

DETENCION PREVENTIVA - Límite de la libertad personal / PRIVACION DE LA LIBERTAD - Condicionamientos

La privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, ésto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son: 1. Debe fundamentarse en un causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado. 2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida. 3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva. 4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización. 5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros. 6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3. 7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar. Aún cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no existe en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Daño. Existencia

Se encuentra acreditado el daño padecido por Rogelio Aguirre López y sus familiares, como quiera que el primero estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 6 de octubre de 1994 y el 4 de octubre de 1995. Y, si bien en el expediente no obran los documentos de diligenciamiento de captura y la boleta de libertad, de las demás pruebas que integran el acervo probatorio es posible inferir que la captura de Aguirre López se produjo en la madrugada del 6 de octubre de 1994, y que la privación de la libertad cesó el 4 de octubre de 1995, fecha en la que se profirió la providencia de segunda instancia que lo absolvió de todos los cargos de los que se le acusaba. 3.2. Ahora bien, constatada la existencia del daño antijurídico, esto es, la lesión, afectación o aminoración a un derecho, bien o interés legítimo que la persona no estaba obligada a soportar, aborda la Sala el estudio de la imputación con miras a establecer si el Estado es responsable patrimonialmente de las consecuencias que se desprenden de aquél. En el caso concreto, al sindicado se le impuso una medida de aseguramiento en cuanto se le sindicaba del delito de conformación de grupos armados ilegales. No obstante, en la acusación, el Fiscal del caso precluyó la investigación respecto de este delito, pero acusó a Rogelio Aguirre López de los siguientes punibles: i) lesiones personales a servidor público; ii) homicidio agravado y iii) porte ilegal de

armas y municiones de defensa personal, todos en concurso. Apelada la anterior decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional absolvió al sindicato y ordenó su inmediata liberación, y para arribar a esta conclusión examinó de manera específica cada conducta punible para concluir, en síntesis, lo siguiente: i) en relación con la muerte de la señora María Antonia Castaño, se determinó que el sindicato no cometió el hecho, ya que para el momento en que disparó, las lesiones a esta última ya se habían producido, y ii) respecto de los delitos de lesiones personales a servidores públicos y porte ilegal de armas, la determinó que el señor Rogelio Aguirre López actuó en estado de necesidad y, por lo tanto, operaba la causal eximente de responsabilidad penal contenida en el numeral 4 del artículo 29 del Decreto 100 de 1980. 3.3. Así las cosas, en el caso sub examine, concurren dos circunstancias que conllevaron a que se declarara la preclusión de la investigación a favor de Rogelio Aguirre, consistente la primera en que el sindicato no cometió el delito de homicidio agravado que se le endilgaba y, la segunda, que a la hora de portar un arma particular sin el correspondiente salvoconducto y ocasionar las lesiones a algunos de los funcionarios públicos que practicaron el allanamiento, actuó en estado de necesidad, lo que excluía la antijuricidad en esos dos comportamientos y, por lo tanto, no se configuraba uno de los elementos para que la conducta fuera catalogada como delito.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Títulos jurídicos de imputación aplicables / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Falla en el servicio

En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por un lado, la absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, la preclusión de la investigación respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran encontrado tipificados y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991. 3.4. Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada “jurisdicción regional o especializada”. El hecho de que sea la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, quien haya señalado que a Rogelio Aguirre se le violaron las garantías elementales, es suficientemente indicativo de que el proceso penal que se le siguió, configuró en general, una grosera y flagrante falla del servicio que se evidencia en el quebrantamiento de los parámetros establecidos en la ley procesal penal. Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como “el error craso”, teoría a partir de la cual se permite inferir una falla

del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Falla en el servicio

En efecto, de la valoración probatoria adelantada por la Fiscalía en la segunda instancia se concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente: que el operativo de allanamiento fue mal planificado; que no se permitió que el propietario de la casa donde se iba a practicar la diligencia pudiera apreciar la orden judicial que decretaba la diligencia y que identificaba a los agentes públicos; el funcionario que primero ingresó al domicilio de la familia Aguirre Castaño lo hizo de manera violenta y sin el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto por la dignidad de los residentes del inmueble; el proceso se fundamentó en pruebas prefabricadas y testigos sin rostro que ni siquiera se encontraban en el lugar para el momento de los hechos. Como se aprecia, el sindicado estuvo privado de manera injusta y arbitraria de la libertad casi por un año, aunado al hecho de que fue acusado de manera siniestra del homicidio de su propia esposa, y de unas lesiones personales que fueron el producto de un estado de necesidad a la hora de proteger la vida e integridad de su núcleo familiar, circunstancia esta última que se infiere de la forma como fue trasladado el cuerpo sin vida de la señora María Antonia Castaño antes de que se pudiera llevar a cabo el levantamiento del cadáver, con la supuesta excusa de que el lugar revestía una especial peligrosidad. Es decir, los agentes públicos impidieron adelantar la diligencia de levantamiento de cadáver en el lugar de los hechos y, por tal motivo, al proceso penal nunca se allegó prueba técnica que permitiera establecer cuál fue el arma homicida, lo que refleja en el trasfondo la mise en scène o tinglado de farsa que montaron los funcionarios del DAS y judiciales para encubrir la verdad de lo ocurrido y, de paso, incriminar al esposo de la occisa en los execrables sucesos, circunstancia que refleja no sólo el error por la Fiscalía sino, de paso, la ignominia de la acusación. Para la Sala la propia manifestación de la Fiscalía General de la Nación, contenida en la providencia de segunda instancia que precluyó la investigación contra Rogelio Aguirre, es la que ilustra la existencia de un error craso que no hace otra cosa que poner de presente prima facie, la injusticia y arbitrariedad con que se abrió y tramitó el proceso penal. 3.5. La anterior detención configuró, sin duda alguna, una grave violación al derecho a la libertad personal contenido en el artículo 13 de la Constitución Política y en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia a través de la ley 16 de 1976. En el caso concreto, al margen de que al ciudadano Aguirre López se le haya impuesto una medida de aseguramiento, proferida en principio, con arreglo a las disposiciones legales, esa circunstancia no permite albergar hesitación alguna respecto a que el proceso penal fue amañado, sustentado en testigos sin rostro y en las declaraciones de los propios agentes armados que intervinieron en el operativo nefasto que terminó con la muerte de María Antonia Castaño en su propio hogar y delante de sus hijos. En ese orden de ideas, la Sala acoge las conclusiones desarrolladas por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, superior jerárquico del funcionario judicial que decretó la privación de la libertad del señor Aguirre López y, por consiguiente, declarará la falla del servicio por encontrarse acreditada.

FALLA EN EL SERVICIO - Responsabilidad del estado derivada de la privación injusta de la libertad

En consecuencia, las circunstancias fácticas descritas desconocieron otros derechos de Rogelio Aguirre López y de su núcleo familiar, como la honra y dignidad al haber sido acusado de ser el autor material de la muerte de su

cónyuge, así como la inviolabilidad del domicilio, la protección a la familia y los derechos de los niños, garantías todas contenidas en los artículos 15, 21, 42 y 44 de la Constitución Política, respectivamente, y que tienen un referente internacional en los artículos 11, 17, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según lo expuesto, no se puede desconocer que la privación de la libertad del ciudadano Aguirre López fue el producto de la connivencia entre un grupo de agentes del DAS y la Fiscalía General de la Nación, en donde un Fiscal Regional de Medellín, prevalido de su condición de agente judicial “sin rostro”, acusó a Rogelio Aguirre López de varios delitos que no cometió, incluido el señalamiento protervo de haber sido el autor material de la muerte de su cónyuge. Es precisamente esta la circunstancia que evidencia la falla del servicio, pues, los agentes públicos bajo el argumento de la peligrosidad del sector sometieron a la familia Aguirre Castaño a toda clase de vejámenes para luego, de manera aparentemente coonestada con la Fiscalía incriminar a Rogelio Aguirre López. Expuestos los anteriores planteamientos, se torna en apodíctica verdad que la Fiscalía General de la Nación, al privar de la libertad a Rogelio Aguirre López ignoró no sólo el ordenamiento jurídico interno, sino que, desde la perspectiva internacional, desencadenó diversas vulneraciones a la normatividad sobre los derechos humanos (DDHH), lo que claramente significa un grave desconocimiento al principio de dignidad humana y al derecho fundamental de la libertad.

DIGNIDAD HUMANA - Noción / DIGNIDAD HUMANA - Vulneración

En efecto, la dignidad humana entendida como eje central de los derechos y garantías fundamentales del ser humano fue inicialmente definida por Samuel Pufendorf, cuyas orientaciones sirvieron de fundamento para la elaboración de la Declaración de Derechos Norteamericana (Bill of Rights - 1791) y, con posterioridad, para la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así como a la formulación de la teoría de la libertad de John Wise, cuyo propósito principal consistió en difundir las ideas de sociabilidad de la dignidad humana y de la democracia, puesto que en criterio de este último: “la facultad de la libertad moral eleva al hombre del reino animal y le presta su dignidad humana. A la libertad interna responde la externa como persona, de acuerdo con la cual todo hombre se halla, por naturaleza, exclusivamente bajo su propio poder y dirección, y posee la prerrogativa de juzgar por sí mismo qué es lo mejor para sus intereses, su felicidad y su bienestar... El fin último del Estado es el cuidado de la Humanidad, y el fomento de la felicidad de todos y cada uno de sus derechos, su vida, su libertad, su honor, etc., sin que nadie padezca injusticia o denigración.” Por consiguiente, fue el principio de dignidad humana el que se desconoció en el caso concreto, entendido éste como el núcleo natural, histórico y ético de los derechos fundamentales, en tanto, el mismo encuentra su existencia en la propia naturaleza racional de la humanidad, lo que permite, en términos del filósofo de Königsberg, fijar imperativos categóricos que no pueden ser soslayados en los que el hombre sea visto como un medio o instrumento para alcanzar un fin, puesto que esta circunstancia desconoce que el ser humano siempre será un fin en sí mismo y, por lo tanto, las garantías que se desprenden de esa máxima revisten la connotación de inviolabilidad, inderogabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Indemnización de perjuicios / LUCRO CESANTE - Debe tenerse en cuenta lo que una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel

De otra parte, por concepto de lucro cesante, se liquidará el período consolidado comprendido entre el 6 de octubre de 1994 y el 4 de junio de 1996, es decir, teniendo en cuenta no sólo el tiempo que estuvo privado de la libertad sino

también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral. Por lo tanto, si bien Rogelio Aguirre López estuvo privado de la libertad hasta el 4 de octubre de 1995, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo en que, según los datos oficiales, una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel. **NOTA DE RELATORIA:** acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

JUSTICIA RESTAURATIVA O CORRECTIVA - Medidas

Como se precisó, el daño antijurídico considerado como lesión de un derecho, bien o interés legítimo supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece y, por consiguiente, no sólo comprende la órbita patrimonial. Así las cosas, el principal objetivo del derecho de daños consiste en reparar integralmente la afectación padecida por la persona en su vida, integridad o bienes, razón por la que a la hora de valorar la misma es necesario establecer e identificar si es posible que opere la *restitutio in integrum* y, de ser factible, adoptar las medidas deprecadas en la demanda –o que, dependiendo del caso concreto puedan ser decretadas de oficio por el juez– tendientes a que se restablezca el *statu quo* o estado de cosas anterior a su producción. Es decir, llevar a la víctima de un daño antijurídico a un estado como si no se hubiera producido, o en otros términos remover los efectos negativos que el mismo desencadena. No obstante, si lo anterior deviene imposible en términos materiales, resulta imprescindible establecer cuál es la magnitud del daño antijurídico y qué medidas de reparación pueden ser decretadas para resarcir las consecuencias de aquél, como por ejemplo la indemnización por equivalente. Así las cosas, la reparación no se asimila a indemnización, ya que esta última constituye uno de los varios componentes que integran a la primera y, por ende, la relación que existe entre uno y otro concepto es de género y especie, motivo por el cual el daño antijurídico desde el paradigma actual de la reparación desborda el que impone el concepto de patrimonio. Los anteriores lineamientos se acompañan con las posturas y tendencias modernas de la responsabilidad que desbordan el concepto de “responsabilidad patrimonial”, para adoptar la categoría de “derecho de daños”, en el que el eje central lo constituye la persona que padece la afectación y, por consiguiente, la principal función de la responsabilidad en el mundo moderno consiste no tanto en sancionar conductas como en restablecer los derechos, bienes o intereses legítimos que se afectan con la producción de un daño. En ese orden de ideas, la Sala ante la gravedad de los hechos en el caso sub examine, adoptará una serie de medidas y determinaciones que apuntan a reparar de manera integral el daño irrogado a los demandantes, constituido aquél no sólo por los perjuicios materiales e inmateriales que tienen repercusión patrimonial y que fueron determinados en los acápites anteriores, sino, adicionalmente, por las graves y significativas vulneraciones a los derechos humanos –fundamentales– de los demandantes.

MEDIDAS DE SATISFACCION - Procedencia

En el caso concreto como medida de satisfacción se dispondrá que el Director Seccional de Fiscalías de Medellín, en una ceremonia que se llevará a cabo en las instalaciones administrativas de esa entidad en esa ciudad, pida excusas públicas a Rogelio Aguirre López y a sus hijos por haber trasgredido los derechos a la dignidad, la libertad personal, y la honra del primero. La ceremonia pública se

deberá realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y una vez llevada a cabo se enviará constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia, para que anexe el correspondiente oficio o certificado al proceso. ii) La misma Fiscalía General de la Nación, sin perjuicio de su autonomía institucional y funcional, iniciará las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal de los presuntos responsables de los hechos que terminaron con la muerte de la señora María Antonia Castaño, ocurrida el 6 de octubre de 1994, en la ciudad de Medellín. Lo anterior, como quiera que la verdad hace parte inescindible del principio de reparación integral, máxime en aquellas situaciones en que la violación de derechos humanos lleva aparejada un desconocimiento de la realidad de los acontecimientos y de los responsables. De abrirse investigación, los familiares de la señora Castaño deberán ser citados al proceso. iii) La Fiscalía General de la Nación establecerá un link con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web.

GARANTIAS DE NO REPETICION - Procedencia

La Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Director Nacional de Fiscalías, remitirá a todas y cada una de las Unidades de Fiscalías Especializadas del país, copia íntegra de esta providencia, con miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de este tipo de circunstancias, para lo cual tendrá como plazo el término de 6 meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de este proveído, y en aras de verificar el cumplimiento el mencionado funcionario certificará lo pertinente ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, documento que se anexará a este proceso.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960)

Actor: ROGELIO AGUIRRE LOPEZ Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de septiembre de 1999, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se decidió:

“**PRIMERO.** - Niéganse las pretensiones de la demanda.

“**SEGUNDO.** - Condénase en costas a los demandantes (fls. 156 y 157 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. Demanda y trámite en primera instancia

1.1. En demanda presentada el 17 de abril de 1996, Rogelio Aguirre López, quien obra en nombre propio y en representación de sus hijos menores: Maricela, Andrés, Roel y Yesenia Aguirre Castaño; Olga, Nancy y Carolina Andrea Aguirre Castaño; Julia Rosa López Cardona; Gerardo, Octavio y José Darío Aguirre López, deprecaron, por intermedio de apoderado judicial, que se declare patrimonialmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios que les fueron causados con motivo de la privación injusta de la libertad de que fue objeto el primero, durante el período comprendido entre el 6 de octubre de 1994 y el 4 de octubre de 1995 (fls. 23 a 46 cdno. ppal.).

Resulta pertinente señalar que si bien en el libelo demandatorio se incluyó como demandante a Carolina Andrea Aguirre López, en la última página de la misma se consignó lo siguiente: *“Como quiera que no ha sido posible obtener la firma del poder de CAROLINA ANDREA AGUIRRE CASTAÑO le solicito al Señor Magistrado no tener en cuenta las pretensiones de ésta; en el evento de hacer efectivo la consecución de su firma se adicionará la demanda en su debida oportunidad...”* No obstante la anterior constancia, el escrito no fue adicionado, razón por la que la Sala se abstendrá de tenerla en cuenta.

En consecuencia, los demandantes solicitaron que se condenara a la entidad demandada a pagar: i) por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 2.000 gramos de oro para Rogelio Aguirre López y Julia Rosa López Cardona, respectivamente, así como 1.000 gramos de oro para cada uno de los otros actores; ii) a título de daño emergente, el valor de \$2.000.000,00, que corresponde a los honorarios cobrados por el apoderado judicial en el proceso penal y iii)

también a favor de Rogelio Aguirre López, el lucro cesante acreditado en el proceso.

En apoyatura de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos (fls. cdno. ppal.):

1.1.1. A la jefatura del B2 de la Cuarta Brigada del Ejército llegó una información en la que se señalaba a Rogelio Aguirre López y a otras personas residentes en el sector de San José de la Cima (comuna nororiental de Medellín), como integrantes de grupos terroristas, en otras palabras, se les acusaba de pertenecer a milicias urbanas.

1.1.2. Según el Mayor del Ejército Cenen Darío Jiménez León, los datos obtenidos a través del grupo de inteligencia, fueron madurando más y más, razón por la que se acudió al Fiscal adscrito a la jefatura del DAS para solicitarle la autorización necesaria a efectos de allanar la residencia de Rogelio Aguirre López.

1.1.3. El Fiscal identificado con el código 079 Delegado ante el DAS, expidió las órdenes de allanamiento mediante las resoluciones Nos. 073, 074, 075, 076 y 077, del 6 de octubre de 1994.

1.1.4. La diligencia se llevó a cabo el 6 de octubre de 1994, a las cuatro de la mañana, razón por la que la fuerza pública se movilizó hasta el domicilio de Rogelio Aguirre López, localizado en la calle 30 con la carrera 86C de la ciudad de Medellín, y empezó a disparar de forma indiscriminada contra el inmueble sin prever las consecuencias, lo que trajo como resultado la muerte de la señora María Antonia Castaño, cónyuge de Aguirre López, y la aprehensión de este último, a quien, adicionalmente, lo sometieron a las más inhumanas torturas para que se autoincriminara como autor material de la muerte de su esposa.

1.1.5. Transcurridos varios días, Rogelio Aguirre López fue remitido a la Cárcel Bellavista, y además no le fue permitido asistir a las honras fúnebres de su cónyuge. Sus hijos y la tienda de alimentos y bebidas de la cual derivaba el sustento la familia quedaron a la deriva, y luego aquél fue puesto a órdenes de la justicia regional o sin rostro.

