además, debía tenerse en cuenta que al hoy demandante le fue precluida la investigación penal por duda, más no porque el hecho investigado no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, eventos estos últimos en que sí procedía la respectiva reparación.

3.2.3 Tesis del Juzgado de Primera Instancia.

Para el Despacho *a quo*, una vez analizados los argumentos de hecho y de derecho de la demanda, y la apreciación en conjunto de los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, así como las posiciones jurisprudenciales pertinentes, consideró que debían negarse las pretensiones de la demanda, al configurarse la causa extraña, específicamente el hecho de un tercero, como quiera que se acreditó un hecho imprevisible e irresistible para la administración de la justicia penal militar, en razón a que la decisión de detención se fundamentó en prueba ilegal que recaudaron los miembros del Ejército Nacional, terceros ajenos a la relación jurídico-penal.

4. Tesis del Tribunal.

Como la privación de la libertad del actor se derivó de las decisiones judiciales dictadas en el proceso penal en contra de las garantías fundamentales del procesado, pues se fundamentaron en un allanamiento practicado con violación al artículo 29 de la Constitución Nacional y que debía excluirse como prueba, es claro que, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, se encuentran reunidos los elementos fundamentales para imputarle responsabilidad patrimonial a la Nación – Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar por los hechos objeto de debate, por lo que se revocará la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda.

Ahora, pese a que Ejército Nacional realizó el referido el registro y allanamiento ilegal con violación a las garantías fundamentales del debido proceso, lo cierto es que la Justicia Penal Militar era la autoridad a la que le competía verificar la licitud y constitucionalidad de las pruebas que fueron allegadas para resolver la medida

de aseguramiento; por ende, no podía obviar el estudio de su validez y/o legalidad, y simplemente incluirlas como sustento probatorio de la imposición de la medida de detención preventiva, debió, como ya se dijo, excluirlas de plano por estar viciadas de nulidad.

5. Desarrollo de la Tesis de la Sala.

5.1.- La responsabilidad patrimonial del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: **(i)** el daño antijurídico, **(ii)** la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, **(iii)** el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

El **Daño Antijurídico** es entendido jurisprudencialmente *como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación* (Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Alier E. Hernández Enríquez).

De acuerdo a una debida interpretación del artículo 90 Constitucional, el H. Consejo de Estado⁶ ha enseñado que, la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. Dicha Tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en donde expresó, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera que *“imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño”* (Sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez).

A partir de la disposición constitucional señalada, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como **(i)** el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y **(ii)** el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad demandada está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, aunque el demandante haya

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 01 de marzo de 2006.

encuadrado el contencioso en un título de imputación disímil, pues en acciones de reparación directa, domina el principio de *iura novit curia*.

Reliévese que para efectos de determinar la responsabilidad de la administración a la luz del régimen de imputación objetiva, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales; con la aclaración que, de todas formas, en los casos en que esté demostrada la culpa de la administración, es loable que se analice la responsabilidad patrimonial del Estado bajo la óptica de la falla del servicio⁷, por ser la cláusula general de compromiso y el título de imputación de responsabilidad del Estado por excelencia, aunado a que con la prueba de la falla, la propia administración podrá iniciar de forma ulterior la acción de repetición contra el agente que dolosa o culposamente hubiere producido el daño.

De otro lado, en cuanto al **nexo de causalidad**, nuestro Órgano de Cierre⁸, trayendo a colación apartes de la Doctrina Francesa ha considerado que éste es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla en el servicio. En tratándose de esta última, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad.

5.2.- El derecho a la libertad individual.

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Política, la garantía de la libertad ocupa uno de los pilares fundantes de la institucionalidad del Estado desde el punto de vista de la teoría contractualista⁹, y a su vez, reviste la posición de derecho fundamental previsto en el artículo 28 Constitucional y emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático que propende por su respeto en todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, constituye un aspecto a tener en cuenta para el juez de responsabilidad extracontractual del Estado.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo un desequilibrio en las cargas públicas del ciudadano, que, en principio, no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

5.3.- Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad - Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

Previamente a examinar los presupuestos de responsabilidad administrativa aplicables al caso, la Sala estima necesario precisar que la demanda de la referencia tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por razón de una privación injusta de la libertad del demandante Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez ocurrida en vigencia de la Ley 270 de 1996¹⁰, que establece:

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. MAURICIO FAJARDO GOMEZ, proferida el 11 de noviembre de 2009, Radicación número: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927), Actor: Elizabeth Pérez Sosa y Otros, Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).

⁹ Entiéndase la teoría contractualista desde el punto de vista de la obra el Leviatán escrita por Thomas Hobbes, perspectiva desde la cual los administrados entregan sus libertades a un ente ficticio (el leviatán - estado) en aras de proporcionar seguridad, en su vida y bienes, evitando sobremedida el miedo a una muerte violenta, debido a que el hombre *per se* es malo y la función de la institución estatal se circunscribe a enderezar su naturaleza y en consecuencia regulando su conducta para poder vivir en sociedad mediante la limitación de sus derechos y libertades.

¹⁰ Norma que entró en vigencia el 7 marzo de 1996.

“ARTÍCULO 65. 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.

(...)

ARTÍCULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Igualmente, es preciso recordar que el H. Consejo de Estado ha considerado en varias oportunidades que, a pesar de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad es absuelta por alguna de las circunstancias previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991¹¹, se configura un evento de detención injusta y, por lo tanto, procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado, en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

Al respecto, en sentencia de 2 de mayo de 2007, precisó:

“Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en la cual procede la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado por detención injusta, en los términos en que dicho carácter injusto ha sido también concretado por la Corte Constitucional en el aparte de la sentencia C-036 (sic) de 1996 en el que se analiza la exequibilidad del proyecto del aludido artículo 68 -y que se traduce en una de las diversas modalidades o eventualidades que pueden generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia-, esa hipótesis así precisada no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

*“Tal es la interpretación a la que conducen no sólo las incuestionables superioridad y preeminencia que le corresponden al citado canon constitucional, sino también una hermenéutica armónica y sistemática de los comentados preceptos de la misma Ley 270 de 1996, así como los razonamientos plasmados por la propia Corte Constitucional en la sentencia C-036 (sic) de 1997 (sic), mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. **De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado –a la que se hizo referencia en apartado precedente- [responsabilidad del Estado por la privación de la libertad de las personas al amparo de la vigencia del artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal] ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996..”**¹² (Resalta la Sala).*

¹¹ “Artículo 414. **Indemnización por privación injusta de la libertad.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, expediente: 15.463, actor: Adielia Molina Torres y otros.

De la misma forma, nuestro Órgano de Cierre ha señalado que las hipótesis establecidas en el artículo 414 antes citado, al margen de su derogatoria, continúan siendo aplicables a hechos ocurridos con posterioridad a su vigencia, sin que ello implique una aplicación *ultractiva* del citado precepto legal, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, pues, en virtud del principio *iura novit curia*, el juez puede acoger criterios de responsabilidad objetiva o subjetiva para respaldar su decisión.¹³

En relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad de las personas, dispuesta como medida de aseguramiento dentro de un proceso penal, la jurisprudencia a lo largo del tiempo no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el citado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, lo cual fue recapitulado en providencia proferida por Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, de fecha 14 de septiembre de 2016, dictada dentro del proceso con Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00210-01(43562).

En efecto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado se ha desarrollado en distintas direcciones, así:

Una primera línea, que podría calificarse de *restrictiva*, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta 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 valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados¹⁴. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención¹⁵.

Una segunda línea entiende que, en los *tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P.* -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, *la responsabilidad es objetiva*, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa¹⁶. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter *“injusto”* sino *“injustificado”* de la detención¹⁷.

En el marco de esta segunda línea, el artículo 414 del derogado Código de Procedimiento Penal contenía dos preceptos¹⁸: *el primero*, previsto en su parte inicial, señalaba que *“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”*, disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requiere su demostración bien

¹³ En este sentido, la Sección Tercera, Subsección C en Sentencia de 19 de octubre 2011, expediente 19.151, precisó: “...no se avala una aplicación *ultractiva* del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. No quiere ello significar, entonces, que se estén modificando los efectos en el tiempo de una norma que se encuentra claramente abrogada. Sin embargo, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, por ser una institución donde rige el principio *iura novit curia*, es posible que el juez adopte o acoja supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, lo cual dependerá del fundamento en que se soporte la misma (...).”

¹⁴ Sección Tercera, Sentencia de 1 de octubre de 1.992, exp. 7058.

¹⁵ Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1.994, exp. 8666.

¹⁶ Sección Tercera, Sentencia de 15 de septiembre de 1994, exp. 9391.

¹⁷ Sección Tercera, Sentencia de 17 de noviembre de 1.995, exp. 10056.

¹⁸ RODRÍGUEZ VILLAMIZAR, Germán: “Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad”, Memorias del décimo encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Riohacha, junio de 2003, pág. 107.

por error o bien por ilegalidad de la detención; *el segundo* en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos –absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible –, los cuales, una vez acreditados, dan lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no es menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

Una tercera línea jurisprudencial morigera o modula el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*¹⁹.

En la actualidad y para aquellos casos en los cuales resulta aplicable el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por haberse configurado la privación de la libertad de una persona bajo los supuestos previstos en dicha norma, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

Igualmente, la alta Corporación ha precisado que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los que la persona privada de la libertad es exonerada por razones distintas a las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así ocurrió, por ejemplo, en sentencia de 20 de febrero de 2008, donde se declaró la responsabilidad de la Administración por la privación injusta de la libertad de una persona que fue exonerada en el proceso penal por haberse configurado una causal de justificación de estado de necesidad²⁰.