1.1.6. El Fiscal sin rostro identificado con el código No. 210, profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra Rogelio Aguirre.

1.1.7. El 9 de junio de 1995, el Fiscal No. 210 dictó resolución de acusación contra Rogelio Aguirre, imputándole la comisión de los siguientes delitos: i) lesiones personales en funcionarios públicos; ii) porte ilegal de armas, y iii) homicidio agravado.

El señor Agente del Ministerio Público Delegado para esa actuación apeló la medida y esta última fue revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, instancia en la que se reconoció de manera expresa la forma inconsecuente, sesgada y falta de criterio con que fue adelantada la investigación en la primera instancia.

1.2. El Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda de reparación directa en auto de 17 de mayo de 1996 (fl. 50 cdno. ppal.); en proveído de 8 de julio de 1997, se abrió el proceso a pruebas (fl. 104 cdno. ppal.) y, por último, en providencia de 13 de noviembre de 1998, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión (fl. 136 cdno. ppal.); en esta última etapa intervino de manera exclusiva el apoderado judicial de la parte actora.

3. Notificada la demanda a las precitadas entidades, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas (fls. 222 a 229, 233 a 236, y 270 a 281 cdno. ppal. 1º).

Los Ministerios de Justicia y del Derecho [ahora del Interior y de Justicia] y de Hacienda y Crédito público, formularon, respectivamente, la excepción de falta de legitimación por pasiva, derivada de la indebida representación para comparecer en el litigio y la controversia; toda vez que en su criterio, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial es la encargada de representar a la Rama Judicial en todos los procesos de esta naturaleza, según lo establecido en la ley 270 de 1996.

2. Decisión de primera instancia

En sentencia de 9 de septiembre de 1999, el Tribunal Administrativo de Antioquia desestimó las pretensiones de la demanda. En criterio de la Corporación, en el asunto *sub examine*, no se acreditó el daño antijurídico alegado por los

demandantes, como quiera que en el proceso no aparece ninguna prueba relacionada con los supuestos fácticos contenidos en el libelo demandatorio.

Entre otros aspectos, el *a quo*, puntualizó lo siguiente:

“En el caso subjudice, no aparece ninguna prueba sobre la privación injusta de la libertad, la cual, sin lugar a dudas, debe provenir de la existencia de una decisión judicial que la consagre. En el expediente solamente existe la manifestación en la demanda de que el actor fue absuelto por la providencia que expidiera el supuesto superior de quien decidió sobre la libertad del señor Rogelio Aguirre, atribuyéndole la muerte de su esposa. Pero no hay copia de las citadas providencias y extraña más a este Tribunal que no se hubiera demandado por la muerte de ésta, si fueron las autoridades quienes causaron su muerte.

“(…) No encuentra este Despacho prueba de que efectivamente el señor ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ hubiera estado detenido, cuál fue la causa, en qué lugar, cuánto duró su detención, cuál fue el motivo para ponerlo de nuevo en libertad, si fue exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente o porque el hecho no existió o porque el sindicato no lo cometió, o porque la conducta no constituía hecho punible. O fue dejado en libertad porque cumplió sentencia, o acaso nunca fue detenido.

“4. La prueba en el proceso va dirigida a demostrar la certeza de un hecho, a justificar o verificar algún acontecimiento, el fin de la prueba no es otro que darle al juez la convicción sobre la existencia de un hecho...

“Es necesario, entonces recordar que en el proceso contencioso rige el principio de la carga de la prueba, es decir, quien pretende determinado efecto jurídico, debe probar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil...

“5. Los demandantes no hicieron nada por probar el supuesto que genera el resarcimiento, pues no se aportó ninguna de las decisiones judiciales que supuestamente determinaron el carácter injusto de la privación de la libertad, aspecto que conlleva a que se nieguen las pretensiones de la demanda.

“(…)” (fls. 147 a 157 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas del original).

3. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 159 a 163 cdno. ppal. 2ª instancia); éste fue concedido por el *a quo*, en

providencia de 17 de enero de 2000, y fue admitido en auto de 4 de octubre de 2000 (fls. 180 y 181 cdno. ppal. 2ª instancia).

Los fundamentos de la impugnación, fueron formulados a través del siguiente razonamiento:

3.1. El sustrato de la sentencia apelada consistió en señalar que no se aportó al proceso contencioso, la actuación penal adelantada contra Rogelio Aguirre identificada con el radicado No. 16.200, trámite judicial que acreditaría todos los hechos en que se apoyan las pretensiones de la demanda.

3.2. Los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación incurrieron en una grave equivocación, al remitir las copias auténticas canceladas por el apoderado de los demandantes a un proceso de reparación directa, disímil al de la referencia, concretamente al identificado con el radicado No. 961.013, en donde figura como demandante Blanca Noemí Ramírez Giraldo, proceso iniciado por la muerte de una señora ocurrida en los mismos sucesos que dieron origen a la demanda instaurada por Rogelio Aguirre y sus familiares.

3.3. El yerro mencionado de los funcionarios de la Fiscalía es significativo, pero de ninguna forma puede comprometer la viabilidad de las pretensiones formuladas en el plenario.

3.4. En ese orden de ideas, en la segunda instancia sería pertinente que se ordenara el desglose de los documentos relacionados con el proceso penal adelantado contra Rogelio Aguirre, que reposan en el juicio de reparación directa No. 961013 - 3, con la finalidad de que se valorara el contenido de los mismos, ya que se trata de una actuación que fue solicitada, decretada e incluso practicada en la primera instancia, sólo que mal remitida y, por consiguiente, erróneamente incorporada.

3.5. Con el propósito de allegar de manera adecuada la prueba decretada en la primera instancia, se aporta el oficio No. 1713 del 15 de octubre de 1999, en el que el Secretario Común de la Unidad de Fiscalías Especializadas de Medellín, da cuenta del error cometido por una de las funcionarias de esa dependencia, en relación con la remisión errónea que se efectuó del proceso penal No. 16.200.

De igual manera, en cuaderno separado, obra el oficio 13084 del 9 de agosto de 2000, por medio del cual la Unidad de Fiscalías Especializadas de Medellín remite copia íntegra y auténtica, con destino a este proceso, de la actuación penal con radicado No. 16.200, y se certifica que esos mismos documentos fueron enviados de forma equivocada al proceso de reparación directa No. 961013 - 3.

4. Trámite y alegatos de conclusión en la segunda instancia

Al margen de que se hubieran aportado los documentos y actuaciones precisadas en el acápite anterior, en proveído de 25 de octubre de 2000, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para rendir sus alegatos de conclusión (fl. 183 cdno. ppal. 2ª instancia). Intervino en esta etapa el Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, para conceptuar lo siguiente (fls. 185 a 194 cdno. ppal. 2ª instancia):

4.1. Toda vez que mediante oficio de 9 de agosto de 2000, con posterioridad a la sentencia de primera instancia, la Fiscalía General de la Nación remitió con destino a este proceso las copias del proceso penal, esta dependencia del Ministerio Público considera que en aras de evitar dilaciones injustificadas, el desglose solicitado por el actor resulta inocuo, como quiera que la prueba que se pretende incorporar ya fue allegada por el ente demandado, piezas procesales que en criterio de la Procuraduría General de la Nación deben ser valoradas al momento de proferir el fallo de segunda instancia, sin que con ello se viole el derecho de defensa y contradicción de la institución demandada, pues, como ya se advirtió, fue remitida por esta parte, de lo que se concluye que conoce y acepta su contenido.

4.2. A juicio del Ministerio Público, los hechos descritos y probados con la copia de la investigación penal adelantada por la justicia regional contra el señor Rogelio Aguirre López, por la presunta violación del decreto 1194 de 1989 –conformación de grupos armados ilegales–, se enmarcan en los lineamientos del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, toda vez que de la providencia proferida por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional se extrae que el señor Aguirre López no cometió los punibles que se le imputaban, razón por la que se precluyó la investigación y se dispuso su libertad inmediata, de lo que se deduce, prima facie,

que las pretensiones indemnizatorias de la demanda tienen vocación de prosperidad.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a su consideración, a través del siguiente derrotero: 1) los hechos probados; 2) la libertad personal como bien jurídico digno de protección; 3) valoración probatoria y conclusiones, 4) liquidación de perjuicios, y 5) condena en costas.

Previo a abordar el análisis conceptual indicado, la Sala se referirá a la posible valoración de los documentos que fueron allegados a este proceso mediante el oficio No. 13084, del 9 de agosto de 2000, consistentes en la copia íntegra y auténtica de la actuación penal No. 16.200, adelantada contra Rogelio Aguirre López.

La Sala comparte los argumentos expuestos por el Ministerio Público, y por esta razón serán valorados en esta instancia los documentos que reposan en el cuaderno No. 2, y que, como ya se indicó, integran el proceso penal No. 16.200. En efecto, se trata de una prueba que fue deprecada y decretada en la primera instancia, sólo que erróneamente allegada a un proceso de reparación directa diferente, motivo por el que la misma entidad demandada certificó y corrigió el yerro a través de los oficios Nos. 1713 del 15 de octubre de 1999 y 13084 del 9 de agosto de 2000, documentos que corroboran la interpretación de la Procuraduría, en el sentido de que los medios de convicción que conforman la actuación penal fueron adelantados con audiencia de la misma Fiscalía General de la Nación, ya que fue ésta la que, previa solicitud del apoderado judicial de los demandantes, hizo constar la equivocación administrativa y, por consiguiente, procedió a enviar con destino a este proceso las copias respectivas.

Así las cosas, no se desconocen los derechos de defensa, contradicción y al debido proceso de la demandada, como quiera que las pruebas que hacen parte del procedimiento penal: i) fueron practicadas con su audiencia, en los términos

del artículo 185 del C.P.C.¹; ii) fueron solicitadas por la parte actora y decretadas en la primera instancia, y iii) la copia íntegra y auténtica se remitió a este proceso por la misma entidad, previo reconocimiento y constancia del yerro administrativo al haber librado las copias con destino a otro proceso de reparación directa distinto al *sub examine*.

En ese orden de ideas, de conformidad con los principios de eficacia y celeridad procesal² no se requería agotar el trámite de pruebas establecido en el artículo 214 del C.C.A., por cuanto el supuesto que se presentó en el caso concreto no se enmarca en ninguno de los eventos regulados en el citado precepto, máxime si se trata de una prueba que, se insiste, fue solicitada, decretada, y practicada en la primera instancia, al margen de la inexactitud en que incurrió la entidad demandada.

Así las cosas, en el caso concreto cualquier irregularidad quedó subsanada en el curso de la segunda instancia, concretamente a partir del comportamiento de la demandada, aunado al hecho de que las partes guardaron silencio cuando se les corrió traslado para alegar de conclusión, en armonía con lo establecido en el párrafo del artículo 140 del C.P.C., que determina que las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que ese código establece.

1. Los hechos probados

Del acervo probatorio allegado al proceso, se destacan los siguientes aspectos:

1.1. Oficio No. 1713 del 15 de octubre de 1999, suscrito por el Secretario Común de la Unidad de Fiscalías Especializadas de Medellín, en el que se hace constar:

“Por medio del presente y a petición verbal del Doctor JOSÉ EVERARDO MARÍN QUIROGA, en calidad de apoderado del señor ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ Y OTROS, demandantes en el proceso de reparación directa No. 960.649, instaurado en contra de la Nación

¹ Artículo 185.- Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella.

² Ley 1285 de 22 de enero de 2009, “Artículo 1º. Modifíquese el artículo 4º de la ley 270 de 1996: “Artículo 4º. Celeridad y Oralidad. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento...”

Colombiana - Fiscalía General de la Nación, comedidamente me permito aclarar la situación presentada en relación con el auxilio del Exhorto No. 1432 de fecha octubre 23 de 1997 y dirigido a la División Séptima de la Fiscalía Regional de Medellín, así:

“– En la Fiscalía Regional de Medellín, se adelantó el PROCESO 16.200, por el delito de VIOLACIÓN AL DECRETO 1194/89 (conformación de grupos ilegales armados), en contra de los señores JUAN MANUEL MONTOYA ORTÍZ, EDISON DE JESÚS MONTOYA ORTÍZ, ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ y LEONEL MORENO PINEDA. Hechos ocurridos en esta ciudad el día 6 de octubre de 1994, en el Barrio San José La Cima. De esta investigación penal fue que esa Corporación solicitó copias para que obraran como prueba en el proceso administrativo a cargo de la parte demandante.

“– Es importante resaltar de que previo al Exhorto 1432 librado dentro del proceso de reparación directa a su cargo, esa misma Corporación dentro del PROCESO No. 961013 - 3, donde son demandantes Blanca Nohemy Ramírez Giraldo y otros, solicitó copias de este mismo proceso penal, según EXHORTO No. 254 - 6 de fecha febrero 11 de 1997.

“– Mediante resolución de fecha febrero 20/97 la Fiscal Instructora dispuso se compulsaran las copias pedidas y las mismas fueron remitidas al Tribunal Administrativo según oficio sin número de fecha febrero 27 de 1997, suscrito por la Técnico Judicial GLORIA INÉS LAVERDE SORIANO, se enviaron cuaderno # 1 con 562 folios y cuaderno # 2 con 324 folios respectivamente.

“– El día 31 de octubre se recibe en esta secretaría común el EXHORTO No. 1432, librado el día 23 de octubre de 1997, dentro del proceso No. 960.469 - 2, donde son demandantes ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ Y OTROS, en contra de la Fiscalía General de la Nación.

“– Mediante oficio No. 3816 - 11 de fecha noviembre 12/97, suscrito por la Técnico Judicial LILIBETH OSORIO MARÍN, adscrita a esta Secretaría solicita al entonces Secretario de la Sección Primera, en el sentido de que le informara a la parte demandante se presentara a esta Fiscalía para sufragar el importe de las copias solicitadas.

“– Como la parte demandante no se presentó a sufragar el importe de las copias, la señora LILIBETH OSORIO MARÍN, técnico judicial de esta Secretaría, DEVOLVIÓ el original del EXHORTO 1432 del Tribunal Administrativo, con oficio No. 3816 de marzo 6/98, advirtiendo que el expediente estaba disponible en la Secretaría.

“– En la semana del 6 al 10 de julio de 1998, los abogados de la parte demandante se presentaron a esta Secretaría Común a sufragar y escoger los folios pertinentes del proceso, siendo atendidos por la Jefe de la Secretaría Común (encargada), Doctora MARTHA EUGENIA MADRID ESCOBAR. Dichos folios fueron remitidos mediante OFICIO No. 987 - JSC de fecha julio 11 de 1998, la entonces Jefe de Secretaría Común remitió las copias solicitadas

y escogidas por la parte demandante en el proceso de reparación directa No. 969 - 649 - 2, pero como la Técnico Judicial equivocadamente había devuelto el exhorto en que fueron solicitadas, al proceder a redactar el Oficio erróneamente creyó que la petición estaba consignada en el exhorto 254 del proceso 961013 - 3 de febrero 11/97, el cual ya había sido auxiliado. Generándose entonces que al proceso No. 961013 se remitieron en dos (2) oportunidades copia del proceso No. 16.200 de esta Fiscalía. La primera vez por solicitud de la parte demandante y la segunda vez por error nuestro al citar equivocadamente un número de proceso y de exhorto diferente.

“– Esta situación sería fácilmente constatable practicando inspección judicial al proceso de reparación directa No. 961013 - 3, donde son demandantes Blanca Nohemy Ramírez Giraldo y otros, en el que por la fecha del 13 de julio de 1998 debe haber llegado un nuevo envío de copias de dicho proceso. Además, es bueno anotar que el abogado de la parte demandante, Dr. JOSÉ EVERARDO MARÍN QUIROGA... en el envío del oficio 0987 - JSC de julio 11/98 escogió directamente qué folios fotocopiar y qué folios no (debido a lo voluminoso del expediente), lo cual puede servir para confirmar lo aquí expresado.

“– Espero de esta forma haber aclarado en parte el error en que incurriera el personal adscrito a esta Secretaría Común y que generara la desestimación de las pretensiones del señor ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ en el proceso de reparación directa de la referencia, confiando en que aún sea tiempo de enmendar dicho yerro.

“(...)” (fls. 164 y 165 cdno. ppal. 2ª instancia – mayúsculas del original).

1.2. Oficio No. 13084 - JSC del 9 de agosto de 2000, en el que se remite con destino a este proceso en copia auténtica 325 folios que corresponden a diferentes actuaciones surtidas a lo largo del proceso penal identificado con el radicado No. 16.200, adelantado por la entonces Fiscalía Regional de Medellín contra Rogelio Aguirre López y otros (fl. 1 cdno. pruebas).

De la prueba trasladada resulta pertinente destacar lo siguiente:

1.2.1. De folios 23 a 24 del cuaderno de pruebas obra el informe No. 1384 del 7 de octubre de 1994, en el que dos detectives del DAS ponen a disposición del Fiscal Regional Delegado ante ese organismo al señor Rogelio Aguirre López, quien fue capturado por miembros de ese cuerpo de investigación. En el documento se puntualiza lo siguiente:

“El día de ayer siendo las 03:30 horas en compañía del señor Fiscal Regional Delegado ante el D.A.S., en asocio Unidades Ejercol, momentos en que pretendíamos (sic) efectuar diligencia de allanamiento y registro del inmueble ubicado en la calle 86 No. 30 - 14 Barrio Jardín Parte Alta, esta ciudad (sic) fuimos sorprendidos con impactos de arma de fuego, los cuales procedían del interior del inmueble y de la parte alta del cerro cercano a esta residencia; por lo anterior nos vimos obligados a repeler el fuego resultando muerta la señora ANTONIA CASTAÑO GALVIS CARDONA, a quien se le encontró en su poder un revólver Smith Wesson calibre 38 tipo 357 Magnum No. 77K6444 con seis cartuchos en su interior, los cuales 3 de ellos se encontraban percutidos, fue así como en el interior de la vivienda se encontraron 12 vainillas calibre 38 largo.

“Posteriormente procedimos a trasladar a la occisa a Medicina Legal donde se le hizo el respectivo levantamiento por parte del Cuerpo Técnico de Policía Judicial y trasladando al capturado a las dependencias del D.A.S., donde se le practicó prueba de absorción atómica a efectos de establecer si éste efectuó disparos del arma de fuego que se le halló en su poder.