Debe precisarse, en todo caso, que si las razones para la absolución o preclusión de la investigación obedecen a alguna de las tres (3) causales previstas en la parte final del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal o –en la opinión mayoritaria de la Sala- a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo*, se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, si se presenta un evento diferente a éstos, deberá analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida “*injustamente*” (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

Esta posición no debe tomarse como una camisa de fuerza para que, en todos los casos en que se presente una privación de la libertad y, posteriormente, el procesado resulte absuelto o se precluya la investigación en su favor por aplicación del *in dubio pro reo*, necesariamente se configure una responsabilidad del Estado, pues tal y como también lo precisó el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, en sentencia del 30 de abril de 2014 dentro del expediente con radicación número: 25000-23-26-000-2001-01145-01(27414), cuyo ponente fue el Consejero Danilo Rojas Betancourth, cuando se produce una decisión absolutoria derivada de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, éste supuesto no se concibe al abrigo del principio *in dubio pro reo* en sentido estricto, por cuanto, en estos eventos es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del

¹⁹ Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 1997, exp. 11.754.

²⁰ Sentencia de 20 de febrero de 2008, expediente: 15.980.

error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva, siendo necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria, es decir, que se propició por una negligencia del funcionario encargado de la investigación y/o el juicio penal, razón por la cual, en casos como estos el *in dubio pro reo* es meramente aparente y, por ende, la responsabilidad se desprende de las reglas que gobiernan el régimen de imputación subjetivo.

Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.

Es conveniente resaltar que, desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental que sólo admite limitación *“en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”*.

Por lo demás, aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna- la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C. P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos el de la libertad, como ámbito de autodeterminación de los individuos (artículo 2 de la C. P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29).

Así mismo, sobre el derecho a la libertad, el artículo 28 de la Constitución Política de 1991 señala que:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

Ese mismo derecho está regulado en otras normas jurídicas, así:

- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado mediante la Ley 74 de 1.968, se expresa que *“Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”*.

- En la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por la Ley 16 de 1.972, se dice que: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados o por las leyes dictadas conforme a ellas”*.

De lo anterior se infiere que la libertad es un derecho fundamental, restringido en eventos precisos y bajo condiciones de orden constitucional o legal.

La presunción de inocencia también es de categoría Constitucional, pues, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política, *“Toda persona se presume*

inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable" y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado²¹.

Se precisa, igualmente, que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en estos casos, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.

En ese contexto, se concluye que, cuando se produce la exoneración del sindicado, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, por alguna de las causales previstas en el citado artículo 414 del C. de P. P., las cuales se aplican a pesar de la derogatoria de la norma, o –en la opinión mayoritaria de la Sala- por virtud del *in dubio pro reo*, el Estado está llamado a indemnizar los perjuicios que hubiere causado por razón de la imposición de una medida de detención preventiva que lo hubiere privado del ejercicio del derecho fundamental a la libertad, pues, de hallarse inmerso en alguna de tales causales, ningún ciudadano está obligado a soportar dicha carga, e incluso hay lugar a indemnización por otras causales cuando se demuestre el carácter injusto o arbitrario de la detención.

La Corte Constitucional, tuvo la oportunidad de pronunciarse en relación a la Constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996²², allí precisó, que la responsabilidad del Estado deriva de los artículos 6, 28, 29 y 90 de la Constitución Política y que en todo caso, debe tenerse en cuenta que la actuación de la administración pública debe ser abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, puesto que el legislador sabiamente utilizó en la norma la expresión "**INJUSTAMENTE**".

Según la máxima guardiana de la Constitución Política, de no ser así, es decir, de no tenerse en cuenta las circunstancias que rodearon la privación de la libertad, implicaría permitir que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y se llegara a considerar de manera subjetiva que esa detención fue injusta, procedería automáticamente la reparación de los perjuicios, sin embargo, para la Corte es claro, que además de ello, debe tenerse consideración un análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se produjo la detención.

Sobre el tema, la H Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996²³, condicionó la declaratoria de exequibilidad del que sería el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 así:

"Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6o, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...). Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible." (Resalta la Sala).

²¹ Sentencia C - 397 de 1997, de 10 de julio de 1997.

²² Sentencia C-037 de 1996

²³ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sin embargo, el H. Consejo de Estado reconsideró la tesis planteada por la Corte Constitucional, por tal razón, fijó parámetros a tener en cuenta al momento de estudiar el carácter injusto de la privación de la libertad dada ya sea por la imposición de una medida de aseguramiento o por una sentencia condenatoria y que con posterioridad se haya dado su absolución por alguna de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 o por la aplicación jurisprudencial de *in dubio pro reo*, en estos casos debe analizarse el comportamiento desplegado por quien estuvo privado de su libertad en aras de determinar si su actuar lo determinó a hacerse merecedor de la respectiva medida de aseguramiento o sentencia condenatoria según sea el caso, en consecuencia, el Juez Administrativo debe valorar el dolo o la culpa grave del procesado, así lo dispuso el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Marta Nubia Velázquez Rico en sentencia con radicación N° 25000232600020100085301 (47205) que posteriormente se ratificó en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 Sección Tercera, radicado N° 66001-23-31-000-2010-0023501 (46947) dentro de las cuales se indicaron que los criterios a tener en cuenta puesto que se dispuso en su parte resolutive:

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.”

Esta idea vertebral tomó mayor solidez con fundamento en el postulado del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 cuando al indicar la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad en tanto que “El daño se entenderá como debido a 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.”

Por consiguiente, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

Así entonces, debe entenderse que un actuar doloso implica no solo el querer de la realización del hecho sino también el conocimiento de las consecuencias que el mismo implica y, por otro lado, la culpa grave no significa por si misma cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino conlleva aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”, en los términos del artículo 63 Código Civil.

Aunado a ello, dicha Sala de Subsección “C” de la Sección Tercera ha precisado:

“La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil²⁴.

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

- Aplicación extensiva de fallo de tutela del Consejo de Estado que dejó sin efectos sentencia de unificación.

Recientemente, el H. Consejo de Estado profirió una relevante decisión frente a este tema, al punto que **dejó sin efectos la sentencia de unificación** del 15 de agosto de 2018 a que se hizo referencia en párrafos precedentes, a través de la cual se unificaban los criterios que debía verificar el Juez Administrativo y que permitían examinar el dolo o culpa grave del privado de la libertad, destacando que en estos casos no es dable al Juez de la responsabilidad Estatal volver a analizar la conducta del implicado que ya fue absuelto **por atipicidad de la conducta**, ya que en estos casos se incurriría en violación directa al derecho fundamental al debido proceso, derivada del desconocimiento de la cosa juzgada, el juez natural y la presunción de inocencia Constitucional.

Así, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, en sentencia del 15 de noviembre de 2019 proferida dentro de la acción de tutela con radicación 11001-03-15-000-2019-00169-01, con ponencia del Consejero MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, relevó de eficacia la Sentencia de Unificación bajo la cual se cimentaba la postura actual de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad. Cabe resaltar que, si bien, los efectos de tal decisión solo afectaba a las partes del proceso de la referencia al tratarse de una sentencia de tutela (efectos *inter partes*), la decisión que se dejó sin efectos era una sentencia de unificación que permitía el análisis del dolo y la culpa grave del privado de la libertad, luego esta Corporación considera que debía acogerse tal postura que garantizaba de manera directa los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política pilar de todo nuestro Estado de Derecho.

La tesis planteada dispone que existe una violación directa a los derechos fundamentales al debido proceso, juez natural, presunción de inocencia, cosa juzgada e igualdad de la persona que ha sido privada de manera injusta de la libertad y que reclama ante la jurisdicción contencioso administrativa, en tanto que la observancia de la tesis que se venía aplicando hasta la fecha valoraba las conductas preprocesales llevadas a cabo y allí se determinaba si existía o no

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

“*Culpa exclusiva de la víctima*”, pues en caso afirmativo ello conllevaba a la exoneración de responsabilidad Estatal, análisis que ahora deja claro el Consejo de Estado que solo puede estar a cargo del juez penal, puesto que de hacerlo, se incurre en la violación de derechos fundamentales y se atenta contra el principio del *non bis in ídem*, en este sentido dijo nuestro Órgano de Cierre:

(...) 25.- La valoración de la conducta preprocesal es competencia exclusiva del juez penal. Si el juez de la responsabilidad estatal concluye que la detención de la demandante fue generada por su propia conducta, no sólo invade competencias de otras jurisdicciones, sino que desconoce la decisión penal absolutoria porque implica considerar, de acuerdo con una de las líneas jurisprudenciales antes expuestas, que al desplegar su conducta obró como sospechosa de estar cometiendo un delito⁶ y determinó que la Fiscalía abriera la investigación y ordenara su detención. A tal conclusión sólo puede llegarse desconociendo la decisión penal que la declaró inocente, porque, conforme con ella, los hechos no constituían delito de acuerdo con la ley vigente en el momento en que ocurrieron.

(...)

“27.- Si por un hecho que no está calificado por la ley como delito se detiene a una persona y la propia justicia penal lo reconoce en un fallo declarando su inocencia por tal razón, es evidente que al declarar judicialmente que la detención no fue generada por la apreciación equivocada de la Fiscalía, sino porque sus conductas preprocesales la generaron, se está desconociendo tal decisión y se está violando la presunción de inocencia derivada de la misma porque se está tratando como culpable a quien la justicia ya había declarado inocente. Cuando la Sala determinó que la conducta preprocesal de la demandante la hizo culpable de su detención, desconoció la presunción de inocencia y trasladó a un particular inocente la responsabilidad por el ejercicio indebido del ius puniendi del Estado.” (Negrilla y subrayado de la Sala).

Por tal motivo, incrustó la teoría la prohibición de regreso, teoría bajo la cual le está vedado al Juez Administrativo valorar o estudiar situaciones que se den por fuera del proceso administrativo, es decir, que al momento de estudiar una eventual exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima dentro del proceso de privación injusta de la libertad, los argumentos por los cuales debe proceder deben estar encaminados a que sucedieron dentro del marco del proceso administrativo y no del proceso penal para garantizar la independencia de la jurisdicciones al momento de administrar justicia, pues:

(...) 32.- Esta prohibición de regreso también aplica en los casos de privación injusta de la libertad. En este tipo de asuntos, la decisión que pudo generar el daño se produjo en el marco de un proceso, y, en consecuencia, tal la prohibición implica considerar que las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él. La Sala, en consecuencia, debió valorar si la imposición de la medida de aseguramiento fue causada por la actuación procesal de la señora Ríos, pues ninguno de los juicios necesarios para examinar los elementos de la responsabilidad la autorizaba, como juez administrativo, a reemplazar al funcionario judicial penal. La Sala no podía, tampoco, desconocer el derecho a la presunción de inocencia de la señora Ríos, que en este caso se traducía en el derecho a no ser tratada como si ella fuera culpable, por sus conductas preprocesales, de la detención que se le impuso.”

33.- Si el Juez penal declaró inocente a la demandante porque el delito que le imputó al detenerla no estaba previsto como tal en la ley y el Juez de la responsabilidad afirmó que la demandante, con esa misma conducta, generó su detención, no cabe duda de que este último violó el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

34.- La regla de la presunción de inocencia que aparece expresamente prevista en la Constitución Política como una garantía del derecho fundamental al debido proceso²⁵ impone a todos -sobre todo a las autoridades públicas (dentro de las

²⁵ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

cuales principalmente están los Jueces)- la obligación de tratar como inocente a quien no haya sido condenado penalmente por un delito, punto en el cual la Ley 600 de 2000 establece en su artículo 7º que << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal>> y que el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 consagra en los siguientes términos << toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal>>. (...)"

Así las cosas, es imperativo mencionar la relevancia de los derechos vulnerados, pues no solo gozan de protección Constitucional sino también convencional mediante el Bloque de Constitucionalidad al contar con carácter de principios de derecho; de tal manera que **(i)** el debido proceso es visto como una garantía constitucional de carácter procesal que implica seguir todas las ritualidades preestablecidas dentro de un procedimiento so pena de verse viciado de nulidad el trámite adelantado, "[d]e esta forma, el derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna ingerencia (sic) en las distintas etapas del proceso."²⁶.

Por otro lado, el principio y derecho del **(ii)** juez natural presupone la estructuración de un juez o tribunal especializado antes de la realización del hecho para ser juzgado por este de conformidad con norma ya preestablecidas, es entonces como la H. Corte Constitucional determinó las características que reviste el mismo al indicar "(...) (i) la preexistencia del juez, (ii) la determinación legal y previa de su competencia en abstracto, incluso si es una competencia especial o por fuero, y (iii) la garantía de que no será excluido del conocimiento del asunto (...)"²⁷; razón por la cual este principio delimita el campo de acción de cada juez desde los conceptos de jurisdicción y competencia en aras de evitar la atribución de facultades que no corresponden.

A lo que refiere **(iii)** la *presunción* de inocencia, implica categóricamente la prohibición de realizar prejuicios tendientes a tildar de penalmente responsable a quien no ha sido condenado mediante sentencia debidamente ejecutoriada, pues bien, según el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta Política: "*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*" y, por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado²⁸, en consecuencia, siguiendo la misma línea de aplicación del Consejo de Estado sobre la sentencia de tutela arriba expuesta "(...) 40.- *La regla de presunción de inocencia exige un esfuerzo de imparcialidad del Juez de la responsabilidad y, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone la prohibición de dudar de la inocencia de la víctima de la privación de la libertad que ha sido exonerada en una sentencia proferida por el Juez Penal.*(...)", pudiendo concluir que tal garantía implica una doble naturaleza en la cual, por un lado es reconocida como un derecho que implica no ser señalado culpable, y por el otro, una obligación de

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, 21 de agosto de 2014. Radicación: 68001-23-33-000-2014-00413-01 (AC).

²⁷ Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Jorge Luis Pabón Apicella. 5 de octubre de 2016, Sentencia C 537 de 2016.

²⁸ Al efecto puede consultarse la sentencia C-774 de 25 de julio de 2001 de la Corte Constitucional.

todas las personas y las entidades públicas de evitar hacer juicios de valor sin mediar prueba de la responsabilidad de una persona.

En otro sentido, al hablar de la **(iv)** cosa juzgada hay que resaltar la prohibición de reclamar o ser impuesta una condena sobre un asunto que ya se ha debatido y que reúna una misma identidad de partes, identidad de pretensiones e identidad en la causa (hechos), generando así una inmutabilidad una vez ejecutoriada la decisión, en este orden de ideas, constituye una imposibilidad para el juez que conoce del asunto dado que no puede pronunciarse sobre algo que ya ha resuelto su semejante, por esta razón *“2.4. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.”*²⁹

Finalmente, el derecho a la **(v)** igualdad determina dos situaciones que deben tenerse en cuenta como se infiere de la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política, el primero de ellos hace referencia a la igualdad en un aspecto formal, según el cual todas las personas poseen los mismos derechos y obligaciones, en consecuencia no puede haber discriminación hacia ninguno de ellos visto desde la ley; en sentido contrario, cuando se habla de igualdad material se toma en cuenta un aspecto discriminativo en forma positiva, el cual permite resaltar a aquellas personas que gozan de menores facultades o beneficios que los ponen en desventaja con relación a los demás, en tales casos, se constituye para el estado y a la sociedad en general la obligación brindarles un trato especial y preferente con mirar a poder equiparar a tales personas en condiciones inferiores para que puedan gozar plenamente de sus derechos.

- **De la unificación de la Corte Constitucional en materia de privación injusta de la libertad.**

La Corte Constitucional en la sentencia SU-072 de 2018, señaló que ningún cuerpo normativo, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad. En cada caso será el juez el que deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó expresamente:

“109. Es necesario reiterar que la única interpretación posible -en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”

(...)

“Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de

²⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Alberto Rojas Ríos. 6 de marzo de 2019, Sentencia C 100 de 2019.

la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados”.(subrayas fuera de texto).

Bajo ese entendido, conforme lo explica el Consejo de Estado³⁰, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con preclusión, absolución o su equivalente, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo esa interpretación, concluye nuestro órgano de cierre que desde la óptica de la responsabilidad del Estado, solo será objeto de reproche y reparación la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades respecto de los presupuestos legales necesarios para imponer la medida, evento en el cual la privación de la libertad se tornará arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la libertad³¹.

En todo caso, la Corte en la sentencia SU-072 de 2018, explicó que “*en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”.*

Continúa la Corte señalando que, en los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del *in dubio pro reo*- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

6. Caso Concreto.

6.1. De lo probado en el proceso.

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Copia de los registros civiles de nacimiento de JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, MARTA LUCIA MORENO RODRIGUEZ, MARINA MORENO RODRIGUEZ, CESAR AUGUSTO MORENO RODRIGUEZ, PABLO ALEXANDER MORENO RODRIGUEZ, JEIDY DANIELA MORENO CANGREJO, PAULA ALEJANDRA MORENO CANGREJO y JEFFERSON RICARDO MORENO³².

³⁰ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 76001-23-31-000-2009-10182-02(61952).

³¹ Ibidem.

³² Fls. 11-18 cuaderno No. 1.

- Certificación de Salario del S.S. JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, expedido el 25 de noviembre de 2016³³.
- Copia de la Resolución No. 0609 del 20 de abril de 20017, por medio de la cual se dispuso el retiro del S.S.® JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ³⁴.
- Extracto hoja de vida del señor S.S. JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ³⁵.
- Paz y Salvo de los honorarios profesionales del proceso penal, expedido el 29 de enero de 2017 por el Profesional del Derecho Moisés Ferney Cortés Melo³⁶.
- Copia de la actuación penal dentro del proceso radicado 73449-60-00-453-2010-00504³⁷.
- Oficio No. 639 COIBA-RES-DIR del 18 de marzo de 2019 y pantallazo SISIEPEC WEB³⁸.
- Certificación expedida el 8 de abril de 2019 por la Dirección de Personal del Ejército, en la que se indican los haberes devengados por el señor Moreno Gutiérrez³⁹.
- Testimonios recaudados ante el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué, en audiencia de pruebas del 11 de junio de 2019⁴⁰:

Gloria Sthefany Bautista Ramírez, quien indicó que, distinguía a la familia Moreno, conocía a Jimmy Moreno, eran vecinos, la familia reunía fondos para llevarle implementos a Jimmy, él era militar, Sargento del Ejército, sabe que estuvo privado de la libertad, un tiempo en Honda y luego en la cárcel de Ibagué; señaló que bajo el mismo techo vivían unos sobrinos de Jimmy y su hermano Alex Moreno, quien vivía con su esposa e hijos; afirmó que conocía a los hermanos de Jimmy, de nombre Alex, Marta, Marina, Miguel y Cleo, quienes iban a la casa. Manifestó que conocía los sobrinos de Jimmy de nombre Jeiser, Alexis, Tatiana, Daniela y Alejandra. Relató que la familia era de escasos recursos, hacían actividades y rifas con la finalidad de reunir fondos para ir a visitar a Jimmy y llevarle las cosas, también para pagarle al abogado; por último, expresó que la familia tuvo preocupación y angustia por lo sucedido.