“(...)” (fls. 72 a 77 cdno. pruebas – mayúsculas del original).

1.2.2. Auto del 19 de octubre de 1994, en el que un Fiscal Regional de Medellín define la situación jurídica de Rogelio Aguirre López, en el sentido de dictarle medida de aseguramiento de detención preventiva al encontrarlo presunto responsable del delito descrito y sancionado en el artículo 2º del decreto 1194 de 1989 (fls. 152 a 186 cdno. pruebas).

1.2.3. El 9 de junio de 1995 el Fiscal Regional de Medellín profirió resolución de acusación contra Rogelio Aguirre López por los delitos de lesiones personales a empleado oficial, en concurso con homicidio agravado, y porte ilegal de armas y municiones de defensa personal. De otro lado, precluyó la investigación por el delito de conformación de grupos armados ilegales.

La Fiscalía apoyó su decisión en lo siguiente:

“(...) ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ. Su presunta pertenencia a un grupo ilegalmente armado o de milicias populares que se le imputó al resolver su situación jurídica ha quedado descartada, porque aunque los testigos reservados aseguraron que este ciudadano es colaborador permanente de las milicias, que los aloja en su vivienda y les suministra alimentos y que el mismo sindicado admitió en su indagatoria que en efecto, algunas veces ha alimentado o suministrado refrescos y otros avíos a los miembros de las milicias que operan en el barrio, a juicio de este despacho y por las graves circunstancias de constreñimiento a que se ven avocados los residentes de las violentas comunas de Medellín, su conducta está

amparada por la causal de inculpabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 40 del Código Penal. Y ello es así por cuanto la experiencia enseña que los milicianos imponen su propia ley en sus sectores, y los habitantes o las acogen, o abandonan el área o se mueren. Bajo esta consigna, no puede estar revestida de culpabilidad la conducta de una persona que siendo propietaria de un negocio donde se expenden víveres, situada en uno de los sectores donde se impone la ley de los milicianos, suministre víveres o alimentos a estos delincuentes. Se precluirá entonces la presente investigación en su favor, en lo que atañe al delito de conformación de grupos ilegalmente armados que se le imputó al resolver su situación jurídica.

“Sin embargo, toda la evidencia probatoria recopilada apunta a señalarlo como autor y responsable de los delitos que van a mencionarse:

“PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL. Además de las declaraciones de los funcionarios que participaron en el operativo y de la incautación del arma en el techo de la vivienda del sindicato, lanzada allí por éste una vez terminó de disparar contra las fuerzas del orden, existe su propia confesión en el sentido de que si conservaba y portaba un revólver calibre, marca Smith Wesson, el cual había sido empeñado en su tienda meses antes por un desconocido y que fue la misma arma que empleó “para defenderse” de las autoridades. Estas son pruebas suficientes para proferir acusación en su contra por este delito.

“VIOLENCIA CONTRA EMPLEADOS OFICIALES Y LESIONES PERSONALES DE LOS MISMOS, por razón del ejercicio de sus funciones.

“Las evidencias indican que tanto Fiscales Delegados, como miembros del DAS y del Ejército, cuando se apostaron frente a la vivienda de ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ ya habían registrado tres viviendas más del sector, sin que se presentara ningún inconveniente y que cuando golpearon a la puerta de éste, anunciándose como LA FISCALÍA que iba a realizar un allanamiento, al no obtener respuesta satisfactoria se apostaron a ingresar a la vivienda a como diera lugar, obteniendo de inmediato disparos con arma de fuego desde el interior del inmueble, situación que los obligó a buscar posiciones seguras, pero sin perder su objetivo de penetrar a la habitación y capturar a quien disparaba...

“Absurda resulta la legítima defensa subjetiva argumentada veladamente por el Ministerio Público, en primer lugar, porque no es cierto que antes de llegar las autoridades a la casa de Rogelio escucharan varios disparos que pusieron en alerta a los moradores del sector y particularmente a ROGELIO y su familia. Y ello es así porque, momentos antes de que las autoridades arribaran a la casa de ROGELIO, ya se habían realizado tres allanamientos, siendo este el cuarto procedimiento que iba a efectuarse y hasta ese momento los funcionarios ejercieron sus funciones sin ningún tipo de agresión en el sector, y en segundo lugar no tiene cabida una legítima defensa subjetiva porque cuando los funcionarios golpearon la

puerta de ROGELIO advirtieron que era la FISCALÍA, no tratándose entonces de ningún extraño que pretendía ingresar indebidamente a la residencia, sino de las autoridades legítimamente constituidas en cumplimiento de un deber legal.

“(…) Resulta además indicativo de la conciencia de ROGELIO para atentar contra las autoridades, el hecho de que hay evidencias que indican que algunas veces los milicianos llamaban a horas inusuales a la puerta de Rogelio y éste les abría sin que disparara contra ellos, y esa madrugada, cuando quien llamaba y decía ser la Fiscalía sí decidió “defenderse” disparando un arma de fuego con los resultados que ya se conocen.

“No obstante que hasta el momento no obran en autos los reconocimientos médico legales practicados a los lesionados por Rogelio, ni se han establecido sus secuelas, las pruebas que vienen de analizarse son suficientes para acusar al procesado por este delito, y en el período probatorio del juicio, se allegarán las pruebas que aún quedan pendientes.

“HOMICIDIO AGRAVADO de que fue víctima la señora MARÍA ANTONIA CASTAÑO, esposa del procesado ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ.

“En relación con la autoría de este delito en cabeza del procesado AGUIRRE LÓPEZ, emergen INDICIOS GRAVES, suficientes de por sí para proferir en su contra resolución acusatoria. Veamos:

“Tanto en la indagatoria inicial como en su ampliación el procesado ha manifestado que luego de que golpearan a su puerta y anunciaron que era la Fiscalía, seguidamente derribaron su puerta ingresando un funcionario que disparaba y que su esposa se paró de la cama y ahí cayó mortalmente herida.

“Si se hace la representación mental de la escena de los acontecimientos, los dichos del procesado carecen de lógica, porque MARISELA AGUIRRE, hija del procesado describió la vivienda así: “primero se encuentra la sala al frente de la puerta, a mano derecha se encuentra la tienda, hay una escalita y a mano derecha hay una pieza donde hay cajas de cerveza y gaseosa, enseguida a mano izquierda está la pieza de mi mamá y mi papá...” El procesado ha afirmado que cuando golpearon a la puerta él llegó hasta allí, escuchando que eran de la Fiscalía y que él trabó diálogo con ellos, exigiendo que metieran la orden de allanamiento por debajo de la puerta, y que inmediatamente la puerta fue abierta con violencia ingresando un funcionario que disparaba. Estos acontecimientos entonces se desarrollaron en la sala, situada inmediatamente después de la puerta. Si al abrir la puerta un funcionario entró disparando, lógicamente las balas debieron alcanzar a Rogelio, quien estaba en ese recinto y no a su esposa que se encontraba acostada en la habitación, es decir, después de la Sala y de la pieza donde se guardan los envases. No es entonces cierto que un supuesto funcionario entró disparando al derribar la puerta y que la señora al levantarse de la cama y pararse de frente recibió el proyectil que le causó la muerte, cayendo allí mismo, porque ROGELIO estando armado lógicamente le hubiera disparado e

impedido que ingresara hacia la habitación donde se encontraba su esposa, o cuando hubiera venido de regreso, estando Rogelio en la Sala, no lo hubiera dejado salir ileso como pretende.

“(…) Además, si la señora se encontraba en el zagún (sic), aledaño a su habitación y allí recibió el disparo que produjo su fallecimiento, existe una distancia considerable entre el portón y ese sitio y si el funcionario hubiera entrado disparando como lo afirma el procesado, el proyectil tendría que haberse disparado desde la Sala, donde ROGELIO, mediante disparos trataba de impedir el acceso del funcionario, quien sólo estuvo allí fracción de segundos porque el sindicato disparaba a diestra y siniestra. No es entonces cierto que el funcionario disparara el proyectil que le causó la muerte a la señora de Rogelio, porque el disparo fue hecho a quemarropa, a una distancia de 20 centímetros, y ninguna evidencia indica que la señora salió de la habitación, cruzó el zaguán, bajo las escalitas y llegó hasta la sala y que fue ella la persona a quien el funcionario del DAS dice haber abrazado en su retirada, de donde deduce el Ministerio Público que fue allí cuando se produjo el disparo mortal. A lo sumo puede aceptarse que la occisa halla (sic) salido de la habitación hasta el pequeño corredor situado inmediatamente después de la puerta de la pieza, pero no pudo haber estado a una distancia tan cerca del presunta funcionario del DAS (20 centímetros), precisamente porque ROGELIO, en la sala, junto a la puerta disparaba inmisericordemente.

“Es cierto que tanto ROGELIO AGUIRRE como el subdirector del DAS portaban armas de BAJA VELOCIDAD (revólver calibre 39 y pistola 9 mm), y que del cadáver de la occisa no se pudo recuperar ningún proyectil en orden a determinar la certeza de cual de las dos armas provino el proyectil homicida, pero el análisis que viene de hacerse, indica, al menos con alto grado de probabilidad que fue ROGELIO quien disparó contra su cónyuge...

“Y no se diga que el temperamento de ROGELIO es apacible y mesurado, porque alguien que se hace tatuar en el pecho unas iniciales que el mismo en su indagatoria traduce como “AMO LA VENGANZA”...

“(…) Finalmente y en atención a la solicitud del señor Agente del Ministerio Público, se compulsarán copias con destino a la justicia castrense para que investigue los presuntos excesos en que hayan podido incurrir los militares que participaron en el operativo...

“(…)” (fls. 179 a 249 cdno. pruebas – mayúsculas y subrayado del original)

1.2.4. En resolución del 4 de octubre de 1995, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, decidió el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Delegada ante los Fiscales Regionales de Medellín, contra la resolución de acusación formulada al sindicato, esto es, Rogelio Aguirre López.

La segunda instancia revocó la providencia apelada, decretó la preclusión de la investigación a favor de Rogelio Aguirre López y, consecuentemente, ordenó su inmediata libertad.

En apoyo de la anterior decisión, el correspondiente Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional precisó:

“(...) En ejercicio de la competencia que otorga y consulta esta unidad de segunda instancia y centrándonos inicialmente en la situación del señor ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ, este despacho no puede menos que sentar su más enérgica protesta y expresar la consternación que causa el observar como este proceso o “investigación” más que una actuación dirigida a averiguar la verdad se trastocó en una malhadada acción destinada a encubrir a los verdaderos responsables de la muerte inmisericorde que se causó a dos indefensas mujeres durante un confuso, mal planificado y peor ejecutado operativo “militar” con la complacencia de fiscales que malentienden sus funciones constitucionales y legales.

“De manera que ahora la fuerza pública no sólo atropella a la población ejecutando operativos nocturnos o a la topa tolondra, con despliegue inusitado de la fuerza, mal empleada, hiere y mata mujeres dentro de sus hogares, sino que además existe el fácil expediente de atribuir resultados al propio cónyuge de una de las fallecidas quien por “quítame allá esas pajas” decide –en la versión que se quiere imponer– poner fin a más de 20 años de convivencia hogareña, asesinándola aprovechando la PRESENCIA DEL DAS, EL EJÉRCITO Y LA FISCALÍA.

“Y lo que realmente resulta desmoralizante: la Fiscalía General de la Nación aparece en un maridaje vulgar, dañado y punible avalando la situación, manteniendo al viudo en la cárcel durante un año (su hogar destruido, sus hijos al garete) y acusándolo en una kilométrica providencia donde sobran las repeticiones y la falta de justicia y el sentido común.

“(...) Las normas vigentes actualmente no restringen el horario para practicar allanamientos, como ocurría anteriormente, tampoco reglamentan al detalle la forma de practicarlos, pero, no por ello se puede pensar que la ciudadanía queda al arbitrio de la fuerza pública, ni tampoco que en casos así no operen universales principios tales como: (...)

“(...) De modo que no basta solamente con que se hayan expedido las órdenes de allanamiento por la autoridad competente, para que se considere sin más que la actuación de la fuerza pública aquella noche contra el hogar del señor AGUIRRE LÓPEZ fuera legítima; si ninguna norma expresa imponía al desafortado funcionario que primero quiso penetrar a esa casa la obligación de pasar por debajo de la puerta la orden de allanamiento, como lo exigió el sindicato. SI ERA DE ELEMENTAL PRUDENCIA, DE SENTIDO COMÚN, DE

ESTRICTO CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LAS NORMAS ATRÁS TRANSCRITAS, dar al ciudadano todas las seguridades y toda la confianza, mantener el respeto por la intimidad de su hogar por más humilde que fuera y, en fin, proceder con mesura, sensatez y consideración.

“Y no se diga que “la peligrosidad del sector” imponía otra forma de proceder, puesto que el argumento se vuelve a favor del sindicato, ya que con base en esa misma situación debe admitirse que él estaba en su derecho de exigir la plena identificación de quienes requerían penetrar en su casa en horas nocturnas, pues para nadie es desconocida la situación de terror permanente y “ambiental” que se vive por aquellos parajes.

“(…) Es que la evidencia recaudada, por mas que se ha querido “mistificar” según las corajudas palabras del apelante, demuestra que antes de que ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ hiciera algún disparo ya se habían causado las graves lesiones a su cónyuge que determinaron su fallecimiento: por lo tanto su actuación subsiguiente que consistió en esgrimir (portar) el revólver que conservaba y disparar produciendo tal vez algunas lesiones a funcionarios que rodeaban su casa, no tiene ninguna otra connotación que no sea la del legítimo ejercicio de ese derecho que consagra la Constitución y ampara el Código Penal, artículo 29 numeral 4.

“Y se sostiene que primero ocurrió ese homicidio y se le atribuye al funcionario que intentó penetrar arbitrariamente a la vivienda porque así lo demuestra la sencilla, sincera y sentida declaración de la menor MARISELA AGUIRRE CASTAÑO, hija de la occisa, quien pocas horas después de ocurridos los hechos, sin que haya tenido oportunidad de ser aleccionada o de ponerse de acuerdo con su padre relata la forma como un individuo que ella identificó y señaló a las autoridades penetró con arbitrariedad utilizando la fuerza bruta y sin consideración alguna ni cumplimiento de los elementales principios enunciados, cuando aquel intruso se disponía a disparar contra ROGELIO fue obstaculizado por la infortunada ANTONIA CASTAÑO, quien reaccionaba en defensa de su hogar, de su esposo y de sus hijos, ante lo cual el sujeto la siguió en la oscuridad y le dio muerte en la habitación; salió luego el intruso ante la reacción del jefe de familia. Esta versión coincide en lo esencial con lo que expone el sindicato, cuyas aparentes contradicciones, como lo sostiene con buen criterio el apelante, no son óbice para creerle en lo esencial puesto que aquellas deben abonarse a la impresión que debió causarle tan alocada y trágica situación propiciada por la autoridad.

“Y no puede menos que señalarse como inconsecuente, sesgada, falta de criterio y sospechosa por lo menos en lo intelectual la manera como el fiscal calificador hace una serie de lucubraciones en el aire sobre la manera como “pudieron haber ocurrido los hechos” para atribuirle a AGUIRRE LÓPEZ la autoría de aquel homicidio, pues en primer lugar ha debido analizar que el sólo hecho de basarse en suposiciones tuvo origen en la propia actuación de las autoridades que intervinieron en el “operativo” que impidieron (de lo cual existen constancias y protestas) que el fiscal de reacción

inmediata competente para ello levantara el cadáver en el sitio de los acontecimientos puesto que lo trasladaron al anfiteatro arguyendo la “peligrosidad” del lugar (no anotaron que esa “peligrosidad” se había acentuado por la presencia de militares, detectives y fiscales complacientes).

“Estas actuaciones de los funcionarios dirigidas desde un comienzo a desaparecer las huellas de su mal actuar tienen su más grave expresión cuando se presentan testimonios notoriamente prefabricados de personas que ocultan su identidad que sin haber estado siquiera en el lugar de los acontecimientos vinieron a decir que corría el rumor de que o bien el supuesto miliciano RICHARD o el propio AGUIRRE había dado muerte a la señora CASTAÑO, porque ella pedía que se “entregaran”. Destruida la versión del supuesto RICHARD quedaba como dice el apelante, “fácil” atribuir a AGUIRRE el homicidio de manera que al dolor de la pérdida habría de soportar el ciudadano la infamia de tal acusación.

“(...)” (fls. 301 a 315 cdno. pruebas – mayúsculas y subrayado del documento original, negrillas adicionales).

1.3. Registro civil del matrimonio celebrado el 11 de enero de 1970, entre Rogelio Aguirre López y María Antonia Castaño Galvis (fl. 4 cdno. ppal.) Registros civiles de nacimiento de Maricela, Olga, Carolina Andrea, Yesenia, Andrés, Nancy y Roel Aguirre Castaño, en los que consta que son hijos de Rogelio Aguirre López y María Antonia Castaño (fls. 6 a 13 cdno. ppal.) Así mismo, aparecen los registros civiles de nacimiento de Rogelio, Gerardo, Octavio y José Darío Aguirre López, en los que se aprecia que ellos son hijos de Juan Evangelista Aguirre y Julia Rosa López.

1.4. De folios 17 a 21 del cuaderno principal obran certificaciones de diferentes propietarios y representantes de establecimientos comerciales, en los que se hace constar que el señor Rogelio Aguirre López les compraba semanalmente artículos y enseres para surtir su tienda de barrio.

1.5. A folio 22 del cuaderno principal reposa factura de venta expedida y suscrita el 5 de noviembre de 1994, por el señor Rodrigo Bolívar, por valor de \$133.000,00, en la que se hace constar el arreglo de una puerta metálica de 1 metro por 2,10; la instalación de una ventana metálica y el arreglo de un portón, a cargo del señor Rogelio Aguirre López.

2. La libertad personal como bien jurídico digno de protección.

2. 1. Algunas referencias históricas para la mejor comprensión del concepto.

La libertad es una cualidad consustancial al ser humano. Desde que comenzó la construcción de las diferentes civilizaciones, este valor ha constituido la piedra angular sobre la que se ha cimentado la noción ética, política y jurídica de hombre. La historia registra diferentes momentos en los que la libertad ha contribuido al cambio de paradigmas sociales y por ende ha desencadenado la formación de nuevos modelos políticos. En efecto, a la persona en un primer momento se le negó éste atributo, la capacidad de definición sobre su futuro escapaba a la posibilidad de toma de decisiones, una instancia superior regía los destinos, y por tanto la conducta debía enmarcarse en cánones religiosos mediante los cuales se expresaba el querer de los dioses³.

Este determinismo va a ser cuestionado, de tal forma que la libertad será identificada por Sócrates con el conocimiento mismo, circunstancia que, en occidente, desplaza la discusión a una dimensión de carácter antropológico. Esta realidad será desarrollada por Platón para identificar la libertad con la liberación de la mente humana (de un apartamiento del mundo de la oscuridad), ligada a la idea de autonomía, esto es, a la capacidad de decidir por sí solo. A su vez, Aristóteles le dará una connotación de carácter social y político y enmarcará la libertad en el plano de la acción humana⁴. Para éste último autor, la virtud en el hombre viene determinada por el libre albedrío, de tal manera que éste es libre cuando *hace todo lo que quiera sin ser precisado por necesidad alguna*. Por lo tanto, la condición de libertad se logra cuando la conducta se realiza por placer, cuando se lleva a cabo un comportamiento movido por el deseo, puesto que sólo lo que hace impulsado por éste no resulta ser involuntario y, por ende, tampoco inevitable. No obstante, la libertad debe entenderse siempre referida a un necesario respeto no sólo del orden natural sino también del orden moral⁵.

Para el cristianismo, en gran parte de la edad media, la libertad viene a constituir una cualidad no escindible del hombre como creación divina. Esta idea central será desarrollada, entre otros, por San Agustín, para quien la libertad constituye un atributo que puede resultar no manejable fácilmente por el hombre como

³ Cfr. DE TORRES FLOREZ, José I, Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre. 1788, Estudio preliminar, edición del texto y notas de Salvador Rus Rufino. León, Universidad de León. 1995.

⁴ *Ibidem*.

⁵ ARISTOTELES, Los tres tratados de la ética: la moral a Nicomaco, la gran moral, moral a Eudemo. Buenos Aires, Ateneo. 1950.

criatura limitada, pues este don mal administrado podría conducirlo fácilmente al mal. Por este motivo, la libertad no constituye un bien absoluto sino limitado, y dicha limitación se debe entender perfectamente en la diferenciación que se hace entre el querer y el poder. Por lo tanto, el libre albedrío contiene una capacidad innata de decisión, mientras que la libertad enmarca la forma como dicha decisión se utiliza en la realización del bien⁶.

El inicio de la modernidad conllevará un desplazamiento del discurso teológico a un *iusnaturalismo de corte racionalista*, según el cual la vida en sociedad es posible precisamente por la libre determinación de los individuos que la conforman. Postura que, por cierto, coloca de nuevo sobre la mesa la necesidad de limitación de la libertad a través de las críticas formuladas por algunos sectores académicos a las tendencias liberales que ya se respiraban con fuerza en la segunda mitad del siglo XVIII. Como ejemplo se puede traer a colación las palabras de un catedrático español escritas en 1788:

“...la libertad que disfruta la criatura racional no es de tan sublime esfera, porque está sujeta a la ley que prescribe el legislador. Es verdad la que conviene con ella, en cuanto es hacer lo que quiere su voluntad, pero con rectitud y justicia, y cuando la acción dimanante de la voluntad se aparta o contradice la ley que le prescribe lo que ha de hacer, ya entonces no es libertad, sino abuso de la libertad. A esto se une el que el hombre tenga voluntad de hacer esta, u otra acción, aunque sea recta y justa no está en su mano el poder o potestad de poner en ejecución lo que quiere, porque le falta el poder actual para ello, y así no podemos decir con verdad genéricamente que la libertad que goza el hombre consiste en ejecutar aquello que quiere su voluntad, sino que con propiedad diremos, que esta libertad se cifra en hacer o no hacer aquello que quiere y puede su voluntad con sujeción a la ley, y esta libertad concebida en estos términos es una libertad restricta, limitada o denominada jurídica, con la que únicamente condecoró el supremo hacedor a los individuos” (Subraya fuera de texto)

Como puede observarse, la libertad cobra importancia no sólo filosófica y política, sino también jurídica. Esta última forma de entender la libertad parte del supuesto del reconocimiento de un espacio de autodeterminación; no obstante, el otorgamiento de esta facultad no puede hacerse de manera ilimitada, se podrán adelantar las conductas que se desee siempre y cuando se respeten los parámetros que se fijan mediante el establecimiento de leyes, normas que constituyen un límite inevitable, pues sólo es posible proteger la libertad en un

⁶ DE TORRES... *Ob. Cit.*

⁷ *Ibidem*. Pág. 43.

escenario en el cual existan mecanismos o instrumentos que eviten que las decisiones de unos anulen las de los demás.

Esta conclusión puede desprenderse del esbozo histórico que hasta el momento se ha realizado, de hecho, es perfectamente predicable de nuestros días. Empero, es importante señalar que la construcción que de la libertad se ha llevado a cabo desde el derecho público se debe identificar en una etapa histórica concreta, la de las denominadas revoluciones liberales (sobre todo la revolución francesa), pues es justo en este momento en el que dos factores se suman a la discusión: 1. La individualidad como un valor en sí mismo, y por lo tanto la ruptura de la idea de colectividad propia de la edad media y del cristianismo. La consolidación de una sociedad antropocéntrica, que otorga a la individualidad no sólo un valor económico (condición inexorable para el surgimiento del modelo económico mercantilista y para la consolidación posterior del capitalismo) sino también un valor de carácter político y jurídico, lo cual desembocará en el necesario reconocimiento de derechos fundamentales, y; 2. La construcción de un concepto de derecho público subjetivo, esto es, la capacidad de exigir una determinada forma de comportamiento de los poderes públicos, quienes frente a las garantías reconocidas tienen un deber genérico de abstención⁸. Por tanto, la libertad como fundamento claro del nuevo paradigma deja de lado su connotación de *privilegio reconocido por el monarca* para convertirse en un límite en la acción de aquellos que como autoridad detentan el poder.

Tal como señala García de Enterría, la revolución francesa implicó un esfuerzo por construir un nuevo orden político y social que debía alzarse sobre cimientos totalmente distintos a los del régimen que se quería abolir. Los dos postulados básicos que sirvieron a la concepción de sociedad buscada fueron la libertad y la igualdad. El hombre como individuo siente el poder que tiene de moldear su propio destino y toda esta energía la emplea a fondo para explorar las posibilidades que la libertad le ofrece. La libertad se convierte en un mito que no sólo abarca la esfera privada de cada individuo sino que se extrapola a la vida pública mediante la construcción de la llamada *voluntad general y de las conocidas doctrinas*

⁸ Cfr. RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Las Generaciones de Derechos Fundamentales y la Acción de la Administración Pública. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2004. La doctrina constitucionalista ha señalado diferentes circunstancias que confluieron para hacer posible la construcción del nuevo modelo de sociedad: 1. El renacimiento con su propia filosofía: el humanismo; 2. La reforma; 3. La ruptura de la alianza entre la burguesía y la nobleza. Los burgueses inician así una triple lucha: frente al dogma católico, frente a los privilegios de la nobleza y frente al propio monarca absoluto. Ver: SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. Estudios sobre las libertades. Valencia. Tirant lo Blanch. 1995. Pág. 71 a 73.

pactistas. Por tanto, se devolvía al hombre la libertad construida por los clásicos, aquella que no era equiparable a la que fue corrompida por años de despotismo. Por consiguiente, se construye un nuevo discurso, se redefinen los mitos y se da comienzo a otra época en la historia del hombre⁹.

La libertad como fundamento del nuevo orden a instaurar debía tener primero una significación, por algo se reitera constantemente que la revolución francesa fue realmente una revolución del lenguaje, una batalla de las palabras para ganar una posición política, para determinar cuál era el discurso político autorizado. La nueva concepción de libertad entonces, sin desconocer sus bases filosóficas, se realizará a través del derecho, puesto que éste se diferencia de otras lenguas, como quiera que al ser *“...preceptivo, no se conforma con reflejar especularmente la situación tal como existe, sino que aspira a conformarla en moldes prefigurados con ánimo de instalarla duraderamente a través de instituciones nuevas.”* Por ende, cuando se habla de libertad, no *“se intenta describir ni una cosa existente, ni una idea, o un deseo...”* puesto que su sola enunciación ocasiona un advenimiento de lo que se dice. *“...El enunciado no puede por ello ser calificado de verdadero o falso, sino que es en sí mismo la realización de un acto”*. Es así como, cuando la libertad se convierte en la columna vertebral de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano adquiere la naturaleza de un derecho, y por ende, ya no es una aspiración o una construcción filosófica, es una certeza que transforma la realidad existente.¹⁰

En el nuevo paradigma, se da una separación entre Estado y sociedad y se conciben como dos realidades distintas y contrapuestas. Del primero, se resalta su carácter de organización racional encaminada a la obtención de la convivencia pacífica, la seguridad y la propiedad privada. La forma de relación con los individuos se dará mediante leyes abstractas y el poder que encarna se caracterizará por estar repartido y ser revocable, dos condiciones que se vinculan inexorablemente con la libertad. En contraposición, la segunda se identifica por ser un orden espontáneo que puede por sí sola subsistir siempre y cuando reconozca la libertad, entendida ésta como facultad de oposición frente a cualquier ataque que provenga de los poderes públicos. Por este motivo, debe traducirse en declaraciones de derechos producto directo de la experiencia humana y de la

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lengua de los derechos. La Formación del Derecho Público Europeo tras la revolución francesa. Madrid, Alianza Universidad. 1994.

¹⁰ *Ibidem*. Pág. 30.

necesidad de hacer frente a los atentados que contra la capacidad de autodeterminación puedan llegar a realizarse¹¹. La libertad se entiende entonces, como una situación legal, en la que se reconoce al individuo “...la capacidad de actuar sin sobrepasar el marco de los límites fijados por el derecho positivo vigente...”¹²

Esta forma concebir la libertad, tal como pone de presente Hayek, no es coincidente con la visión que en el siglo XVII se tenía en Gran Bretaña, puesto que dada la importancia de la tradición en la formación de sus instituciones sociales, políticas y jurídicas se realizó una teorización de sesgo evolucionista que difería, en principio, de la concepción racionalista de corte continental. Por lo tanto, la evolución social y con ella, su idea de libertad, no depende de un plan previamente diseñado, sino del resultado que arroja la interacción de las acciones adelantadas por un sin número de individuos. Por ello, la mayor o menor amplitud de la libertad depende de manera exclusiva de la capacidad de adaptación del ser humano, de la herencia cultural de la que se apropia cada nueva generación y de la adaptación que de ésta se hace a través del ensayo y del error, del aprendizaje y de la imitación¹³.

En contraposición, la construcción que se hizo del concepto de libertad en los países de línea continental partirá de la idea de pacto social, reiterándose nuevamente la necesidad de limitación de la capacidad de decisión del individuo para hacer posible la convivencia pacífica. No se parte de la construcción de Hobbes, quien concibe al hombre en un estado en el que sus apetitos lo gobiernan y en donde la falta de orden conlleva a una guerra constante. Esta situación, ocasiona que se opte por el menor de los males, la asociación y la creación de un Estado ante el cual se da una renuncia absoluta de la libertad, de allí que el alcance de la misma es sólo aquel que la autoridad decide reconocer.

No. La construcción se realiza a través de las ideas de Locke y Rousseau, quienes no parten de la premisa de una renuncia total de la libertad. El hombre entrega a un grupo que gobernará en nombre de la mayoría (y no a una sola persona) el derecho a regular parte de su comportamiento, conservando los restantes

¹¹ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.*

¹² *Ibidem.*

¹³ HAYEK, Friedrich A. Los Fundamentos de la Libertad. Madrid, Editorial Unión. 2006. Pág. 88 a 90.

derechos¹⁴. Se parte de la idea de que el ser humano individualmente considerado es titular de unos derechos naturales que no se integran totalmente en el denominado contrato social. Es más, *“...el pacto tiene como objeto esencial preservar todos los derechos naturales que se han agotado en el hecho mismo de su conclusión.”* Por este motivo, se hace una distinción entre libertad originaria y libertad institucionalizada: la primera, es la condición perfecta de que cada uno pueda ordenar sus acciones, disponer de sus bienes y de su vida como desee, sin necesidad de obtener para ello el consentimiento de otro.

Esta condición, ocasiona que la única forma de sustraer la libertad de los hombres sea a través de su consentimiento, el cual se hace mediante un pacto del que surge la segunda de las libertades enunciadas. Esta modalidad de libertad, entonces, hace posible la vida en comunidad, la mutua preservación de diferentes bienes jurídicos. Por tanto, *“el pacto no destruye, sino que mantiene la libertad por el instrumento de someterse a un derecho que debe ser obra sucesiva del consentimiento común. La libertad del hombre en sociedad ésta en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad¹⁵.”*

Es precisamente, el confiar la delimitación de la libertad a la soberanía popular representada en la voluntad general, lo que marca un cambio en la forma como ésta se concibe, pues del carácter de inherencia de los derechos sustentado en las doctrinas iusnaturalistas se da paso a una necesidad de reconocimiento de derechos fundamentales mediante el establecimiento de normas jurídicas. Opera así, un proceso de positivación, en donde la mejor garantía de la libertad se encuentra precisamente en el carácter general, impersonal y abstracto de las leyes. La determinación de preceptos que marcan el cómo debe comportarse el individuo en sociedad pone de presente tres aspectos: 1. La única limitación a la capacidad de decisión del hombre se encuentra en la norma que emana del poder legislativo, si un comportamiento no está prohibido previamente en el ordenamiento jurídico nada constituye un impedimento para su consecución (se da una vinculación de carácter negativo); 2. Es la ley la única que puede imponer restricciones al ejercicio de la libertad porque el parlamento es la concreción visible del pacto social, y; 3. la libertad conlleva para los poderes públicos una doble limitación: de un lado sólo pueden hacer lo que el ordenamiento jurídico

¹⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.*

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo... *Ob. Cit.*

superior señale, del otro, les está prohibido realizar conductas que no estén previamente fijadas (la vinculación a la ley es positiva).

Lo anterior, hace visible el nexo existente entre Estado de Derecho y libertad, paradigma en el cual la intervención del legislador dentro del espacio de decisión de cada individuo se sitúa en el exterior de sus derechos, los límites son extrínsecos porque se encaminan a hacer posible la coexistencia de diversas autonomías. La ley, como señala Hayek, se convierte desde ese momento en la principal garantía de una sociedad libre, como quiera que la obediencia que de ella se predica no depende de aplicaciones concretas; en palabras del autor *“...el legislador desconoce los casos particulares a los que sus prescripciones conciernen.”* Esta característica a su vez se extiende a la rama judicial porque *“...el juez que las aplica no tiene elección a la hora de formular las conclusiones que se siguen del cuerpo legal en vigor y de las particulares condiciones del caso que juzga.”* En definitiva, una ley no es arbitraria, *“...porque se establece con ignorancia del caso particular y ninguna voluntad decide la coacción utilizada para hacerla cumplir.”*¹⁶

De la anterior garantía se desprenden las demás: 1. la posibilidad de limitación de la libertad solo se puede hacer mediante una ley conocida y cierta; 2. La ley debe aplicarse con igualdad; 3. las declaraciones de derechos no agotan los ámbitos en los que la libertad puede manifestarse, simplemente denota campos sociales en los cuales ésta se puede tornar amenazada, y; 4. el reconocimiento de la libertad no implica ausencia de sacrificio de algunas de sus manifestaciones. Se configura así una eterna paradoja: la libertad es posible sólo en aquellos lugares en los que su abuso no está permitido¹⁷.

Bajo esta premisa se desarrolla la idea de libertad, porque como Beccaria señaló, la soberanía del Estado se compone de la suma de todas aquellas porciones de libertad que los individuos sacrifican para poder gozar de tranquilidad y seguridad. Pero ésto no es suficiente, porque es necesario defenderse de las usurpaciones que alguien pretenda acometer, cuando del depósito de libertad confiada no sólo intenta apoderarse de la parte que le corresponde sino de aquella que pertenece a otros. De acuerdo con este autor, el no querer volver a un estado de caos hace necesario el establecimiento de penas contra aquellos que pueden llegar a

¹⁶ HAYEK, Friedrich. Los Fundamentos... *Ob. Cit.* Pág. 202.

¹⁷ *Ibidem.*

infringir la ley¹⁸. Sólo la norma emanada del legislativo puede señalar previamente cuales son los comportamientos que se consideran contrarios a la libertad y por ende determinar también cuál es el castigo a imponer; no obstante, este poder no es omnímodo, toda vez que “...*las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas...*” porque, éstas son más justas “...*cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos.*”¹⁹

La revolución trae consigo una nueva forma de concebir el *ius puniendi* en cabeza del Estado. La facultad de castigar sólo es posible mediante el cumplimiento del principio de legalidad: las penas deben estar descritas en una ley de manera previa. De igual forma, se legaliza el procedimiento penal, se consagra el principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba se desplaza al aparato estatal, la detención se convierte en un medio para asegurarse de la persona del delincuente y de hacerle cumplir la pena de prisión y se proscriben las penas que desconozcan la dignidad humana. En otras palabras, “...*se consagra un verdadero derecho ciudadano a no ser castigado más que en las condiciones determinadas por esos principios básicos y por las Leyes, un derecho básico de libertad física y personal, en su sentido más elemental, capaz de crear por sí sólo un espacio seguro de desenvolvimiento vital libre en la sociedad.*”²⁰

El crecimiento industrial, la necesidad de participación de diferentes clases sociales dentro del juego democrático, el aumento de necesidades de diferentes sectores de la sociedad, la paulatina pero creciente intervención del Estado mediante el aparato administrativo en actividades de contenido prestacional, el reconocimiento de fuerza normativa de las constituciones políticas y la incorporación de nuevas manifestaciones de derechos fundamentales, amplían el espacio de decisión del individuo, construyéndose una concepción de la libertad compatible con los principios de igualdad material y solidaridad. Esta nueva dimensión puede ser perfectamente entendida si se acude a las conclusiones que sobre el tema extrae Gregorio Peces – Barba²¹:

1. La libertad continúa siendo el núcleo esencial y el logos de las diferentes

¹⁸ BECCARIA, Cesare. De los Delitos y las Penas. Bogotá, Temis. 2006. Pág. 10 y 11.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo... *Ob. Cit.* Pág. 158.