Ana Carolina Alvarado Forero, amiga de los demandantes, quien señaló que Jimmy estuvo en el Ejército y luego fue detenido, fue a visitarlo en la cárcel de Picaña en el 2007; adujo que económicamente se vieron mal, pues les tocó pagar abogado; dio cuenta que distinguía a Jimmy Libardo y a sus hermanos Marta Lucía, Marina, Cesar Augusto y Pablo Alexander, así como sus sobrinos Jefferson, Daniela y Alejandra; aclaró que para la fecha de los hechos, en la casa vivía la señora Ligia - madre de Jimmy -, Marina, Pablo Alexander, Cesar Augusto, Jefferson y las hijas del señor Pablo, Jeidy Daniela y Alejandra; por último, indicó que la privación de la libertad generó congoja en la familia, especialmente en la mamá.

³³ Fl. 19 cuaderno No.1.

³⁴ Fl. 20 cuaderno No. 1.

³⁵ Fls. 21-24 cuaderno No. 1.

³⁶ Fl. 25 cuaderno No. 1.

³⁷ Fls. 26 cuaderno 1 al fl. 481 cuaderno No. 3.

³⁸ Fls. 18 y 24 del cuaderno de pruebas de oficio.

³⁹ Fls. 21-22 del cuaderno de pruebas de oficio.

⁴⁰ Expediente Juzgado – carpeta cuaderno No. 3 – carpeta CD FOLIO 573.

Adolfo León Restrepo Ruíz, quien indicó que distinguía a la familia de Jimmy, pues fue vecino de ellos, él los transportaba a Honda, cuando Jimmy estuvo privado de la libertad, y luego fue recluso en Ibagué; relató que a Jimmy le dieron la baja y las hermanas hacían rifas para ayudarlo a pagar el abogado, pues cuando lo retiraron del Ejército le suspendieron el servicio de defensa, ellas fueron las que le colaboraron a él para que el abogado lo siguiera defendiendo. Indicó que distinguía a la señora Marina, a Miguel, a Alexander, a César, a Jefferson, Julian, entre otros; manifestó que para la fecha de los hechos, bajo el mismo techo vivían Marta, la señora Ligia, Maximiliano, Estela, no recuerda quien más; informó que cuando visitó a Jimmy Libardo en la cárcel, lo vio decaído y le comentó que le daba tristeza estar ahí porque la mamá fue la que le colaboró para estar en el Ejército; por último, señaló que cuando estuvo privado de la libertad lo visitaron, en Honda, más que todo su hermana Marta, y en Picalaña, iba Marta y Yaneth.

6.2. Análisis sustancial

6.2.1 El daño.

De acuerdo con lo que se ha establecido por el legislador y por la misma jurisprudencia, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar, en primer lugar, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse como antijurídico, pues solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de “realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado”.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez fue privado de su libertad por disposición del Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar de Honda-Tolima, mediante providencia proferida el 27 de marzo de 2007⁴¹, en la que se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, y se solicitó a la Oficina de Personal del Ejército la suspensión en el ejercicio de sus funciones.

De otra parte, obra certificación suscrita por el director del Complejo Penitenciario y Carcelario de Ibagué –COIBA en la cual indica que el señor Moreno Gutiérrez fue capturado el 7 de abril de 2007 y estuvo en prisión en dicho establecimiento de reclusión desde el 24 de mayo al 8 de agosto de 2007⁴², razón por la cual se concluye, que evidentemente estuvo sometido a dicha medida de aseguramiento de privación física de su libertad.

Con sustento en lo anterior, se deja por definido el daño, en tanto existe prueba del periodo durante el cual el perjudicado estuvo privado de la libertad, tal como lo dispuso el Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar de Honda – Tolima.

6.2.2. La imputación y el nexo de causalidad.

Corresponde ahora a la Sala determinar si la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez, le es imputable o no a la entidad demandada.

De conformidad con los medios probatorios aportados al proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes:

- El 11 de marzo de 2007, la secretaria del Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar de Honda, dejó constancia que ingresaba al despacho **informe**

⁴¹ Fls. 52-58 cuaderno No. 1.

⁴² Fl. 18 cuaderno pruebas de oficio.

No. 0047 del 8 de marzo de 2007, suscrito por el SV Fernández Cagua José Suboficial de contrainteligencia y C.T. Ramírez Bermúdez Walter, oficial de Inspección del Batallón Patriotas, informando la situación del S.S. Jimmy Moreno Gutiérrez, a quien le fue registrada su habitación con la autorización del C.P. Harden Rubén Medina Pérez, con quien compartía alojamiento, encontrándose material de guerra dentro de su cómoda, el que no debería estar en su habitación, pues no correspondía a su dotación⁴³.

En el referido informe se indicó expresamente: “(...) dicha revista fue ordenada por el Comandante del Batallón, en razón que el día 07-20:40-03-07 fue retenido el S.S. MORENO por la Policía Nacional a la altura del peaje de Neiva Huila, ubicado en la vía que de Neiva conduce a la ciudad de Bogotá, en momentos en los cuales se movilizaba en un vehículo de servicio público de la empresa Coomotor, donde le fue encontrado dentro de sus pertenencias 01 cañón para ametralladora M60 y 01 tapa móvil para ametralladora M60. Se pidió consentimiento al suboficial que comparte la habitación con el Sargento y se procedió a efectuar la respectiva revista donde el Cabo personalmente en presencia del personal que (sic) continuación relaciono abrió la cómoda del Sargento en la cual se le encontró material de guerra que a continuación relaciono y que no debería estar en la habitación. Se le preguntó al CP. Medina Pérez Harden que de quién era material, él contestó que del S.S. MORENO.

(...)

MATERIAL DE GUERRA ENCONTRADO DENTRO DE LA CÓMODA.

MATERIAL DE GUERRA.

Carga huecas	03
Estopines eléctricos	03
Cerrojo para fusil 7.62 mm	05
Bandeja de alimentación de ametralladora M60	01
Munición calibre 7.62 mm eslabonada PMP-03-57	292 ⁴⁴

- Por auto del 11 de marzo de 2007, el Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar, de conformidad con lo establecido en los artículos 460, 467 y 469 del Código Penal Militar, declaró abierta la investigación penal por el delito de fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos, con el fin de esclarecer si se había violado la ley penal, y determinar quién era el partícipe de la infracción.

Se tuvo como prueba el informe antes referido y se vinculó a la investigación al S.S. Moreno Gutiérrez mediante diligencia de indagatoria, como lo disponía el artículo 463 del Código Penal Militar – C.P.M.-⁴⁵.

- El 12 de marzo de 2007, el Juzgado de Instrucción Penal Militar recepcionó la declaración juramentada del C.P. Harden Rubén Medina Pérez, quien indicó que forzaron la cómoda del señor Jimmy Libardo porque se encontraba con candado, encontrando munición y material de guerra, lo cual se hizo en presencia del capitán Ramírez, el primero Fernández y el primero Cabrera⁴⁶.
- El 13 de marzo de 2007, presentó indagatoria el Sargento Segundo Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez, quien designó como apoderado al abogado Moisés Ferney Cortés Melo, quien indicó que esa dotación no era suya, que se la encontró y se la llevó para la cómoda, pero que no la pudo devolver porque el almacenista se encontraba de vacaciones y tenía muchas ocupaciones como administrador del casino⁴⁷.

⁴³ Fl. 27 cuaderno No. 1.

⁴⁴ Fl. 31-33 cuaderno No. 1.

⁴⁵ Fls. 27-28 cuaderno No. 1.

⁴⁶ Fls. 34-35 del cuaderno No. 1.

⁴⁷ Fls. 36-39 del cuaderno No. 1.

- El 22 de marzo de 2007, rindió declaración juramentada el S.V. José Guillermo Fernández Cagua, quien se ratificó en lo señalado en el informe sobre el material de guerra incautado, agregando que se encontró también un mini componente, el cual tenía oculta por dentro una bandeja de alimentación de ametralladora, afirmando que les sorprendió que el S.S. Moreno tuviera tales elementos, pues él tenía el cargo de administrador del casino⁴⁸.
- En la misma fecha presentó declaración juramentada el S.P. Matías José Muñoz Ordóñez, quien relató que se encargaba del depósito de armamento, que estuvo de vacaciones y cuando regresó el S.S. Moreno no lo fue a buscar, pero que cuando se encontraba de vacaciones el Sargento Mercado, quien se había encargado del almacén, lo llamó al celular y le dijo que el Sargento Moreno había ido a buscarlo a buscarlo⁴⁹.
- El 26 de marzo de 2007, presentó declaración juramentada el S.S. Juan Carlos Mercado, quien indicó que cuando estaba encargado, el S.S. Moreno fue a buscar a Muñoz y él le dijo que se encontraba de vacaciones⁵⁰.
- En la misma fecha presentó declaración el C.S. John Alexander Morales Herrera, quien indicó que el mismo 8 de marzo de 2007 lo llamó el S.S. Moreno para que le guardara un equipo que tenía en la cómoda, pero se negó e informó al Suboficial José Fernández Cagua⁵¹.
- Mediante auto del 27 de marzo de 2007, el Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar de Honda, resolvió la situación jurídica del señor S.S. Moreno, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva, teniendo como pruebas el informe del 8 de marzo de 2007, álbum fotográfico, testimonios de CP. Harden Rubén Medina Pérez, SV. Fernández Cagua José Guillermo, SP. Matías José Muñoz Ordoñez, SP. Diomedes Cabrera Otalvaro, SS Juan Carlos Mercado, CS. John Alexander Morales Herrera e indagatoria del SS Moreno.