²¹ PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría General. Madrid, Universidad Carlos III. 1999. Pág. 226 y 227.

declaraciones de derechos fundamentales y se completa y complementa con los principios de igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. La libertad sigue estando conectada con la realización de los objetivos de cada individuo, pero ahora la materialización de las finalidades se da en un plano democrático que impone al Estado asegurar un espacio de comunicación e intercambio de razones para la toma de decisiones.

2. La libertad sigue detentando los rasgos de universalidad y generalidad. Es decir, que su ámbito de aplicación abarca a cada uno de los integrantes que conforman la sociedad, es un valor que se predica del hombre, el cual detenta su titularidad. No obstante, no sólo a los individuos se les otorga un espacio de autodeterminación, este también puede ser reconocido a los grupos que éstos conforman, cuando su objetivo persigue la realización de la autonomía e independencia.

3. La libertad puede ser entendida de tres formas diferentes: 1. libertad como no interferencia, cuando se pretende asegurar un espacio de decisión libre; 2. libertad promocional, cuando pretende asegurar necesidades básicas que impiden la materialización de la primera clase de libertad; 3. libertad participación cuando favorece la intervención en los procesos de decisión política. Estas variantes justifican diferentes manifestaciones de derechos: derechos de corte individual, derechos sociales y derechos propios de la democracia representativa y participativa. Obedeciendo al análisis del caso concreto, nos detendremos en el primer tipo de libertad, sin querer ello significar un desconocimiento de los restantes.

2.2. El alcance y contenido de la libertad como valor fundante del ordenamiento jurídico.

La Constitución política en varias de sus disposiciones reconoce que la Libertad en su triple condición de valor, principio y derecho debe ser protegida y respetada tanto por los poderes públicos como por cualquier individuo. Esta premisa se desprende del preámbulo en donde se señala que el Estado colombiano debe propender por asegurar a sus integrantes la libertad dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, y de los los artículos 13 y 28 que consagran el derecho a la libertad, el primero al señalar que *“todas las personas nacen libres e*

iguales ante la ley” y el segundo al preceptuar que *“toda persona es libre”* y no podrá ser molestada en su ámbito personal o familiar.

Como ya se expuso, la libertad es el basamento mismo de la declaración de derechos fundamentales que se consigna en la carta política; cada derecho constituye un ámbito de decisión del individuo y por ende un espacio de no intromisión por parte de otros sujetos públicos o privados²². La libertad, entonces, es un bien primario y en ese sentido sólo puede llegar a ser objeto de limitación si con ello se asegura alguna de sus manifestaciones. Adicionalmente, y de los artículos referenciados, se desprende que la libertad es reconocida como derecho; en el artículo 13 se concibe como una condición inherente al hombre que sólo se garantiza con un trato igualitario y no discriminatorio; en el artículo 28 constituye una garantía de no ser perturbado en los espacios en los que el individuo se desarrolla, así como no ser reducido a prisión sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin la existencia de un motivo previamente determinado por el legislador. Esta connotación pone de presente las dos dimensiones clásicas de todo derecho fundamental: 1. una dimensión de carácter objetivo, que se manifiesta en la obligación de la autoridad pública cuando crea, interpreta y aplica el derecho de tener presente la garantía de libertad reconocida, y; 2. Una dimensión subjetiva, que se traduce en el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace en favor del individuo para que este exija mediante el aparato judicial la protección de su libertad cuando sienta que ha sido vulnerada con la acción u omisión de un sujeto público o privado. Es decir, la consagración de un poder de reacción que garantiza la efectividad del derecho reconocido²³.

Esta forma de concebir la libertad en el ordenamiento jurídico se acompasa con la construcción que ha hecho Rawls, pues para este autor uno de los principios

²² La afirmación de que las diferentes manifestaciones de derechos fundamentales son derivaciones de la libertad, se acompasa con la posición de Hayek, no obstante, su consagración denota espacios en los que se permiten ámbitos de decisión y al ser reconocidos estos ya no pueden ser identificados con el valor abstracto de la libertad. El autor en cuestión ha afirmado: *“...aunque los usos de la libertad son muchos, la libertad es una. Las libertades únicamente aparecen cuando la libertad falta, y son los especiales privilegios y exenciones que grupos e individuos pueden adquirir mientras el resto permanece más o menos esclavizado. Históricamente el camino a la libertad ha conducido a la conquista de especiales libertades. Ahora bien, todo aquello que permite hacer cosas específicas no es libertad, a pesar de designarlo como una libertad; en tanto que la libertad es compatible con la no permisión para hacer cosas específicas, se carece de ella si uno necesita permiso para llevar a cabo la mayor parte de cuanto uno puede hacer. La diferencia entre libertad y libertades es la que existe entre una condición en virtud de la cual se permite todo lo que no está prohibido por las reglas generales y otra en la que se prohíbe todo lo que no está explícitamente permitido.”*

²³ RINCON CORDOBA, Jorge Iván. Las Generaciones.... *Ob. Cit.*

fundamentales de la justicia es precisamente el que “...*toda persona tenga igual derecho a un régimen suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.*” Si esto es así, dentro del Estado se debe garantizar que cada persona tenga la posibilidad de disfrutar de suficiente autonomía para construir su propia existencia en lo que considera una noción de vida buena. A este estadio sólo es posible llegar cuando se reconoce en la sociedad unos mínimos; mínimos en los cuales, aunque suene tautológico, se encuentran precisamente las libertades básicas²⁴.

Utilizando las palabras del profesor Fernández Carrasquilla:

“La libertad es la medida de todo ser humano. En virtud suya, el hombre no está simplemente ubicado, no tan sólo tiene un lugar entre las cosas; el se encuentra situado en el mundo, cuyos contenidos no se le yuxtaponen, sino que lo circundan como una totalidad ambiental, como una parte misma de su ser...” “...el hombre enriquece y ensancha su ser en el mundo, no tanto en la medida en que lo interpreta, sino en la medida que lo transforma...”²⁵”

Hablar de libertad, entonces, conlleva indispensablemente a la construcción misma del concepto de persona, el reconocer que existen en una sociedad diferentes concepciones de vida, las cuales deben ser respetadas si éstas a su vez respetan los límites fijados por el ordenamiento jurídico. Esta afirmación, coloca en la actualidad algo que ya se había expuesto en el bosquejo histórico que precede, la libertad no es absoluta y por ende las manifestaciones que de ella son reconocidas están destinadas a colisionar, por esto el mayor desafío del Estado actual es precisamente la creación de un sistema en el que éstas encajen. En otros términos, las libertades requieren de regulación, pues sólo de este modo es posible su adaptación a las necesidades sociales y por ende se asegura su durabilidad. Esta realidad es constatable toda vez que los derechos fundamentales son un producto histórico y con cada necesidad nace una pretensión moral y con cada pretensión moral surge la inevitabilidad de positivización mediante nuevas declaraciones constitucionales²⁶; por tanto, si no se acomete la labor de hacer

²⁴ RAWLS, John. Sobre las Libertades. Barcelona, I.C.E. Universidad Autónoma de Barcelona. 1990. Pág. 11 y ss.

²⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Antropología de la libertad. Dialéctica de la Libertad. Tomo II. Bogotá, Ediciones Tercer Mundo. 1979. Pág. 19.

²⁶ Al respecto Fernández Carrasquilla señala: “El hombre, objeto central y postulado básico de la libertad...” “...como todo producto social e ideológico, el derecho (burgués) cumple o cumplió por un buen tiempo una función progresista y revolucionaria, convirtiéndose luego en freno u obstáculo al desarrollo de las fuerzas productivas y, por ende, de la libertad. El Derecho nace fácticamente en

posible su coexistencia con los derechos ya reconocidos, algunas de aquellas garantías consideradas básicas para la libertad pueden ser objeto de sacrificio.

En otros términos, cuando de libertad se habla ésta no *“...debe ser determinada por algo empírico, sensible, exterior a ella, ni siquiera por lo más propio al sujeto, la felicidad personal. Si la libertad es libertad, su determinación debe venir desde ella misma, de suerte que la acción libre sea objeto de la responsabilidad ética de una voluntad autónoma.”*²⁷

La libertad, conlleva reconocer que el hombre es capaz de elegir el sentido de su existencia tanto en el ámbito individual como en el social; empero, pone de presente la importancia de su materialización, la necesidad de la praxis, como quiera que sólo es posible sostener que una persona es libre si ésta practica la libertad, cuando se constata en la realidad, y no sólo en el discurso, la capacidad de decidir entre diferentes alternativas, entre múltiples posibilidades. Y es que hablar de posibilidad se traduce en una condición de incertidumbre, pues *“...aquello que, a pesar de ser futuro e indeterminado, ha de suceder necesariamente, no es posible sino precisamente no posible.”*²⁸ (Negrilla fuera de texto)

Y, es por este motivo, que para algunos autores, aquello que el hombre concibe como mundo no implica una posición de aislamiento sino al contrario de complementariedad en interacción con otros a través del establecimiento constante de relaciones sociales. Empero, esta situación sólo es comprensible cuando confluyen tres elementos: 1. la capacidad de autodeterminación para obrar sin presión externa alguna; 2. una conceptualización lingüística indispensable para comprender el significado y alcance de la libertad de la que se goza, y; 3. una conciencia histórica que sirva como contexto de los diferentes espacios de decisión luchados, reconocidos y alcanzados²⁹.

La libertad como esencia del ser humano contribuye en la creación del concepto de sociedad, y esta particularidad dificulta aún más precisar su definición. En

la dinámica social...” FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Antropología de la Libertad. La Analítica existencia. Tomo I. Bogotá, Ediciones Tercer Mundo. 1979. Pág. 37.

²⁷ HOYOS VASQUEZ, Guillermo. “El problema de la libertad humana en Kant.” En: Ideas y Valores. Bogotá, Universidad Nacional. 1978. Pág. 12.

²⁸ *Ibidem*. Pág. 97.

²⁹ SOBREVILLA, David. *2La Filosofía Alemana Actual*.” En: Ideas y Valores. Bogotá, Universidad Nacional. 1978.

efecto, el hombre se encuentra en cada momento histórico con aquello que “*ha hecho de sí*” y en igual proporción con “*aquello que no ha hecho de sí*”, es decir, se halla con limitaciones que provienen de manera directa del momento en el que existe, momento marcado precisamente por una visión determinada de la libertad. Sin embargo, este proceso no se detiene en ese instante de contemplación, toda vez que el individuo toma conciencia social y la utiliza como un mecanismo de cambio, transforma el concepto de libertad ensanchándolo con el único criterio válido: la delimitación de “*aquello que no puede ser.*”³⁰

Este criterio válido de delimitación se materializa por medio de la regla jurídica, puesto que es el derecho el que precisa el alcance de las libertades para hacer posible la vida social. El derecho encarna la libertad, pero paradójicamente para lograrlo debe regularla y algunas veces utilizar la coerción, sólo de este modo logra salvarla “*...de la arbitraria y desordenada fuerza de la convivencia impacífica e insolidaria. En la medida que la constriñe, la cercena, estorba y destruye; en la medida en que la salva, la inaugura, garantiza, consolida, incrementa y posibilita.*”³¹ Así, en el marco regulatorio, la libertad entraña un derecho fundamental de aspecto negativo: “*...la reserva del poder liberatorio donde no se reconoce, tolera o permite la intervención reguladora del derecho, sea ella justa o injusta, porque en su ámbito la justicia escamotea su sentido y el derecho deviene despotismo: la intimidación de la conciencia, el nido del pensamiento, el núcleo de la individualidad.*”³²

El problema de la libertad en esencia es un problema de poder, tal como sostiene Sánchez Ferriz:

“...la libertad supone la posibilidad de autoexpresión del hombre, tiende a hacerse visible, a actuar en el propio individuo y respecto de los demás; y es entonces cuando fácilmente entra en conflicto con sus amplias aspiraciones. Porque la misma libertad es sentida y buscada por todos, hombres y grupos, que en las zonas de conflicto tratarán de ampliar la propia libertad a costa de la ajena; de ahí que el problema de la libertad sea un problema de poder. Y que la libertad requiera protección jurídica, que suponga la posibilidad de limitar el poder abusivo, el poder irrespetuoso con la dignidad humana.”³³

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.* Pág. 194.

³² *Ibidem.* Pág. 197.

³³ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.* Pág. 44.

Por tanto, como señala Geymonat, el espacio en el cual no es dable interferir al derecho garantiza que el individuo pueda asumir entre diferentes alternativas, pero la elección que este haga requiere de tres elementos: 1. Un estado de cosas del que parte el individuo, es decir el respeto por el orden vigente; 2. Un conjunto de iniciativas que sea compatible con ese estado de cosas, y; 3. Un acto de voluntad a través del cual se opta por una de las alternativas. Bajo estas circunstancias, la libertad entendida por el autor como elección autónoma, significa que el ordenamiento jurídico debe asegurar que se haga sin que factores externos sean determinantes, esto no quiere decir que el individuo no esté sujeto a variadas influencias, lo que sucede es que ninguna de ellas puede suprimir su capacidad de decisión³⁴.

Salta a la vista el carácter jurídico de la libertad, ya que el gran desafío de las sociedades actuales es precisamente la instrumentalización de medios de defensa para que el hombre no tema a otros hombres y menos a los poderes públicos. Cada persona debe estar sometida nada más que a su voluntad y esta posibilidad encuentra su ambiente más propicio en los regímenes democráticos que finalmente son aquellos *"...en que las voluntades individuales ocupan la mayor parte en la adopción de las instituciones estatales. Es así como los límites que las concretas manifestaciones de la libertad hallan en la vida social, resultan ser el fruto de la propia libertad de los ciudadanos."*³⁵

La democracia tiene, entonces, como función principal asegurar la libertad, por lo tanto no se trata de un modelo acabado sino en continua construcción. El campo de aplicación de este sistema es sin lugar a dudas las llamadas normas de convivencia, puesto que si va más allá e *"...invade otros campos, invade por ejemplo el derecho a la vida o a las formas de vida personal, o las creencias, ideas, estimaciones de los ciudadanos, invade campos ajenos a la democracia y deja de ser democracia; puede llegar a convertirse en un instrumento de manipulación, de opresión y de tiranía."*³⁶ El campo de la democracia es así en extremo limitado.

La democracia implica cooperación social, la cual puede definirse utilizando las palabras de Rowls:

³⁴ GEYMONAT, Ludovico. La Libertad. Barcelona, Editorial Crítica. 1991. Pág. 34 y ss.

³⁵ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio... *Ob. Cit.* Pág. 46.

³⁶ HERMIDA DEL LLANO, María Cristina. *"Julian Marias. La democracia como garantía de la libertad personal."* En Revista Cuenta y Razón No. 92. Madrid, Fundes. 1995. Pág. 148 a 152.

“La cooperación social se da siempre para el mutuo beneficio y esto implica incluir dos elementos: el primero es una noción común de lo que es justo en la cooperación que podemos esperar que acepten todos los participantes, a condición de que todos los demás también lo hagan. La idea de una cooperación justa implica una idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que colaboran deben beneficiarse de ello o participar en los esfuerzos comunes de algún modo que resulte apropiado al juzgarse según alguna referencia válida de comparación. Este elemento de la cooperación es lo que yo llamo lo razonable. El otro corresponde a lo racional: se refiere a las ventajas racionales de cada participante, aquello que cada participante intenta impulsar en cuanto individuo. Si bien la noción de justa colaboración social descansa en personas que llegan a un acuerdo sobre la idea de lo que serían unas condiciones equitativas³⁷.”

En este escenario, cualquier clase de limitación que se haga de la libertad, debe tener presente que ésta tiene un presupuesto indiscutible: **la dignidad humana**, característica que confluye con la necesidad de precisar su alcance y ámbito de aplicación mediante la delimitación de zonas de actuación que reflejen las manifestaciones vitales del individuo para que éste decida voluntariamente. Si esto es así, la otra cara de la moneda es el establecimiento de responsabilidades dado que los juicios de un hombre expresan precisamente su personalidad moral y por ello debe asumir las consecuencias del cómo ejerce sus capacidades racionales en relación consigo mismo y con los demás³⁸.

Por esta razón Hayek define la libertad como aquella condición de los hombres por la que la coacción que algunos ejercen sobre los demás se reduce al mínimo. Noción indispensable para entender el papel del Estado, toda vez que éste se identifica con el poder político, es decir, con el poder de ejercer la coacción. De tal manera que, la principal función de las autoridades consiste precisamente en evitar que un hombre use la fuerza para obligar a otros a servir su voluntad mediante la amenaza de hacerles daño, limitando de este modo su capacidad de elegir. Sólo el poder público puede asegurar en la sociedad que un tercero no reduzca los ámbitos de actuación del individuo, es más, este objetivo lo alcanza mediante advertencias de castigo.

³⁷ ROWLS, John. *“La libertades fundamentales y su prioridad.”* En: Libertad, igualdad y Derecho. Barcelona, Ariel. 1988. Pág. 21.

³⁸ FRIED, Charles. *“¿Es posible la libertad?”* En: Libertad, igualdad y Derecho. Barcelona, Ariel. 1988.

La represión ejercida por el poder público como mecanismo para asegurar la libertad es mínima, y como sostiene la doctrina, debe caracterizarse por ser “básica”, esto es, comprender contenidos que deben ser constantes para garantizar la estabilidad de la sociedad. Sin embargo, como el hombre es un ser histórico lo es también el alcance de su libertad, de manera que muchos de los elementos objeto de coacción pueden aparecer y desaparecer con los cambios que arroja la sociedad. Si en un momento determinado algún elemento sobra, por no ser indispensable para la convivencia pacífica, se convierte en “represión sobrante”, o sea, aquella que no es necesaria para alcanzar el objetivo de la coexistencia armónica, por ello se considera arbitraria³⁹.

Es la diferencia que Dworking realiza, al analizar la obra de Mill, entre libertad como licencia y libertad como independencia. En la primera, nos encontramos con aquel grado en el que la persona no está sujeta a ninguna restricción social o jurídica para hacer lo que desee, por tanto no hace distinción alguna entre formas de comportarse; mientras que en la segunda, el individuo aparece subordinado. Por tanto, la ley cumple un papel de reducción de la libertad como licencia y la discusión se traslada a un campo distinto: lo importante no es determinar si la ley disminuye el ámbito de acción (toda vez que la ley es un compromiso para asegurar la libertad) sino si dicha disminución resulta justificable para garantizar un valor concurrente como la igualdad, la seguridad pública, entre otros. Por esto, el autor señala que *“..Las leyes que reconocen y protegen intereses comunes, como las leyes en contra de la violencia y del monopolio, no son insultantes para ninguna clase o individuo, pero las leyes que restringen a un hombre sin otro fundamento distinto a que es incompetente para decidir lo que está bien para él, le infligen un profundo insulto. Lo subordinan intelectual y moralmente a los conformistas que forman la mayoría y le niegan la independencia a la cual tienen derecho.”*⁴⁰

Por último, hablar de libertad, implica la existencia de un sistema distributivo sin que ello conlleve el desconocer la existencia de derechos privados. Es decir, que aunque se hable de individuo esto no conduce a concluir que los actos de un hombre puedan realizarse sin tener en cuenta otras personas, *pues el éxito de*

³⁹ CHAMORRO, Alberto. *“Algunas reflexiones sobre la libertad, la represión y la muerte.”* En: Gaceta Médica. Bilbao, 2009.

⁴⁰ DWORKING, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona, Ariel. 1989. Pág. 376-377.

sus semejantes no le resulta indiferente a menos que niegue la dignidad moral de sus propios proyectos y su libertad para alcanzarlos. Esta verdad precisa la identificación de cual es el espacio de decisión de cada quien, de cuáles son los intereses dignos de protección en un ordenamiento jurídico y de las conductas contra los que están protegidos. Se habla en este aspecto de una “teoría del derecho del agravio” en donde “hay un sistema de derechos de propiedad, incluyendo claro está, los derechos de la integridad de nuestra propia persona física. Cualquiera que atente contra esos derechos está obligado prima facie a compensar a la parte ofendida”, para de esta manera asegurar una justicia de carácter correctivo⁴¹.

Al respecto Hayek sostiene:

“...la libertad no significa que el individuo tiene la oportunidad y responsabilidad de la elección, sino también que debe soportar las consecuencias de sus acciones y recibir las alabanzas o censuras de ellas. La libertad y la responsabilidad son inseparables. Una sociedad libre no funcionará ni perdurará a menos que los miembros consideren como derecho que cada individuo ocupe la posición que se deduzca de sus acciones y la acepte como resultado de sus propios merecimientos⁴²”

Vistas así las cosas, en este discurso genérico de la libertad debe enmarcarse el alcance y contenido de una de sus manifestaciones más importantes: la libertad personal. De igual manera, también la construcción realizada sirve para determinar hasta donde puede este derecho ser limitado, o lo que es igual, cuales restricciones se consideran válidas en un sistema democrático. Antes de proceder al desarrollo de estos aspectos, es indispensable una precisión: el *ius puniendi* del Estado aún cuando necesario para garantizar la convivencia pacífica nunca puede afectar, ni en la determinación de los preceptos de conducta ni en la fase de aplicación de las normas, el núcleo esencial de la libertad personal, esto es, no puede suprimir el derecho, desnaturalizarlo o desproveerlo de instrumentos que aseguren su protección judicial y que garanticen una reparación de los perjuicios causados en aquellos casos en los que la actividad de las autoridades públicas generen un daño antijurídico.

2.3. La detención preventiva como límite de la libertad personal.

⁴¹ FRIED, Charles... *Ob. Cit.* Pág. 117.

⁴² HAYEK, Friedrich A.... *Ob. Cit.* 105.

El derecho a la libertad personal se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que preceptúa:

“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 horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.” (Subraya fuera de texto).

El derecho regulado en la disposición transcrita representa una de las facetas de la libertad, entendida ésta, según quedó indicado en líneas precedentes, como el bien jurídico máspreciado del hombre. No se trata de una garantía carente de importancia pues de ella depende el ejercicio de otros derechos, por eso puede asignársele los calificativos de principal e instrumental. Como puede observarse, se caracteriza por ser un derecho que posee una connotación física, toda vez que su objetivo es proteger al individuo de una detención que no encuentre justificación en el ordenamiento jurídico y que por lo tanto afecte la cualidad genérica de libre actuación que le es consustancial. Por lo tanto, se busca tener una certeza: la existencia de capacidad de reacción contra una agresión externa que afecta la propia disposición⁴³.

El contenido del derecho se confunde con la forma en que el mismo se protege, en el cómo se regula el hecho de la detención, las garantías que deben acompañar la utilización de ésta medida, y las posibilidades de oposición en cabeza del individuo que se ve afectado con la determinación del Estado. Por eso, le asiste razón a la doctrina al afirmar que la única manera de desentrañar el contenido del derecho a la libertad personal es analizándolo desde su vertiente negativa⁴⁴. En otras palabras, como parte integrante de aquel espacio en el que la injerencia del poder público debe ser mínima y estrictamente necesaria.

El carácter estrictamente necesario de la restricción del derecho es un reflejo del avance que los sistemas penales han tenido en las democracias occidentales,

⁴³ Cfr. BELDA PÉREZ – PEDRERO, Enrique. *“El Derecho a la libertad y a la seguridad personal.”* En: Parlamento y Constitución. Anuario No.3. 1999.

⁴⁴ *Ibidem*.

especialmente del cambio que implicó para la libertad personal el principio de división de poderes, porque al confiar a los jueces las detenciones, se aseguraba que el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico estuviera en cabeza de autoridades no sólo imparciales sino independientes de la rama ejecutiva⁴⁵. Se garantiza así, que la valoración de los supuestos que pueden dar lugar a una privación de la libertad se encuentren plenamente justificados, pues la ausencia de razones o la presencia de motivaciones insuficientes genera la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, para comprender el alcance de la libertad personal es necesario precisar dos cosas: su titularidad y su contenido esencial. Respecto del primer elemento, puede señalarse que este derecho se atribuye directamente a personas físicas (no se debe olvidar su carácter corporal), como quiera que se antepone a condenas, detenciones e internamientos que resultan injustos y arbitrarios. Aunque la titularidad siempre este presente, el carácter reactivo que es intrínseco al derecho puede ocasionar que ésta no tenga que manifestarse nunca en la vida de un individuo, y ello es posible si éste no ha sido objeto de agresión alguna por parte de los poderes públicos. Por tanto, en aquellos casos en los cuales se cumplan los presupuestos exigidos constitucional y legalmente para proceder a la privación de la libertad no se disfruta del derecho porque en este supuesto el ejercicio del *ius puniendi del estado es estrictamente necesario* y se acompasa con el carácter no absoluto de la libertad⁴⁶.

En cuanto a su contenido esencial, este puede entenderse en los eventos en que la libertad decae por la intervención de la autoridad pública cuando esta no tiene “...*causa para accionar contra ella.*” De modo tal que, al ser su intervención injusta o ilegal, “...*se genera unos mecanismos para la restitución del bien protegido*”⁴⁷. De ahí que pueda afirmarse que la detención preventiva también conforma el derecho, ya que a través de su regulación y, especialmente, mediante la fijación de las causas por las cuales procede, se fija un límite a la actuación del individuo, porque si su comportamiento se encuentra previamente tipificado y afecta o perturba los derechos de otros en un grado tal que impida su libre desarrollo, se activa el poder de coerción del Estado y se puede generar como respuesta una restricción que afecte la capacidad de movilidad física o geográfica del individuo.

⁴⁵ Cfr. SERRANO ESCOBAR, Luis Guillermo. Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley. 2005.

⁴⁶ BELDA PÉREZ – PEDRERO, Enrique... *Ob. Cit.*

⁴⁷ *Ibidem.*

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

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

2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida.

3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva⁴⁸.

4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización.

5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros.

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

7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de

⁴⁸ *Ibidem*.

proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar.

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

Si esto es así, ¿cual será el fundamento de la detención preventiva? Respecto de este punto, la doctrina ha señalado dos respuestas: de un lado, se busca una administración de justicia eficiente, que asegure la obtención de resultados concretos ante la ciudadanía en cuanto a la persecución del delito; del otro, se señala que se trata de una verdadera pena, porque conlleva la alteración de un derecho, la producción de un sufrimiento a un individuo como si se tratara de un condenado. Se señalan así dos agravantes: 1. al no sustentarse la detención preventiva en pruebas definitivas que sean indicativas de la responsabilidad, las posibilidades de error se incrementan y su carácter injustificado se hace latente; 2. al no existir condena, no es posible hablar de vulneración al principio de presunción de inocencia⁴⁹.

Así, el cuestionamiento que debe hacerse es el de cómo mantener un equilibrio entre los dos fundamentos expuestos en un Estado Social de Derecho, si sólo se opta por el eficientismo, se desconoce la libertad como valor y principio fundante de la democracia, se exagera la importancia del interés estatal y se da un acercamiento peligroso a un régimen de carácter totalitario⁵⁰. Y es precisamente esta necesidad de ponderación la que posibilita la implantación de mecanismos resarcitorios cuando la actividad del Estado se ha desplegado afectando el interés subjetivo de un individuo, restringiendo su capacidad de autodeterminación y limitando sus opciones de movilidad, para después hacer un pronunciamiento exonerándolo de responsabilidad. Esta declaración no es suficiente frente al derecho a la libertad personal y por ello deben operar mecanismos indemnizatorios toda vez que el daño ya se ha infligido, es imputable

⁴⁹ Cfr. GUZMÁN FLUJA, Vicente. El derecho a la indemnización por el funcionamiento de la Administración de justicia. Valencia, Tirant lo Blanch. 1994.

⁵⁰ *Ibidem*.

jurídicamente a la administración de justicia y el sujeto que lo sufrió no tenía el deber jurídico de soportarlo.

Argumentación que se aplica perfectamente al caso objeto de estudio, porque la absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, se traduce en una falla del servicio. Por consiguiente, al demandante en este evento, le corresponde demostrar en el proceso contencioso administrativo de reparación, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

Arribar a una conclusión diferente implica desconocer el carácter reactivo del derecho a la libertad personal, y el Estado se convertiría para los ciudadanos en aquel falso ídolo del que hablaba Zaratustra, en un *monstruo que miente abiertamente porque en el plano formal garantiza un derecho mientras que en el plano de los hechos lo desconoce abiertamente, porque crea una situación de incertidumbre en un escenario en el que la capacidad de libre autodeterminación del individuo debe prevalecer, desvirtuándose el modelo en el que los derechos reconocidos no se corresponden con las garantías que aseguran su efectividad.*

3. Valoración probatoria y conclusiones

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso de la referencia, se puede concluir lo siguiente:

3.1. Se encuentra acreditado el daño padecido por Rogelio Aguirre López y sus familiares, como quiera que el primero estuvo privado de la libertad durante el período comprendido entre el 6 de octubre de 1994 y el 4 de octubre de 1995. Y, si bien en el expediente no obran los documentos de diligenciamiento de captura y la boleta de libertad, de las demás pruebas que integran el acervo probatorio es posible inferir que la captura de Aguirre López se produjo en la madrugada del 6 de octubre de 1994, y que la privación de la libertad cesó el 4 de octubre de 1995, fecha en la que se profirió la providencia de segunda instancia que lo absolvió de todos los cargos de los que se le acusaba.

3.2. Ahora bien, constatada la existencia del daño antijurídico, esto es, la lesión, afectación o aminoración a un derecho, bien o interés legítimo que la persona no

estaba obligada a soportar, aborda la Sala el estudio de la imputación con miras a establecer si el Estado es responsable patrimonialmente de las consecuencias que se desprenden de aquél.

En el caso concreto, al sindicado se le impuso una medida de aseguramiento en cuanto se le sindicaba del delito de conformación de grupos armados ilegales. No obstante, en la acusación, el Fiscal del caso precluyó la investigación respecto de este delito, pero acusó a Rogelio Aguirre López de los siguientes punibles: i) lesiones personales a servidor público; ii) homicidio agravado y iii) porte ilegal de armas y municiones de defensa personal, todos en concurso.

Apelada la anterior decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional absolvió al sindicado y ordenó su inmediata liberación, y para arribar a esta conclusión examinó de manera específica cada conducta punible para concluir, en síntesis, lo siguiente: i) en relación con la muerte de la señora María Antonia Castaño, se determinó que el sindicado no cometió el hecho, ya que para el momento en que disparó, las lesiones a esta última ya se habían producido, y ii) respecto de los delitos de lesiones personales a servidores públicos y porte ilegal de armas, la determinó que el señor Rogelio Aguirre López actuó en estado de necesidad y, por lo tanto, operaba la causal eximente de responsabilidad penal contenida en el numeral 4 del artículo 29 del Decreto 100 de 1980.

3.3. Así las cosas, en el caso *sub examine*, concurren dos circunstancias que conllevaron a que se declarara la preclusión de la investigación a favor de Rogelio Aguirre, consistente la primera en que el sindicado no cometió el delito de homicidio agravado que se le endilgaba y, la segunda, que a la hora de portar un arma particular sin el correspondiente salvoconducto y ocasionar las lesiones a algunos de los funcionarios públicos que practicaron el allanamiento, actuó en estado de necesidad, lo que excluía la antijuricidad en esos dos comportamientos y, por lo tanto, no se configuraba uno de los elementos para que la conducta fuera catalogada como delito⁵¹.

En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos

⁵¹ Es así como: "en todo caso no pertenecer al tipo legal la circunstancia de que la acción infringe, en su conjunto, el orden jurídico." CÓRDOBA Roda, Juan "El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito", Ed. Bosch, 1962, pág. 46 y 47.

de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por un lado, la absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, la preclusión de la investigación respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran encontrado tipificados y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991.

3.4. Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada “jurisdicción regional o especializada”.

El hecho de que sea la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, quien haya señalado que a Rogelio Aguirre se le violaron las garantías elementales, es suficientemente indicativo de que el proceso penal que se le siguió, configuró en general, una grosera y flagrante falla del servicio que se evidencia en el quebrantamiento de los parámetros establecidos en la ley procesal penal. Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como “el error craso”, teoría a partir de la cual se permite inferir una falla del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante.

En efecto, de la valoración probatoria adelantada por la Fiscalía en la segunda instancia se concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente: que el operativo de allanamiento fue mal planificado; que no se permitió que el propietario de la casa donde se iba a practicar la diligencia pudiera apreciar la orden judicial que decretaba la diligencia y que identificaba a los agentes públicos; el funcionario que primero ingresó al domicilio de la familia Aguirre Castaño lo hizo de manera violenta y sin el cumplimiento de los estándares mínimos de respeto por la dignidad de los residentes del inmueble; el proceso se fundamentó en pruebas prefabricadas y testigos sin rostro que ni siquiera se encontraban en el lugar para el momento de los hechos.

Como se aprecia, el sindicado estuvo privado de manera injusta y arbitraria de la libertad casi por un año, aunado al hecho de que fue acusado de manera siniestra del homicidio de su propia esposa, y de unas lesiones personales que fueron el producto de un estado de necesidad a la hora de proteger la vida e integridad de su núcleo familiar, circunstancia esta última que se infiere de la forma como fue trasladado el cuerpo sin vida de la señora María Antonia Castaño antes de que se pudiera llevar a cabo el levantamiento del cadáver, con la supuesta excusa de que el lugar revestía una especial peligrosidad. Es decir, los agentes públicos impidieron adelantar la diligencia de levantamiento de cadáver en el lugar de los hechos y, por tal motivo, al proceso penal nunca se allegó prueba técnica que permitiera establecer cuál fue el arma homicida, lo que refleja en el trasfondo la *mise en scène* o tinglado de farsa que montaron los funcionarios del DAS y judiciales para encubrir la verdad de lo ocurrido y, de paso, incriminar al esposo de la occisa en los execrables sucesos, circunstancia que refleja no sólo el error por la Fiscalía sino, de paso, la ignominia de la acusación.

El oscuro panorama que recayó sobre Rogelio Aguirre López fue descrito por el Fiscal de segunda instancia de la siguiente forma:

“Y lo que realmente resulta desmoralizante: la Fiscalía General de la Nación aparece en un maridaje vulgar, dañado y punible avalando la situación manteniendo al viudo en la cárcel durante un año (su hogar destruido, sus hijos al garete) y acusándolo en una kilométrica providencia donde sobran las repeticiones y la falta de justicia y el sentido común.”

Para la Sala la propia manifestación de la Fiscalía General de la Nación, contenida

en la providencia de segunda instancia que precluyó la investigación contra Rogelio Aguirre, es la que ilustra la existencia de un error craso que no hace otra cosa que poner de presente *prima facie*, la injusticia y arbitrariedad con que se abrió y tramitó el proceso penal.

En efecto, esta Sala comparte la preocupación y los sentimientos expuestos por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, como quiera que en pleno siglo XX un Fiscal prevalido de su anonimato, sometió a un ciudadano a un escenario propio del proceso Kafkiano, en donde los razonamientos que fundamentaron la providencia no son diferentes a los que en otros tiempos fueron aducidos en la inquisición, o por la escuela italiana del peligrosismo o antropología criminal, expuesta por Enrico Ferri y Cesare Lombroso. En grado sumo llama la atención de esta Sala que el Fiscal de primera instancia haya empleado, para estructurar la acusación, expresiones como “la peligrosidad del sector”, “la peligrosidad del sujeto”, “los tatuajes y su apariencia física del sindicado”, manifestaciones que reflejan de manera palmaria el desconocimiento supino de las garantías procesales y sustanciales mínimas del investigado.

3.5. La anterior detención configuró, sin duda alguna, una grave violación al derecho a la libertad personal contenido en el artículo 13 de la Constitución Política y en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia a través de la ley 16 de 1976, disposición esta última que preceptúa:

“Artículo 7°. Derecho a la libertad personal

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

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

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

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

“5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer

funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

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

“7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”

En relación con el contenido y alcance de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

“47. Esta disposición contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). **En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que - aún calificados de legales - puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.**”⁵² (Negrillas adicionales).

En el caso concreto, al margen de que al ciudadano Aguirre López se le haya impuesto una medida de aseguramiento, proferida en principio, con arreglo a las disposiciones legales, esa circunstancia no permite albergar hesitación alguna respecto a que el proceso penal fue amañado, sustentado en testigos sin rostro y en las declaraciones de los propios agentes armados que intervinieron en el operativo nefasto que terminó con la muerte de María Antonia Castaño en su propio hogar y delante de sus hijos.