La calificación jurídica fue la referida al delito contenido en el artículo 152 del Código Penal Militar, que trata de la fabricación, posesión y tráfico ilegal de armas de fuego, municiones y explosivos.

En las consideraciones de la providencia se indicó que el señor Moreno, quien ostentaba el cargo de administrador de los casinos, no debía tener el material incautado, pues no correspondía a su dotación, de donde se desprendía un indicio grave suficiente para proferirle medida de aseguramiento, siendo desde todo punto de vista reprochable el comportamiento del suboficial quien, utilizando su grado y la confianza depositada en él, se aprovechó de la misma y posiblemente se encontraba traficando con ese material de guerra, el cual, al ser de uso privativo de la Fuerza Pública, agravaba la pena de 3 a 10 años, hecho adicional que también justificaba la imposición de la medida de aseguramiento, acorde con lo establecido en el numeral 1 del artículo 529 del C. P. M⁵².

- Mediante oficio del 28 de marzo de 2007, el Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar, ofició a la Oficina de Personal del Ejército para que suspendiera al S.S. Moreno en el ejercicio de sus funciones, con el fin de hacer efectiva su detención preventiva⁵³.
- El 30 de marzo de 2007, el apoderado del investigado presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la anterior decisión,

⁴⁸ Fls. 42-43 del cuaderno No. 1.

⁴⁹ Fl. 44 cuaderno No. 1.

⁵⁰ Fl. 47 cuaderno No. 1.

⁵¹ Fl. 48-49 cuaderno No. 1.

⁵² Fls. 52-58 cuaderno No. 1.

⁵³ Fl. 62 cuaderno No. 1.

señalando, en los antecedentes introductorios del escrito que, la cómoda del SS. Moreno fue abierta de manera abusiva por el Sargento Moreno Gutiérrez, sin mediar autorización u orden de autoridad judicial competente para el registro. Pese a tal mención, ello no fue presentado como argumento del recurso sino como un antecedente fáctico⁵⁴.

- El 10 de abril de 2007, el Juzgado no repuso la providencia que impuso medida de aseguramiento y concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Superior Militar, resaltando que los testimonios de los suboficiales Medina Pérez, Fernández Cagua, Cabrera Otálvaro, Mercado y Morales Herrera, eran precisos y contundentes, por lo que fueron definitivos al definirse la situación jurídica, agregando la aceptación y reconocimiento por parte del Sargento Moreno Gutiérrez del material de guerra y explosivos que le fue encontrado en su cómoda, cuyos argumentos para justificar su conducta no eran en nada convincentes, por lo que no existían razones válidas para modificar la decisión⁵⁵.
- En certificación del 7 de mayo de 2007, el Jefe de Recursos Humanos del Batallón Patriotas, informó que, el Sargento Segundo Jimmy Moreno Gutiérrez, para el 7 de marzo de 2007, era orgánico de la compañía ASPC, perteneciente al citado Batallón, desempeñándose como administrador del casino de oficiales y suboficiales⁵⁶.
- Mediante oficio del 22 de mayo de 2007, el Ejecutivo y Segundo comandante del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda, solicitó al Juzgado de Instrucción Penal Militar el traslado del señor Moreno a la cárcel de Picaleña ubicada en la ciudad de Ibagué, debido a su indisciplina y ausencia de medidas que evitaran su fuga. Además, porque había sido retirado del servicio a través de la Resolución No. 609 del 20 de abril de 2007⁵⁷.
- El 23 de mayo de 2007 se dispuso el respectivo traslado⁵⁸.
- Por auto del 25 de junio de 2007, el Tribunal Superior Militar confirmó la medida de aseguramiento de detención preventiva, señalando que la prueba testimonial era clara y contundente respecto de los hechos que le eran imputados al SS. Moreno, sin que tuviera explicación o justificación valedera la posesión de varios elementos que componían una ametralladora M-60 en poder del suboficial.

Se tuvo en cuenta que el 7 de marzo de 2007 le fue encontrado al uniformado un cañón y una tapa móvil para ametralladora M-60 y que el 8 de marzo, en la revista, se le encontraron los restantes elementos, de los cual dan fe los militares que declararon dentro del proceso⁵⁹.

Así, se consideró que no obraba uno sino varios indicios graves que hasta ese momento procesal comprometían la responsabilidad del señor Moreno, pues dentro de su función como administrador de casinos no tenía a su cargo la custodia del material que fue encontrado dentro de sus pertenencias, no solo en el bus de servicio público, sino concretamente en su cómoda, advirtiendo que llamaba la atención que al día siguiente que fue descubrieron en el bus de servicio público llamara a un compañero para que guardara los elementos que tenía en su cómoda, por lo que no resultaban aceptables sus exculpaciones, menos cuando parte del material explosivo no correspondía a ese batallón y, además, no se trataba de armas de menor

⁵⁴ Fls. 64-69 cuaderno No. 1.

⁵⁵ Fls 72-74 cuaderno No. 1.

⁵⁶ Fls. 166 cuaderno No. 1.

⁵⁷ Fl. 89 cuaderno No. 1.

⁵⁸ Fl. 91 cuaderno No. 1.

⁵⁹ Fl. 113 cuaderno No. 1.

importancia, lo que ameritaba su entrega inmediata, lo cual no hizo el investigado⁶⁰.

- El 29 de junio de 2007, la Fiscalía General de la Nación presentó informe fotográfico No. 1507 sobre las armas y los explosivos incautados⁶¹.
- Por auto del 3 de agosto de 2007, el Juzgado Ochenta de Instrucción Penal Militar concedió la libertad provisional al S.S. Moreno Gutiérrez, con fundamento en el numeral 1 del artículo 539 del C.P.M., pues ya había vencido el término de 120 días de privación efectiva de la libertad y no se había dictado resolución de acusación⁶².
- Por oficio del 12 de septiembre de 2007, el almacenista general del Batallón de Infantería No. 16 Patriotas de Honda, informó que el material de guerra relacionado no se encontraba dentro de los inventarios del depósito de armamento y hasta la fecha ninguna compañía había reportado el faltante de los elementos aludidos⁶³.
- Por oficio 176 del 7 de abril de 2008, la Policía Nacional certificó que el señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez no contaba con antecedentes penales vigentes⁶⁴.
- Por oficio del 7 de julio de 2008, el Juez 80 de Instrucción Penal Militar solicitó información al director de armamento del Ejército Nacional, tendiente a establecer si el cañón para ametralladora M-60, la tapa móvil para ametralladora y la bandeja alimentadora, podían ser complemento de la ametralladora M-60⁶⁵.
- En respuesta a lo anterior, el director de Armamento del Ejército, mediante oficio No. 140187 del 24 de junio de 2009, informó que los elementos relacionados hacían parte como conjunto de la ametralladora M-60, por lo tanto, eran complemento de ese tipo de arma⁶⁶.
- El 6 de agosto de 2010, la Procuraduría 267 Judicial I Penal de Neiva Huila, solicitó a la Fiscal 19 Penal Militar que remitiera el proceso penal a la jurisdicción ordinaria, pues los hechos que dieron origen a la investigación no se suscitaron estando el implicado dentro del servicio, sino que por el contrario, el material de guerra hallado en la cómoda de este, fue encontrado cuando el señor Moreno era aprehendido en la vía que de Honda conducía a Neiva, más específicamente en el peaje de Neiva⁶⁷.
- Por auto del 3 de septiembre de 2010, la Fiscalía 19 Penal Militar de Neiva, remitió las diligencias a la jurisdicción ordinaria, toda vez que para el 7 de marzo de 2007 el señor Moreno era el administrador de los casinos de oficiales y suboficiales, por ende, ninguna relación tenía su actividad con el porte, almacenamiento, administración o custodia de material de guerra de uso privativo de la Fuerza Pública. Además, para el 7 de marzo de 2007, tampoco se encontraba en desarrollo de actos del servicio, pues al transportarse en un bus de uso público adscrito a la empresa Coomotor realizaba una actividad a título personal⁶⁸.

⁶⁰ Fls. 148-157 cuaderno No. 1.

⁶¹ Fls. 160-164 cuaderno No. 1.

⁶² Fls. 185-187 cuaderno No. 1.

⁶³ Fl. 283 cuaderno No. 2.

⁶⁴ Fl. 313 cuaderno No. 2.

⁶⁵ Fl. 320 cuaderno No. 2.

⁶⁶ Fl. 321 cuaderno No. 2.

⁶⁷ Fls. 375-381 cuaderno No. 2.

⁶⁸ Fls. 383-401 cuaderno No. 2.