⁵² Corte I.D.H., Caso Gangaram Panday, Sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C No. 16, párrs. 45-47.

En ese orden de ideas, la Sala acoge las conclusiones desarrolladas por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, superior jerárquico del funcionario judicial que decretó la privación de la libertad del señor Aguirre López y, por consiguiente, declarará la falla del servicio por encontrarse acreditada.

En consecuencia, las circunstancias fácticas descritas desconocieron otros derechos de Rogelio Aguirre López y de su núcleo familiar, como la honra y dignidad al haber sido acusado de ser el autor material de la muerte de su cónyuge, así como la inviolabilidad del domicilio, la protección a la familia y los derechos de los niños, garantías todas contenidas en los artículos 15, 21, 42 y 44 de la Constitución Política, respectivamente, y que tienen un referente internacional en los artículos 11, 17, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según lo expuesto, no se puede desconocer que la privación de la libertad del ciudadano Aguirre López fue el producto de la connivencia entre un grupo de agentes del DAS y la Fiscalía General de la Nación, en donde un Fiscal Regional de Medellín, prevalido de su condición de agente judicial “sin rostro”, acusó a Rogelio Aguirre López de varios delitos que no cometió, incluido el señalamiento protervo de haber sido el autor material de la muerte de su cónyuge. Es precisamente esta la circunstancia que evidencia la falla del servicio, pues, los agentes públicos bajo el argumento de la peligrosidad del sector sometieron a la familia Aguirre Castaño a toda clase de vejámenes para luego, de manera aparentemente coonestada con la Fiscalía incriminar a Rogelio Aguirre López.

Expuestos los anteriores planteamientos, se torna en apodíctica verdad que la Fiscalía General de la Nación, al privar de la libertad a Rogelio Aguirre López ignoró no sólo el ordenamiento jurídico interno, sino que, desde la perspectiva internacional, desencadenó diversas vulneraciones a la normatividad sobre los derechos humanos (DDHH), lo que claramente significa un grave desconocimiento al principio de dignidad humana y al derecho fundamental de la libertad.

En efecto, la dignidad humana entendida como eje central de los derechos y garantías fundamentales del ser humano fue inicialmente definida por Samuel Pufendorf, cuyas orientaciones sirvieron de fundamento para la elaboración de la Declaración de Derechos Norteamericana (*Bill of Rights* - 1791) y, con posterioridad, para la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), así

como a la formulación de la teoría de la libertad de John Wise, cuyo propósito principal consistió en difundir las ideas de sociabilidad de la dignidad humana y de la democracia, puesto que en criterio de este último: “la facultad de la libertad moral eleva al hombre del reino animal y le presta su dignidad humana. A la libertad interna responde la externa como persona, de acuerdo con la cual todo hombre se halla, por naturaleza, exclusivamente bajo su propio poder y dirección, y posee la prerrogativa de juzgar por sí mismo qué es lo mejor para sus intereses, su felicidad y su bienestar... El fin último del Estado es el cuidado de la Humanidad, y el fomento de la felicidad de todos y cada uno de sus derechos, su vida, su libertad, su honor, etc., sin que nadie padezca injusticia o denigración.”⁵³

Al respecto, vale la pena extraer brevemente una parte de ese sobresaliente pensamiento:

“Ya en el mero nombre de hombre hay una dignidad. Y como esta corresponde en igual medida a todos los hombres, todo hombre es también igual a los otros por naturaleza. Esta igualdad “natural” no es una igualdad de fuerzas, como pensaba Hobbes, sino una igualdad en el Derecho, cuyo fundamento se halla en el deber de sociabilidad que une igualmente a todos los hombres, ya que está dado con la naturaleza humana como tal...”⁵⁴

Con posterioridad, el concepto fue expuesto por Emmanuel Kant, en “La metafísica de las costumbres”, donde desarrolló el contenido del principio de la dignidad humana universal, en los siguientes términos:

“Ahora yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, *existe como fin en sí mismo, no sólo como medio* para usos cualesquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre *al mismo tiempo como fin*. Todos los objetos de las inclinaciones tienen sólo un valor condicionado, pues si no hubiera inclinaciones y necesidades fundadas sobre las inclinaciones, su objeto carecería de valor. Pero las inclinaciones mismas, como fuentes de las necesidades, están tan lejos de tener un valor absoluto para deseárselas, que más bien debe ser el deseo general de todo ser racional el librarse enteramente de ellas. Así, pues, el valor de todos los objetos que podemos *obtener* por medio de nuestras acciones es siempre condicionado. Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los

⁵³ Cf. WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 147.

⁵⁴ PUFENDORF, Samuel “*De jure naturae et gentium*”, citado por WELZEL, Hans “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Ed. Aguilar, pág. 145.

seres racionales llámanse *personas* porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho (y es un objeto del respeto). Éstos no son, pues, meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor *para nosotros*, sino que son *fines objetivos*, esto es, cosas cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal, que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir de medios, porque sin esto no hubiera posibilidad de hallar en parte alguna nada *con valor absoluto*; mas si todo valor fuere condicionado y, por tanto, contingente, no podría encontrarse para la razón ningún principio práctico supremo.

“(…) Si, pues, ha de haber un principio práctico supremo y un imperativo categórico con respecto a la voluntad humana, habrá de ser tal, que por la representación de lo que es fin para todos necesariamente, porque es *fin en sí mismo*, constituya un principio *objetivo* de la voluntad y, por tanto, pueda servir de ley práctica universal. El fundamento de este principio es: *la naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. Así se representa necesariamente el hombre su propia existencia, y en ese respecto es ella un principio *subjetivo* de las acciones humanas. Así se representa, empero, también todo ser racional su existencia, a consecuencia del mismo fundamento racional, que para mí vale⁵⁵; es, pues, al mismo tiempo un principio *objetivo*, del cual, como fundamento práctico supremo, han de poder derivarse todas las leyes de la voluntad. El imperativo práctico será, pues, como sigue: *obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*. Vamos a ver si esto puede llevarse a cabo.

“(…) En el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*, en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad.

“Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un *precio comercial*, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un *precio de afecto*; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, *dignidad*.”⁵⁶

Por consiguiente, fue el principio de dignidad humana el que se desconoció en el caso concreto, entendido éste como el núcleo natural, histórico y ético de los derechos fundamentales, en tanto, el mismo encuentra su existencia en la propia

⁵⁵ Nota de pie original. “Esta proposición la presento ahora como un postulado. En el último capítulo se hallarán sus fundamentos. (N. del A.)”

⁵⁶ KANT, Emmanuel “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”, trad. Manuel García Morentes. Libro virtual que se puede consultar en la siguiente dirección: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01362842104592728687891/index.htm>

naturaleza racional de la humanidad, lo que permite, en términos del filósofo de Königsberg, fijar imperativos categóricos que no pueden ser soslayados en los que el hombre sea visto como un medio o instrumento para alcanzar un fin, puesto que esta circunstancia desconoce que el ser humano siempre será un fin en sí mismo y, por lo tanto, las garantías que se desprenden de esa máxima revisten la connotación de inviolabilidad, inderogabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada y, en su lugar, declarará responsable extracontractualmente a la entidad demandada de los perjuicios ocasionados a los demandantes. Además, se decretarán medidas de justicia restaurativa o correctiva, encaminadas a reparar el daño irrogado, ya que en el caso concreto se vulneraron de manera grave los derechos humanos de Rogelio Aguirre López y de su núcleo familiar.

4. Liquidación de perjuicios

Los demandantes, en el marco contenido y extremos fijados en la demanda, solicitaron se accediera a los siguientes perjuicios:

4.1. Morales:

Se deprecaron, por este concepto, 2.000 gramos de oro fino para Rogelio Aguirre López y para Julia Rosa López, así como 1.000 gramos de oro para Maricela, Andrés, Roel, Yesenia, Olga, Nancy y Carolina Aguirre Castaño; Gerardo, Octavio y José Darío Aguirre López.

Conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha precisado, por el contrario, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado⁵⁷.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

En el presente caso, se decretarán perjuicios morales tasados en salarios mínimos legales mensuales para los demandantes⁵⁸, excepto para Carolina Andrea Aguirre López, quien como se indicó en los antecedentes de esta providencia no otorgó poder y, por consiguiente, no es posible decretar reparación a su favor precisamente por no ser parte en el proceso.

Ahora bien, en la demanda se solicitó a título de perjuicio moral unas sumas que superan el valor de 1.000 gramos de oro; en esas condiciones, habrá lugar a reconocer, por este concepto y con fundamento en el arbitrio judicial, las sumas de dinero establecidas en el cuadro señalado a continuación, para cada uno de los actores, con la salvedad de que la Sala, en el caso concreto, encontró acreditada una grave y significativa violación a los derechos humanos de Rogelio Aguirre López:

ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ	150 SMMLV
JULIA ROSA LÓPEZ	60 SMMLV
MARICELA AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
OLGA AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
YESENIA AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
ANDRÉS AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
NANCY AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
ROEL AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
GERARDO AGUIRRE LÓPEZ	60 SMMLV
OCTAVIO AGUIRRE LÓPEZ	60 SMMLV
JOSÉ DARÍO AGUIRRE LÓPEZ	60 SMMLV

4.2. Perjuicios materiales:

⁵⁸ “Una razonable aspiración de la sociedad, es que – como retribución por su obediencia a las leyes, de su sometimiento pacífico a las decisiones jurisdiccionales, de su profundo respeto a la dignidad de quienes ejercen el apostolado de la justicia – se le garantice que sus derechos no podrán ser conculcados, ni por ignorancia, ni por negligencia, ni por arbitrariedad del poder público. Allí reposa el germen de la paz social, la suprema virtud de un auténtico ordenamiento jurídico. Y cuando estos principios se olvidan, empiezan los síntomas del despotismo y la tiranía.” LONDOÑO Jiménez, Hernando “De la captura a la excarcelación”, Ed. Temis, 1974, Pág. 196 y 197.

4.2.1. A título de daño emergente, se solicitó en la demanda el pago de \$2.000.000,00, por concepto de honorarios de abogado.

La Sala denegará esta pretensión por cuanto no obra en el proceso prueba que acredite la erogación a que hace referencia la parte demandante.

4.2.2. De otra parte, por concepto de lucro cesante, se liquidará el período consolidado comprendido entre el 6 de octubre de 1994 y el 4 de junio de 1996, es decir, teniendo en cuenta no sólo el tiempo que estuvo privado de la libertad sino también el lapso que, según las estadísticas, una persona requiere en Colombia para conseguir trabajo luego de haber obtenido su libertad, o acondicionarse en una actividad laboral.

En efecto, acerca del período a liquidar en eventos de privación injusta de la libertad, la Sala ha sostenido:

“En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)⁵⁹.”⁶⁰

Por lo tanto, si bien Rogelio Aguirre López estuvo privado de la libertad hasta el 4 de octubre de 1995, lo cierto es que según los parámetros jurisprudenciales a este período es necesario sumarle el tiempo en que, según los datos oficiales, una persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel.

De otro lado, y como quiera que en el proceso no se acreditó el salario base de la liquidación, la Sala aplicará las reglas de la experiencia y, por consiguiente, liquidará el lucro cesante teniendo en cuenta el salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de los hechos, actualizado a valor presente, siempre y cuando sea mayor que el salario mínimo mensual legal vigente, ya que, en caso contrario, se empleará este último.

⁵⁹ Cfr. URIBE G., José Ignacio y GÓMEZ R., Lina Maritza, «Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003», en *Serie Documentos Laborales y Ocupacionales*, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Así las cosas, se dará aplicación a la fórmula que se presenta a continuación, tomando como índice inicial el correspondiente al de octubre de 1994, y como índice final, el vigente a la fecha de esta providencia:

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

$$Ra = Rh (\$98.700,00) \frac{\text{índice final} - \text{septiembre/2009 (102,12)}}{\text{índice inicial} - \text{octubre/94 (25,48)}} = \$395.574,00$$

Toda vez que el valor actualizado es inferior al salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de esta providencia, se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma, previo incremento del 25 / por concepto del correspondiente factor prestacional, lo que determina un ingreso base de liquidación de: **\$643.750,00**

Para la liquidación del período consolidado, se aplicará la fórmula matemático – actuarial utilizada por la jurisprudencia. La misma se expresa en los siguientes términos, donde “i” es una constante y “n” corresponde al número de meses transcurridos desde la fecha de los hechos hasta la fecha el 4 de junio de 1996:

$$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

$$S = \$643.750,00 \frac{(1+0.004867)^{19,28} - 1}{0.004867}$$

S = \$12.979.407.00

4.3. Medidas de justicia restaurativa o correctiva

Como se precisó, el daño antijurídico considerado como lesión de un derecho, bien o interés legítimo supone la alteración o afectación de un estado de cosas que impacta de manera negativa la esfera interna y externa de la persona que lo padece y, por consiguiente, no sólo comprende la órbita patrimonial.

Así las cosas, el principal objetivo del derecho de daños consiste en reparar integralmente la afectación padecida por la persona en su vida, integridad o bienes, razón por la que a la hora de valorar la misma es necesario establecer e identificar si es posible que opere la *restitutio in integrum* y, de ser factible, adoptar las medidas deprecadas en la demanda –o que, dependiendo del caso concreto puedan ser decretadas de oficio por el juez– tendientes a que se restablezca el *statu quo* o estado de cosas anterior a su producción. Es decir, llevar a la víctima de un daño antijurídico a un estado como si no se hubiera producido, o en otros términos remover los efectos negativos que el mismo desencadena.

Sobre el particular, la Corte Permanente de Justicia Internacional (ONU), acerca del concepto de reparación integral, puntualizó:

“Constituye un principio del derecho internacional que la infracción de un compromiso entraña la obligación de reparación en forma debida. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable del incumplimiento de una convención y no es necesario expresar esto en la propia convención. Las diferencias relativas a la reparación, que puedan obedecer al incumplimiento de una convención, son en consecuencia diferencias relativas a su aplicación.

“(…) El principio esencial que consagra el concepto real de hecho ilícito (principio que parece establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de los tribunales arbitrales) es que la reparación debe, en toda la medida de lo posible, hacer desaparecer las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido el hecho.”⁶¹

No obstante, si lo anterior deviene imposible en términos materiales, resulta imprescindible establecer cuál es la magnitud del daño antijurídico y qué medidas de reparación pueden ser decretadas para resarcir las consecuencias de aquél, como por ejemplo la indemnización por equivalente. Así las cosas, la reparación

⁶¹ Corte Permanente de Justicia Internacional, caso *Factory of Chorzów*, Merits, 1928, Series A, No. 17, Pág. 47. Citada por CRAWFORD, James “Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional del Estado”, Ed. Dykinson, Pág. 245.

no se asimila a indemnización, ya que esta última constituye uno de los varios componentes que integran a la primera y, por ende, la relación que existe entre uno y otro concepto es de género y especie, motivo por el cual el daño antijurídico desde el paradigma actual de la reparación desborda el que impone el concepto de patrimonio.

La Sala ha delimitado el principio de reparación integral, así como su contenido y alcance frente a otros principios de índole procesal, en los siguientes términos⁶²:

“i) En todo proceso en el que se juzgue la responsabilidad patrimonial del Estado, será posible deprecar medidas de reparación integral, con miras a que se restablezca el *statu quo* preexistente a la producción del daño.

“En consecuencia, siempre será posible que en las demandas de reparación directa los demandantes formulen pretensiones dirigidas o encaminadas a la reparación *in integrum* del perjuicio, incluso reparaciones *in natura*. No obstante, en estos supuestos, el juez estará siempre vinculado por el principio de *congruencia procesal* y de la *no reformatio in pejus*.

“ii) Cuando se trate de **graves violaciones a derechos humanos, el juez cuenta con la facultad de decretar todo tipo de medidas de justicia restaurativa (correctiva), encaminadas a la satisfacción y el restablecimiento del derecho o derechos lesionados**. Así las cosas, en estos eventos, el juez de lo contencioso administrativo no puede estar limitado, en modo alguno, por los principios procesales antes mencionados, puesto que constituye un imperativo categórico que prevalece sobre las citadas garantías, el hecho de garantizar una reparación integral del perjuicio.

“Este importante avance de la jurisprudencia nacional, ha sido reconocido expresamente en un reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al puntualizar:

“(…) El Tribunal reconoce tales esfuerzos efectuados por Colombia en cuanto a su deber de reparar y los valora positivamente. Asimismo, el Tribunal valora lo señalado por el perito Alier Hernández en la audiencia pública, en el sentido de que el Consejo de Estado ha señalado desde el 2007 que “el resarcimiento económico no es suficiente, [lo cual] abre la posibilidad para las víctimas en sus demandas [en procesos contencioso administrativos] formulen unas peticiones de reparación distintas del simple resarcimiento económico. **La Corte considera que de darse dicho**

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17994. Ver de igual manera: sentencias del 20 de febrero de 2008, exp. 16996 y del 19 de agosto de 2009, exp. 18364.

desarrollo jurisprudencial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana, podría llegar a complementar las otras formas de reparación disponibles en distintas vías jurisdiccionales o de otra índole a nivel interno con el propósito de obtener, en su conjunto, la reparación integral de violaciones de derechos humanos. Al respecto, el Tribunal reitera que una reparación integral y adecuada, en el marco de la Convención, exige medidas de rehabilitación, satisfacción, y garantías de no repetición...

“203. Asimismo, la Corte Observa, tal y como lo ha hecho en otros casos contra el Estado colombiano, que si bien la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de una compensación, las indemnizaciones dispuestas en los procesos contencioso administrativos pueden ser consideradas al momento de fijar las reparaciones pertinentes, “a condición de que lo resuelto en esos proceso haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.”⁶³⁶⁴(Negrillas y subrayado adicionales).