- Mediante oficio del 5 de noviembre de 2010, la Fiscalía 19 Penal Militar con sede en la ciudad de Neiva, informó al Fiscal Segundo Especializado de Ibagué: (i) que el 6 de noviembre de 2007 recibió el proceso penal radicado No. 2096 que venía adelantando el Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar; (ii) que el proceso lo inició el Juzgado que tenía a cargo de instruir el sumario, el cual, luego de ser agotado, se remitió a esa Fiscalía para efectuar la etapa de calificación y acusación; (iii) contra el señor SS. Moreno se adelantó un solo proceso, que fue el tramitado bajo el número 1146 por parte de esa Fiscalía, y es el mismo que bajo el radicado No. 2096 remitió el Juzgado 80 de Instrucción Penal Militar⁶⁹.
- En virtud de las labores investigativas ordenadas por el Fiscal Segundo Especializado de Ibagué, se pudo constar: (i) que por los hechos ocurridos el 7 de marzo de 2007, específicamente cuando el señor S.S. Moreno fue capturado en el bus de servicio público con piezas de armamento, se inició la investigación No. 2007-01344, la cual fue remitida por competencia al Comandante del Ejército Nacional, a quien también se entregaron los elementos incautados por la Policía Nacional; (ii) que el expediente correspondió al Juzgado 64 de Instrucción Penal Militar, despacho judicial que informó que la carpeta no se encontraba radicada allí, pues se identificó que el S.S. Moreno pertenecía a una unidad diferente a las adscritas al batallón Tenerife, en esta caso pertenecía al Batallón Patriotas de Honda – Tolima, por lo que se remitió de forma inmediata la carpeta, sin que existiera registro alguno de este proceso, ya que no se radicó en ningún libro la entrada o salida de dicho expediente⁷⁰.
- El 3 de julio de 2015, la Fiscalía Segunda Especializada formuló solicitud de preclusión dentro del radicado No. 2010-00504 que adelantaba el Juzgado 80 de Instrucción penal Militar y la Fiscalía 19 Penal Militar, por la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado.

Como sustento de la solicitud, se indicó que hubo una conexidad equivocada de los hechos y que la acusación estaba soportada en prueba ilícita (porque los elementos prohibidos fueron hallados luego de un procedimiento irregular en la revista a la habitación del indiciado).

Se aduce que se analizaron dos hechos que en contexto no tenían ninguna relación: los acaecidos el 7 de marzo de 2007 en el peaje que de Neiva conducía a Bogotá y los sucedidos el día siguiente, el 8 de marzo de 2007, en la ciudad de Honda, específicamente en razón del hallazgo en una cómoda de propiedad del vinculado a la investigación.

Se indica que los primeros son atípicos, pues el indiciado portaba partes de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas, las cuales, para ese momento, no se enmarcaban en la descripción típica que consagraba el artículo 366 de la Ley 599 de 2000; el señor Moreno Gutiérrez fue sorprendido cuando portaba un cañón para ametralladora M-60 y una tapa móvil para la misma arma, lo cual no era un arma de fuego, tampoco una munición.

Frente a los hechos del 8 de marzo de 2007, expuso que, en virtud del registro de la cómoda del acusado, debieron excluirse los medios de prueba hallados allí, pues eran ilegales, en razón a que se adelantó por parte de una autoridad militar sin contar con orden de autoridad competente, por lo que tornó en ilícita la prueba, lo mismo que las de ahí se derivaron, por lo que no existía ningún medio probatorio que pudiera sustentar la teoría del caso de la Fiscalía.

⁶⁹ Fls. 417-420 cuaderno No. 3.

⁷⁰ Fls. 445-446 cuaderno No. 3.

Adicionalmente, puso de presente que la investigación se adelantó de manera irregular, pues no medió acto de investigación que apuntara al aseguramiento de la evidencia, toda vez que no hubo cadena de custodia y el registro fotográfico se hizo mucho tiempo después, lo que, igualmente, afectaba la investigación adelantada⁷¹.

- En virtud de ello, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de Ibagué, mediante auto del 28 de julio de 2015, resolvió la anterior petición, decretando la preclusión de la investigación a favor del señor Jimmy Libardo Moreno, bajo las siguientes consideraciones:

“5.1. Hechos sucedidos el 7 de marzo de 2007.

Tal supuesto fáctico consiste en el hecho de haber sido capturado el procesado el 7 de marzo de 2007 a las 20:40 horas, en momentos en que éste se desplazaba en un vehículo de servicio público, a la altura del peaje ubicado en la vía que de Neiva Huila condice a Bogotá, portando consigo material de guerra de uso privativo de la Fuerza Pública: un cañón para ametralladora M-60 y una (1) tapa móvil para la misma arma.

(...)

Recuérdese que el artículo 366 del Código Penal, endilgado en el presente caso al procesado, vigente al momento de los hechos establecía:

ARTÍCULO 366. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses.

(...)

Como se puede deducir de la norma, ésta referencia a armas o municiones, empero, allí no se incluía el porte de sus piezas, sin que constituyan el arma completa. Valga decir, no hace parte del componente típico de ese ilícito, el portar parte de armas, toda vez que la norma consagró como parte del tipo objetivo ejecutar cualquier conducta plúrima alternativa sobre armas o municiones.

(...)

Puestas así las cosas, se infiere que el objeto material del tipo penal establecido en el artículo 366 del C. Penal, destáquese, para marzo de 2007, delimitado para la época de los hechos, no incluye el cañón para ametralladora M-60 y la tapa móvil para dicha arma, en razón a que no hacían parte del núcleo del tipo penal. En tal sentido la solicitud de preclusión por dicha conducta se encuentra ajustada a la legalidad y debe ser objeto de aprobación.

5.2.-Hechos acaecidos el 8 de marzo de 2007

Se contrae al hecho que se haya efectuado revista en la pieza de habitación, del señor S.S. MORENO GUTIÉRREZ JIMMY LIBARDO, del casino de suboficiales, ubicado en el batallón Patriotas con sede en Honda (Tolima), la que compartía con el señor CP MEDINA PÉREZ HARDEN, violentándose su cómoda personal y hallando en la misma el siguiente material de guerra...

(...) es claro que el hallazgo del material bélico al interior de la cómoda del militar, tenía esa clara expectativa de intimidad, y en tal contexto, requería de la orden judicial que permitiera adelantar el registro y allanamiento. Esa omisión legal, en tal escenario, convierte en ilegal la diligencia de registro, pues de los elementos materiales probatorios allegados, no se aprecia la orden o el mandamiento de autoridad judicial.

(...)

Estos parámetros legales se pretermitieron, pues solo obra la autorización verbal del militar que dispuso la apertura de la cómoda del indiciado, valga decir, un lugar donde se guardan los aspectos personales y sobre el cual debe mediar la orden judicial, pues se trata de un sitio personalísimo; adicionalmente, se encontraban en la ciudad de Honda, en donde ninguna dificultad había para deprecar la misma y disponer tal hallazgo.

⁷¹ Fls. 465-466 cuaderno No. 3.

Así mismo, no se advierte el control posterior sobre el hallazgo y que, en tal escenario, también convierte en ilícito el mismo.

(...)

De ahí que la normatividad vigente a la época de los hechos, contenía normas precisas sobre las formalidades requeridas en casos como el que nos ocupa, pues la ley vigente en materia militar, exigía que se levantara siempre un acta en la que se identificaran y describieran todos los bienes y objetos examinados o incautados, con base en la orden expedida por el Juez, situación que no aconteció para el caso presente, configurándose una vía de hecho que efectivamente vulneró los derechos constitucionales fundamentales al indiciado.

(...)

Puestas así las cosas, y al excluir dicho material probatorio de la actuación, considera este funcionario judicial, que la tipicidad de la conducta, en el evento que llevara la actuación a juicio oral no podría tener otra conclusión diferente, en este caso que tendría, sobre la materialidad del ilícito, dificultad para demostrarla, en razón a que allí se determinaba las condiciones en las cuales se produjo el hallazgo y que se adecuaba a la conducta imputada.

(...)

En ese escenario, considera este funcionario judicial que la postura de la fiscalía, de conformidad con los elementos materiales probatorios aportados en esta audiencia, se muestra razonable y sobre tal aspecto, no hay forma de superar la incertidumbre que campea. Lo anterior en razón a que se extrae de la diligencia de registro y allanamiento, con sus respectivos hallazgos, pues se afecta de legalidad, y no hay identidad aún de lo que se encontró, solamente quedaría el testimonio de los militares que iniciaron tal actividad sin acudir a la autoridad competente, por lo que, no quedaría medio probatorio para eliminar la duda probatoria.

Esta conclusión, aún en el evento que se adelantara el juicio oral no cambiaría, pues subsisten las circunstancias indicadas y la decisión no podría ser diferente. Se debe mencionar que este estado mental es que debe decretarse, pues no se encuentra razonable que un militar tenga acceso a dichas partes de armas de fuego, o aun de ese material bélico, circunstancia que se debe enfrentar al hecho de la dificultad probatoria de demostrarle su actividad ilícita, toda vez que en verdad hay un comportamiento anormal, empero que, en las condiciones acotadas, resulta difícil efectuar el reproche punitivo desde el ámbito penal, empero no de otras ramas del derecho sancionador⁷².

Visto lo anterior, y siguiendo los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018⁷³, luego de identificar la existencia del daño, debemos determinar si la medida restrictiva de la libertad supera el análisis de legalidad, bajo una óptica subjetiva.

De cara al análisis de fondo, es menester señalar que el proceso penal militar adelantado en contra del demandante estuvo gobernado por la Ley 522 de 1999, (Código Penal Militar, vigente para la época de los hechos), que otorgaba a los Jueces de Instrucción Penal Militar la competencia para investigar todos los delitos de conocimiento de la Justicia Penal Militar cualquiera que sea el lugar donde se cometa el hecho⁷⁴.

De acuerdo con la norma procesal que regía al momento de los hechos (Ley 522 de 1999, artículo 522 y ss.), para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva se exigían los siguientes requisitos:

- 1) *Que se tratara de un delito con pena mínima igual o superior a 2 años de prisión, salvo que: a) fuese un delito que atentara contra el servicio o la disciplina; b) se hubiera realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión; c) el procesado, injustificadamente, se abstuviera de otorgar la caución prendaria o juratoria, o d) cuando se incumpliera alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución.*

⁷² Fls. 465-472 cuaderno No. 3.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia SU-072 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷⁴ Artículo 264 del Código Penal Militar.

2) *La existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad.*

En principio, en el presente caso los requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento estarían cumplidos, por las siguientes razones:

- (i) Era evidente la existencia de por lo menos un indicio grave de responsabilidad, pues luego que el señor Moreno fue detenido el 7 de marzo de 2007 en el peaje de Neiva con partes de un arma M-60, posteriormente, al día siguiente, en diligencia de registro y allanamiento a la cómoda que se encontraba en la habitación en la que se hospedaba, se encontró otro armamento y material explosivo, lo cual fue ratificado por los miembros del Ejército Nacional que adelantaron tal diligencia, quienes también dieron fe del material encontrado, incluso, uno de ellos recibió una llamada del S.S. Moreno para que retirara esos elementos de su cómoda y, otro, relató que se encontraron partes de un arma dentro de un mini componente, demostrándose con ello la intención de ocultamiento.
- (ii) El delito que se le enrostró al señor Jimmy Libardo era el contenido en el artículo 152 del anterior Código Penal Militar, referente a la FABRICACIÓN, POSESIÓN Y TRÁFICO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, MUNICIONES Y EXPLOSIVOS, establecía una pena de prisión de uno (1) a cuatro (4) años, pero si las armas, municiones o explosivos eran de uso privativo de la Fuerza Pública, tal como ocurrió en este caso, la pena sería de prisión de tres (3) a diez (10) años.

Sin embargo, en el presente caso existe un ingrediente adicional, pues el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de Ibagué, mediante auto del 28 de julio de 2015, a solicitud de la Fiscalía, decretó la preclusión de la investigación a favor del señor Jimmy Libardo Moreno, básicamente, porque la diligencia de allanamiento y registro que se realizó a su cómoda personal, vulneró derechos fundamentales del investigado y quebrantó la garantía del debido proceso, ya que tal diligencia se desarrolló sin autorización anterior ni legalización posterior de autoridad judicial y, además, sobre los objetos incautados, no se observó la cadena de custodia.

Sobre el punto, el Juzgado de instancia consideró que ello se debía a un hecho ajeno, imprevisible e irresistible a la Justicia Penal Militar, pues la actuación fue exclusiva y determinante de los miembros del Ejército Nacional, quienes nada tenían que ver con el Juzgado de Instrucción Penal Militar, por lo que se configuró el hecho del tercero como causal eximente de responsabilidad.

Al respecto, sobre el hecho de un tercero, el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

*“Por otra parte, en cuanto al hecho de un tercero, debe señalarse que las acusaciones formuladas por las víctimas o los terceros en el trámite de una investigación penal no pueden considerarse como eximentes de responsabilidad en eventos como el analizado, toda vez que carecen de los elementos requeridos para el particular, tales como, entre otros, los de ser una causa directa y extraña de daño (...) Pese a que las decisiones por medio de las cuales se restringió la libertad del señor José Alberto Montero Quintero tuvieron como fundamento, entre otros, las acusaciones del señor Ugalbis Enrique Villazón Quintero, **no es posible asumir que la detención tiene como causa el hecho de un tercero, toda vez que fue la Fiscalía General de la Nación la que decidió mantenerlo privado para efectos de indagatoria y le impuso medida de aseguramiento, por manera que es esta la que debe asumir las consecuencias generadas por la valoración de las pruebas obrantes en la investigación, sin que resulte relevante, como antes***

*se precisó, por tratarse de un caso de responsabilidad objetiva, la razonabilidad de las determinaciones que adoptó*⁷⁵

Para la Sala, en el presente caso no se configura el hecho del tercero, pues la actuación de los miembros de las Fuerzas Militares que adelantaron el registro y allanamiento sobre elementos personales del investigado, no era una situación imprevisible e irresistible para el Juez de Instrucción Penal Militar, ni mucho menos determinante y exclusiva de las Fuerzas Militares, pues como instructor del proceso, el Juzgado Ochenta debía observar y verificar la legalidad de las pruebas aportadas, máxime cuando era a quien correspondía valorar su legalidad, su pureza, y con base en ello, imponer o no la medida de aseguramiento.

Además, de los informes y testimonios presentados, era evidente la forma en la que se recaudó la prueba, al punto de reconocer en la providencia que la orden de allanamiento y registro se realizó por mandato de un Oficial del Batallón, lo cual denotaba, desde un principio, la ausencia de orden judicial y, por ende, su evidente ilegalidad.

En efecto, el artículo 199 del Código Penal Militar vigente para la fecha de los hechos, establecía que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni privado de su libertad, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”*.

En concordancia con lo anterior, el artículo 203 consagró que *“En la interpretación de este código, el funcionario judicial deberá tener en cuenta que la finalidad esencial del procedimiento es la efectividad del derecho sustancial y de las garantías debidas a quienes en él intervienen”* y el artículo 205 prescribió textualmente que *“El funcionario judicial está en la obligación de corregir sus actos irregulares, con respecto de los derechos y garantías de los sujetos procesales, siempre que por disposición legal no esté obligado a decretar la nulidad”*.

Frente al tema de la nulidad, el artículo 388 estableció como causal de nulidad en el proceso penal militar, la **comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso** y, en el artículo 389 se determinó que *“En cualquier estado del proceso en que el juez, en primera o segunda instancia, advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad de lo actuado desde que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del auto cuya nulidad declara”*.

En materia probatoria, el artículo 394 refirió que *“ninguna prueba podrá ser apreciada sin que haya sido ordenada, admitida o producida de acuerdo con las formalidades legales”*.

En lo que atañe al allanamiento y registro, el artículo 477 del C.P.M. estableció:

“Cuando haya serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave, se encuentre alguna persona contra quien obre orden de captura o que habiendo sido víctima de un delito deba ser rescatada, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el juez ordenará en auto motivado, que no requiere notificación, el correspondiente allanamiento”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 479 estableció que *“en la diligencia de allanamiento y registro debe levantarse siempre un acta en la que se identifiquen y describan todos los bienes y objetos examinados o incautados. Se dejarán las constancias hechas por las personas que en ellas intervienen. El juez deberá dejar copia del acta a los propietarios, poseedores o tenedores de los bienes incautados o examinados”*.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de marzo de 2017, expediente 45.460.

Igualmente, el artículo 480 consagra que *“antes de proceder al allanamiento y registro, el juez deberá leer el auto en que esta diligencia se ordena, al dueño del bien, al arrendatario o al encargado de su custodia.*

Sólo en el caso de que el notificado se negare a entregar la persona que se busca o la cosa objeto de la pesquisa, o cuando no se desvirtuaren los motivos que hayan aconsejado la medida, se procederá a hacer el allanamiento, aún por medio de la fuerza, si fuere necesario”.

Como se advierte, el Código Penal Militar que regía para la fecha de los hechos, se estructuró de tal manera que debían garantizarse los derechos fundamentales del investigado en el proceso penal, al punto que el funcionario judicial, no sólo debía ser quien emitiera las ordenes de registro y allanamiento, sino también quien impusiera la medida de aseguramiento, pero en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de sus derechos.

De acuerdo con la normatividad antes vista, es claro que en cabeza del Juez de Instrucción Penal Militar, así como del Tribunal competente surgían claras obligaciones de garantizar los derechos fundamentales del procesado, así como el debido proceso y, al observar que las mismas no fueron observadas, estaban compelidos a tomar las decisiones pertinentes para remover esos obstáculos, obligación que surgía para el presente caso, pues ante la evidente existencia de una prueba ilegal debían proceder a su inmediata exclusión, la cual, al ser la prueba fundamental, en un alto grado de probabilidad hubiere generado la negativa de la imposición de la medida de aseguramiento.

Si bien, se presentaron múltiples testimonios, es claro que los mismos eran accesorios o derivados de la ilegal diligencia de allanamiento y registro, por lo tanto, los mismos no hubieran sido suficientes para imponer una medida de aseguramiento. Además, la conducta por la que fue investigado el actor, en lo relacionado con los elementos encontrados en el peaje de Neiva, era atípica, pues conforme al estatuto penal vigente para la fecha de los hechos, el porte de esas partes del arma no constituía delito.

En ese orden de ideas, considera la Sala que la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva fue ilegal para el presente caso, porque la prueba fundamental que tuvo en cuenta el Juez de Instrucción fue obtenida con violación del debido proceso, toda vez que la diligencia de allanamiento no cumplió con los requisitos legales para su práctica.

No se puede perder vista que el Juzgado Penal Especializado de Ibagué precluyó la investigación frente al actor porque encontró que los medios probatorios aportados por el órgano investigador fueron obtenidos con violación al debido proceso y, por ende, no podían ser apreciados por el administrador de justicia, por ser nulos de pleno derecho, por lo que es claro que no existió el indicio grave de responsabilidad que la ley procesal penal exigía para proferir medida de aseguramiento de detención preventiva en contra del acá demandante.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que el Juez Ochenta de Instrucción Penal Militar profirió unas decisiones contrarias a derecho, ya que no se ciñeron a lo dispuesto por el ordenamiento legal. Según la normatividad vigente para la fecha de los hechos, no hay duda que dicho funcionario, al proferir las decisiones y medidas que afectaron al señor Moreno Gutiérrez, tenía la obligación de verificar que se satisfacían los requisitos formales y sustanciales para privarlo de la libertad, pero no lo hizo, pues, como se vio, confirió valor probatorio a la prueba obtenida en allanamiento ilegal, que fue practicado con violación a las garantías fundamentales del debido proceso y que, por ende, no podía tenerse como prueba.

Entonces, la privación de la libertad del señor Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez se debió a una falla en la prestación del servicio, que se materializó en la decisión a través de la cual la Justicia Penal Militar definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, errores que, como se vio atrás, quedaron en evidencia con la expedición de la decisión de preclusión por parte del Juzgado Penal Especializado de Ibagué.

En conclusión, como la privación de la libertad del actor se derivó de las decisiones judiciales dictadas en el proceso penal en contra de las garantías fundamentales del procesado, pues se fundamentaron en allanamiento obtenido con violación al artículo 29 de la Constitución Nacional y que debía excluirse como prueba, es claro que, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, se encuentran reunidos los elementos fundamentales para imputarle responsabilidad patrimonial a la Nación – Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar por los hechos objeto de debate, por lo que se revocará la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda.

Ahora, pese a que Ejército Nacional realizó el referido el registro y allanamiento ilegal con violación a las garantías fundamentales del debido proceso, lo cierto es que la Justicia Penal Militar era la autoridad a la que le competía verificar la licitud y constitucionalidad de las pruebas que fueron allegadas para resolver la medida de aseguramiento; por ende, no podía obviar el estudio de su validez y simplemente incluirlas como sustento probatorio de la imposición de la medida de detención preventiva, debió, como ya se dijo, excluirlas de plano por estar viciadas de nulidad.

Por último, teniendo en cuenta que, la Corte Constitucional, en la sentencia de unificación señaló que, en todos los casos, se debe verificar la conducta de la víctima como causal excluyente de responsabilidad, con independencia del régimen de imputación acogido por el juez administrativo⁷⁶; para la Sala, en el presente caso no está configurada tal eximente de responsabilidad, pues no está probado que la víctima directa hubiera realizado conductas dentro del proceso penal que pudieran ser determinantes para la imposición de la medida de aseguramiento. Por el contrario, en el proceso siempre negó su responsabilidad, sus intervenciones se circunscribieron a presentar los argumentos y las respectivas justificaciones, tendientes a demostrar su inocencia en el comportamiento investigado.

7. Indemnización de perjuicios.

7.1. Perjuicios extrapatrimoniales

7.1.1. Daño Moral

Los perjuicios morales son considerados como los dolores o padecimientos que se presentan como resultado de los daños infligidos a una persona y constituyen un sacrificio de intereses netamente inmateriales que justifican un resarcimiento.

En cuanto a la existencia y forma de manifestarse el daño moral, puede obedecer a diversas expresiones concretas, como, por ejemplo, el dolor que sufre la víctima a causa de situaciones que lesionan bienes personales (vida, integridad física o moral, dignidad, libertad, buen nombre, honor, etc.), sin que se excluya la posibilidad de coexistencia de perjuicios; o bien, presentarse ante situaciones que los ponen en peligro, amenazan a la integridad o perturban su goce, por lo que el daño moral no necesariamente está vinculado al dolor físico o somático producto

⁷⁶ Al respecto, la Corte Constitucional precisó en sentencia SU-072 de 2008: “Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.”

de lesiones, sino también, por el aspecto psicológico respecto de la situación de los bienes.⁷⁷

Así las cosas, el perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Respecto al perjuicio moral, en presencia de la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 28 de agosto de 2013, dentro del proceso radicado 05001-23-31-000-1996-00659-01 Número interno: 25.022, unificó criterios, a efectos de la tasación de los perjuicios morales en esta clase de eventos, en la cual sostuvo lo siguiente:

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

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

De la misma manera, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2014, el H. Consejo de Estado⁷⁸, reiteró los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, ya citada y se complementó los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

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

⁷⁷ Responsabilidad Extracontractual del Estado, Enrique Gil Botero, Sexta Edición, Editorial Temis, pág. 178.

⁷⁸ Consejo de Estado. Sección Tercer. Subsección C. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 12 de noviembre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-02063-01(24049)

De esta manera, nuestro Órgano de Cierre, unificó la jurisprudencia en el sentido de establecer los parámetros para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad de un ciudadano, teniendo en cuenta para el efecto el período de privación de tal Derecho Fundamental y el nivel de afectación, esto es de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, según el gráfico antes descrito. La Sala encuentra que en el caso concreto efectivamente se presentó un perjuicio moral, que debe ser sujeto de indemnización, en todo caso, ajustada tanto al bien jurídico que sufrió vulneración, como el perjuicio subjetivo e inmaterial que deberá compensarse.

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción que se desprende de la acreditación testimonial del vínculo de los demandantes en donde claramente se indicó que la víctima, junto a sus hermanos y sobrinos hacían comunidad familiar, quienes fueron reconocidos y dieron cuenta de sus lazos de cercanía y afecto, habrá que reconocerse el perjuicio solicitado, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la naturaleza, la intensidad, extensión y la gravedad de la afectación o lesión al derecho o interés legítimo respectivo, tal como se manifestó con la jurisprudencia precitada.

Así las cosas, y considerando que el señor Libardo Moreno Gutiérrez duró privado de su libertad desde el 07 de abril de 2007 – fecha de su captura⁷⁹ - hasta el 8 de agosto de 2007, es decir, por 4 meses y 2 días, según la tabla que acaba de exponerse, los perjuicios morales serán reconocidos de la siguiente manera:

Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez	Víctima directa	50 SMLMV
Marta Lucia Moreno Gutiérrez	Hermana	25 SMLMV
Marina Moreno Gutiérrez	Hermana	25 SMLMV
César Augusto Moreno Gutiérrez	Hermano	25 SMLMV
Pablo Alexander Moreno Gutiérrez	Hermano	25 SMLMV
Jeidy Daniela Moreno Cangrejo	Sobrina	17.5 SMLMV
Paula Alejandra Moreno Cangrejo	Sobrina	17.5 SMLMV
Jefferson Ricardo Moreno	Sobrino	17.5 SMLMV

7.2. Perjuicios patrimoniales.

7.2.1. Daño emergente

A título de daño emergente, la parte demandante solicita el valor de los honorarios profesionales que ascendieron a la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS M.CTE (\$10.000.000.00) que fue la suma que canceló el demandante al abogado MOISES FERNEY CORTES MELO para que ejerciera su defensa, en la etapa de investigación, para lo cual se allegó constancia de pago por concepto de los mismos.

El Consejo de Estado ha precisado que, para el reconocimiento de este perjuicio, se deberá aportar “i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago (...)”⁸⁰. Si bien, con las copias del expediente penal se constata la actividad profesional desarrollada por su defensor, esa certificación aportada no constituye factura o documento equivalente, en los términos establecidos en el Estatuto

⁷⁹ Si bien es cierto, el INPEC indicó que el señor ingresó a ese establecimiento carcelario el 24 de mayo de 2007, debe tenerse en cuenta que, con anterioridad, ya venía recluso en el batallón en el que venía prestando sus servicios.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de Unificación de 18 de julio de 2019, Exp. 44.572.

Tributario, que demuestre la causación de dicha suma y su pago, razón por la cual no se reconocerá este valor como perjuicio material.

7.2.2. Lucro cesante.

El lucro cesante será negado para el presente caso, pues según el artículo 95 del Decreto 1790 de 2000, durante el tiempo de la suspensión el Oficial o Suboficial percibirá las primas y subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del sueldo básico correspondiente. ***Si fuere absuelto o favorecido con preclusión de la investigación, cesación de procedimiento, deberá reintegrarse el porcentaje del sueldo básico retenido.*** Así, como lo ha enseñado el Consejo de Estado en caso de privación injusta de libertad de personal de la Fuerza Pública, en este caso, le correspondía al empleador pagar dichos montos al demandante y, ante una eventual negativa, aquel debe controvertir el acto administrativo con el fin de que se restablezcan sus derechos laborales, no siendo procedente esta acción para el reclamo de esas sumas⁸¹.

8. Condena en costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Ahora bien, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 4º que *“Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

Por consiguiente, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación, la Sala condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, en tanto se revocó en todas sus partes el fallo objeto de censura, evento en el cual se ordena incluir el equivalente a un (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente por concepto de agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo N°. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la secretaría del Juzgado de origen efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

REVOCAR la sentencia apelada, proferida el pasado 11 de mayo de 2020 por el Juzgado Quinto (5º) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR por los perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión de la privación injusta de la libertad que fue víctima el señor JIMMY LIBARDO MORENO GUTIERREZ, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

⁸¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA, dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021), radicación número: 19001-23-31-000-2007-00101-01(44200).

SEGUNDO: CONDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR, a pagar a favor de los demandantes las siguientes sumas de dinero por concepto de PERJUICIO MORAL:

Jimmy Libardo Moreno Gutiérrez	Víctima directa	50 SMLMV
Marta Lucia Moreno Gutiérrez	Hermana	25 SMLMV
Marina Moreno Gutiérrez	Hermana	25 SMLMV
César Augusto Moreno Gutiérrez	Hermano	25 SMLMV
Pablo Alexander Moreno Gutiérrez	Hermano	25 SMLMV
Jeidy Daniela Moreno Cangrejo	Sobrina	17.5 SMLMV
Paula Alejandra Moreno Cangrejo	Sobrina	17.5 SMLMV
Jefferson Ricardo Moreno	Sobrino	17.5 SMLMV

TERCERO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada en los términos considerados en la parte motiva de esta decisión. Por Secretaría del Juzgado de instancia liquídense.

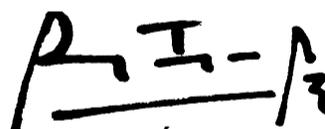
CUARTO: Las entidades demandadas darán cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

Nota: Se suscribe esta providencia con firma digital y electrónica, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 – coronavirus- en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales.

Firmado Por:

**Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **056af52efed2b92a55a77a629549f938ce45d4dab4ac63365d34ffc5f0820d71**

Documento generado en 24/09/2021 03:27:28 p. m.

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>