De otra parte, en pronunciamiento más reciente la Sala desarrolló el principio de reparación integral en eventos en que se constata la afectación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, a partir del siguiente razonamiento:

“En consecuencia, cuando el juez de lo contencioso administrativo aprecia la vulneración grave de la dimensión objetiva de un derecho, puede adoptar medidas de justicia restaurativa a efectos de que sea reestablecido el núcleo del derecho o interés constitucionalmente protegido, al margen de que el trámite procesal sea el del grado jurisdiccional de consulta o la resolución de un recurso de apelación único. Lo anterior, toda vez que el principio de la *no reformatio in pejus*, como expresión de la garantía del derecho al debido proceso sólo tiene restricción en la órbita indemnizatoria del principio de reparación integral. En efecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado que si existe una colisión entre el principio de reparación integral con los principios de congruencia procesal y de jurisdicción rogada, estos últimos deben ceder frente al primero en cuanto concierne a las medidas de satisfacción, rehabilitación, y garantías de no repetición, toda vez que el parámetro indemnizatorio, esto es, el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales sí está amparado por los citados principios del proceso que tienden a garantizar el derecho de defensa del demandado.”⁶⁵

⁶³ CIDH, caso de la “Masacre de Mapiripán”, supra nota 21, párr. 214. En igual sentido, Caso de la Masacre de La Rochela, supra nota 21, párr. 219 a 222...

⁶⁴ CIDH, caso Valle Jaramillo y otros vs Colombia, sentencia del 27 de noviembre de 2008, párr. 202 y 203.

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, exp. 18364.

Los anteriores lineamientos se acompasan con las posturas y tendencias modernas de la responsabilidad que desbordan el concepto de “responsabilidad patrimonial”, para adoptar la categoría de “derecho de daños”, en el que el eje central lo constituye la persona que padece la afectación y, por consiguiente, la principal función de la responsabilidad en el mundo moderno consiste no tanto en sancionar conductas como en restablecer los derechos, bienes o intereses legítimos que se afectan con la producción de un daño.

En ese orden de ideas, la Sala ante la gravedad de los hechos en el caso *sub examine*, adoptará una serie de medidas y determinaciones que apuntan a reparar de manera integral el daño irrogado a los demandantes, constituido aquél no sólo por los perjuicios materiales e inmateriales que tienen repercusión patrimonial y que fueron determinados en los acápites anteriores, sino, adicionalmente, por las graves y significativas vulneraciones a los derechos humanos –fundamentales– de los demandantes.

Por consiguiente, resulta perfectamente viable que en aplicación del principio de “reparación integral”⁶⁶, como se ha visto, el juez de lo contencioso administrativo adopte medidas de diversa índole, entre las cuales encontramos:

⁶⁶ El documento de la ONU sobre Principios y Directrices Básicos para la Reparación (E/CN.4/1997/104) aprobado por la Subcomisión en 1997, establece:

“La reparación, que se acordará de conformidad con el derecho de cada Estado, podrá consistir en una o varias de las formas que se mencionan a continuación, cuya lista no es exhaustiva

“12. La restitución estará dirigida a restablecer la situación existente antes de la violación de derechos humanos o del derecho humanitario internacional. Exige, entre otras cosas, restablecer la libertad, la vida familiar, la ciudadanía, el retorno al país de residencia anterior y la restauración del empleo o de la propiedad.

“13. Se acordará compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una violación de derechos humanos o del derecho humanitario internacional, y que fuere evaluable económicamente. Tales como:

“a) daño físico o mental, incluyendo el dolor, sufrimiento y angustias emocionales;

“b) pérdida de oportunidades, incluidas las relativas a la educación;

“c) daños materiales y pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;

d) daño a la reputación o a la dignidad;

“e) los gastos efectuados para poder tener asistencia jurídica o de expertos y disponer de medicinas y de servicios médicos.

“14. Se proveerá rehabilitación, la que incluirá atención médica y psicológica, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales.

i) La indemnización o compensación por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular, comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial⁶⁷.

ii) Rehabilitación, comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole⁶⁸.

iii) Satisfacción, son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprende los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento

"15. Se proveerá satisfacción y garantías de no repetición, las que incluirán cuando fuere necesario:

"a) cesación de las violaciones existentes;

"b) verificación de los hechos y difusión pública amplia, de la verdad de lo sucedido;

"c) una declaración oficial o decisión judicial restableciendo la dignidad, reputación y derechos de la víctima y de las personas que tengan vínculos con ella;

"d) una disculpa, que incluya el reconocimiento público de los hechos y la aceptación de responsabilidades;

"e) aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones;

"f) conmemoraciones y homenajes a las víctimas;

"g) inclusión en los manuales de enseñanza sobre derechos humanos, así como en los manuales de historia y manuales escolares, de una versión fiel de las violaciones cometidas contra los derechos humanos y el derecho humanitario internacional;

"h) prevención de nuevas violaciones, por medios tales como:

"i) asegurando un control efectivo por parte de la autoridad civil, sobre las fuerzas armadas y de seguridad;

"ii) limitando la jurisdicción de los tribunales militares exclusivamente a delitos específicamente militares, cometidos por personal militar;

"iii) fortaleciendo la independencia del sistema judicial;

"iv) protegiendo a las personas que ejercen la profesión jurídica, y a los defensores de derechos humanos;

"v) impartiendo y fortaleciendo de modo prioritario y continuo la capacitación en derechos humanos de todos los sectores de la sociedad y, en particular, la de las fuerzas armadas y de seguridad y de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley."

⁶⁷ Corte Interamericana. Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de Reparaciones, párr. 50.

⁶⁸ Corte Interamericana. Caso masacre de pueblo Bello. Párr. 273.

público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc⁶⁹.

iv) Garantías de no repetición, son aquellas medidas idóneas, de carácter administrativo, legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras⁷⁰.

4.3.1. Medidas de satisfacción

i) En el caso concreto como medida de satisfacción se dispondrá que el Director Seccional de Fiscalías de Medellín, en una ceremonia que se llevará a cabo en las instalaciones administrativas de esa entidad en esa ciudad, pida excusas públicas a Rogelio Aguirre López y a sus hijos por haber trasgredido los derechos a la dignidad, la libertad personal, y la honra del primero.

La ceremonia pública se deberá realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y una vez llevada a cabo se enviará constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia, para que anexe el correspondiente oficio o certificado al proceso.

ii) La misma Fiscalía General de la Nación, sin perjuicio de su autonomía institucional y funcional, iniciará las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal de los presuntos responsables de los hechos que terminaron con la muerte de la señora María Antonia Castaño, ocurrida el 6 de octubre de 1994, en la ciudad de Medellín.

Lo anterior, como quiera que la verdad hace parte inescindible del principio de reparación integral, máxime en aquellas situaciones en que la violación de derechos humanos lleva aparejada un desconocimiento de la realidad de los acontecimientos y de los responsables.

⁶⁹ Corte Interamericana. Caso Las Palmeras. Vs. Colombia. Sentencia del 6 de diciembre de 2001. párr 68.

⁷⁰ Ibidem.

De abrirse investigación, los familiares de la señora Castaño deberán ser citados al proceso.

iii) La Fiscalía General de la Nación establecerá un *link* con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web.

4.3.2. Garantías de no repetición

La Fiscalía General de la Nación, por intermedio del Director Nacional de Fiscalías, remitirá a todas y cada una de las Unidades de Fiscalías Especializadas del país, copia íntegra de esta providencia, con miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de este tipo de circunstancias, para lo cual tendrá como plazo el término de 6 meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de este proveído, y en aras de verificar el cumplimiento el mencionado funcionario certificará lo pertinente ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, documento que se anexará a este proceso.

5. Condena en costas

Como quiera que el recurso de apelación prosperó, de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, la Sala se abstendrá de condenar en costas a las partes del presente proceso, por cuanto no se evidencia que hayan actuado con temeridad o mala fe.

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

F A L L A:

Primero. Revócase la sentencia proferida el 9 de septiembre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, **declárase** administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación de los perjuicios causados a los demandantes, señalados en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Condénase a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

1) A título de lucro cesante consolidado para Rogelio Aguirre López, la suma de doce millones novecientos setenta y nueve mil cuatrocientos siete pesos \$12.979.407.00

2) Por daño moral, los valores que se determinan a continuación, todos ellos expresados en salarios mínimos mensuales legales vigentes:

ROGELIO AGUIRRE LÓPEZ	150 SMMLV
JULIA ROSA LÓPEZ	60 SMMLV
MARICELA AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
OLGA AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
YESENIA AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
ANDRÉS AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
NANCY AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
ROEL AGUIRRE CASTAÑO	60 SMMLV
GERARDO AGUIRRE LÓPEZ	60 SMMLV
OCTAVIO AGUIRRE LÓPEZ	60 SMMLV
JOSÉ DARÍO AGUIRRE LÓPEZ	60 SMMLV

Cuarto. A título de medidas de justicia restaurativa, **condénase** a la Fiscalía General de la Nación, a cumplir las siguientes obligaciones de hacer y no hacer:

i) El Director Seccional de Fiscalías de Medellín, en una ceremonia que se llevará a cabo en las instalaciones administrativas de esa entidad en esa ciudad, pedirá excusas públicas a Rogelio Aguirre López y a sus hijos por haber trasgredido los derechos a la dignidad, la libertad personal, y la honra del primero.

La ceremonia pública se deberá realizar dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, y una vez llevada a cabo se enviará constancia de su realización al Tribunal Administrativo de Antioquia, para que anexe el correspondiente oficio o certificado al proceso.

ii) Sin perjuicio de su autonomía institucional y funcional, iniciará las respectivas investigaciones dirigidas a esclarecer la responsabilidad penal de los presuntos responsables de los hechos que terminaron con la muerte de la señora María Antonia Castaño, ocurrida el 6 de octubre de 1994, en la ciudad de Medellín.

De abrirse investigación, los familiares de la señora Castaño deberán ser citados al proceso.

iii) Establecerá un *link* con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia. Por lo tanto, la entidad demandada, en el término de 3 meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo subirá a la red el archivo que contenga esta decisión, y mantendrá el acceso al público del respectivo link durante un lapso de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web.

iv) La entidad demandada, por intermedio del Director Nacional de Fiscalías, remitirá a todas y cada una de las Unidades de Fiscalías Especializadas del país, copia íntegra de esta providencia, con miras a que sirva como medio de capacitación y prevención de este tipo de circunstancias, para lo cual tendrá como plazo máximo el término de 6 meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de este proveído, y en aras de verificar el cumplimiento el mencionado funcionario certificará lo pertinente ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, documento que se anexará a este proceso.

Quinto. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. Cúmplase lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Séptimo. En firme este fallo **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Con salvamento de voto

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MAURICIO FAJARDO GOMEZ

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Régimen objetivo de responsabilidad

Sin embargo, esa importante, sólida y progresista línea argumentativa, lejos de corresponder con lo que, a mi juicio, se sostiene contradictoriamente en el fallo del cual disiento al señalar que el título jurídico de imputación aplicable a este tipo de eventos ha de ser, en principio y por regla general, uno de carácter subjetivo amparado en la falla en el servicio, en verdad recoge importantes y sólidos argumentos que resultan mucho más consecuentes con la tesis que ha venido consolidando la Sala - aunque no de manera unánime - en la dirección contraria, de la cual participo, en el sentido de afirmar que en los eventos de privación injusta de la libertad resulta menester aplicar un régimen objetivo de responsabilidad. Sea esta la ocasión, no obstante, para poner de presente que registro, no sin preocupación, cómo en los últimos años la Sala ha venido efectuando afirmaciones dispares en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a eventos como el del sub iudice y que lo aseverado en esta ocasión por la mayoría en el fallo respecto del cual se presenta este voto particular, constituye - a mi entender - un nuevo giro en la jurisprudencia que no consulta ni el sentido de varios pronunciamientos anteriores en los cuales se han sostenido planteamientos diversos, ni la trascendencia que en el mismo pronunciamiento del que mediante el presente salvamento de voto discrepo se le atribuye a la libertad y a la presunción de inocencia del individuo como garantías consustanciales a todo Estado de Derecho. En efecto, según lo refleja el texto de la sentencia en referencia, la misma explica su fundamento jurídico sólo a partir de las hipótesis consagradas expresamente en el hoy derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. Así pues, el fallo aludido -del cual aquí me aparto- ahora deja de lado por completo la importante y mucho más comprensiva tesis jurisprudencial que desde hace varios años ha desarrollado la propia Sala -con el invaluable apoyo y los aportes que para su afianzamiento ha efectuado el muy

ilustre Magistrado Ponente que, de manera paradójica, en esta ocasión presentó la postura radicalmente distinta, de cuyo contenido, precisamente, debí disentir– tesis consistente y reiterada que ha venido sosteniendo la Sala –bueno es repetirlo– según la cual hay lugar, con total claridad, a declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales por los perjuicios antijurídicos que produzcan por razón o con ocasión de la detención injusta de las personas y la injusta afectación de su libertad.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Responsabilidad subjetiva

Esta tesis de responsabilidad del Estado que con tanto esfuerzo ha desarrollado la Sala, constitutiva de una defensa efectiva y real –que no meramente retórica– de la garantía que acerca de la libertad consagran, proclaman y desarrollan los textos, los principios y los postulados que integran la Carta Política, incluye los eventos en los cuales la detención se ha cumplido con estricto apego a las normas legales que la autorizan pero al final de las actuaciones respectivas se encuentra o se descubre que resultó infundada porque no había elementos suficientes para proferir una condena penal en contra del detenido y, por tanto, se concluye que la víctima de dicha detención siempre permaneció, a lo largo de todo el tiempo, amparada por la presunción constitucional de inocencia. Esta línea jurisprudencial que aquí rememoro, por cuya total restauración formulo votos, cuyo abandono ciertamente me genera preocupación y que la Sala ha trabajado con tanta intensidad, sirve para explicar y contextualizar el sentido y el alcance del aludido artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal –C. de P.P. – e incluso, más importante aun, sirve para definir en estos casos el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado al margen del, o en ausencia del, aludido artículo 414 cuya vigencia ya desapareció del ordenamiento jurídico nacional; es por ello que, a mi juicio, el anotado régimen de responsabilidad que en los últimos tiempos ha delineado y fortalecido la Sala –con contadas excepciones como la que en esta ocasión determinó la presente salvedad de voto–, está llamado a permanecer intacto a pesar de la derogatoria de la norma legal en cita, puesto que en realidad no es a esa norma legal a la cual debe su existencia ni en cuyo texto encuentra justificación y ni siquiera explicación.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Derivada de la privación injusta de la libertad

Durante los últimos años la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha efectuado importantes desarrollos jurisprudenciales que evidencian una clara tendencia a allanar el camino a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en línea de principio, a supuestos como los hasta ahora aludidos, vale decir, a aquellos casos en los cuales una persona se ve privada de la libertad por orden de autoridad judicial dentro de un proceso penal y posteriormente resulta exonerada de responsabilidad dentro de dicho plenario. En la anotada dirección, mediante pronunciamiento de diciembre 4 de 2006, la Sala se pronunció en los siguientes términos acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de la detención ordenada y materializada respecto de quienes posteriormente resultan exonerados de toda responsabilidad penal, aunque tal detención se hubiere realizado con estricto apego a las exigencias y requisitos establecidos en las normas vigentes. No obstante lo anterior, también resulta oportuno poner de presente que en otros pronunciamientos la Sala ha optado por señalar que la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad debe ser examinada a la luz, por regla general, de un régimen subjetivo de responsabilidad basado en la falla en el servicio - o en el error

jurisdiccional - y excepcionalmente, sólo en los tres casos expresamente previstos en el hoy derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y en el evento en el cual la absolución se produce en aplicación del principio in dubio pro reo, tendría lugar la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad. Por los mismos derroteros anotados, es decir, decantándose por sostener que sólo de forma excepcional procede la aplicación de un título jurídico objetivo de imputación cuando se trata de eventos de privación injusta de la libertad - por manera que la regla general sería la de fallar los aludidos casos al amparo del régimen subjetivo o de falla en el servicio - . Es en esta segunda línea argumentativa en la cual parece inscribirse lo afirmado por la Sala en el pronunciamiento al que se refiere el presente voto individual, aunque cabe destacar que en esta ocasión la Sala se abstiene de precisar, con claridad, frente a qué tipo de eventos de privación injusta de la libertad ha de aplicarse la falla en el servicio y en presencia de qué clase de supuestos procede resolver el litigio al amparo de un título jurídico objetivo de imputación.

PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Su operancia no exige la presencia de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento o de una falla del servicio

Pero la privación injusta de la libertad, incluso en los términos normativos aludidos, no precisa para su operatividad de la presencia de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento o de una determinada falla del servicio. Basta con que respecto de una persona a la cual se privó de la libertad por orden de autoridad judicial se pueda concluir también que nunca se consiguió desvirtuarle su presunción constitucional de inocencia, para tener que afirmar que no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños derivados de la pérdida de su libertad. A tal efecto, por tanto, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia haya sido ajustado o contrario a Derecho, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, como se expresó en varios de los pronunciamientos hasta ahora citados en este voto individual, será intrascendente —en todo sentido— que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo, ello en la medida en que mientras la causación de ese un daño habrá de redundar en beneficio de la colectividad, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se privó de la libertad y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el aludido artículo 90 constitucional. Cosa distinta es que en un supuesto concreto - como de hecho pudo haber ocurrido en el asunto sub judice y en el pronunciamiento del cual me aparto mediante el presente salvamento de voto - , además del título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad - y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampare al afectado - , también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la Administración reviste la condena con base en este último título de imputación

determina que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960)

Actor: ROGELIO AGUIRRE LOPEZ Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, expongo aquí las razones por las cuales debí apartarme del criterio mayoritario que dio lugar a la expedición del fallo que se dictó dentro del proceso de la referencia, comoquiera que, por razones estructurales de fondo, no puedo compartir en modo alguno las aseveraciones que se realizan en el pronunciamiento del cual me separo en punto del régimen de responsabilidad aplicable a los eventos en los cuales se priva de la libertad, por orden de autoridad judicial, a una persona en cuyo favor, posteriormente, se profiere sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente mediante el cual se le exonera de responsabilidad penal.

Conviene puntualizar que las reflexiones y valoraciones que sirven de fundamento al presente voto individual comparten, con el fallo que dictó la Sala, tanto las diversas pruebas que obran en el expediente como los supuestos fácticos que fueron acreditados con las mismas, razón por la cual es claro que no existe discusión acerca de los medios probatorios debidamente recaudados en este caso ni sobre el mérito que a ellos les corresponde.

Igualmente suscribo sin reservas y con profunda convicción el juicioso análisis, la exaltación y el homenaje jurisprudencial que en el fallo del cual discrepo se efectúa acerca de la libertad, como bien jurídico merecedor de la protección del ordenamiento jurídico; respecto del alcance y contenido de la libertad como valor

fundante del sistema y en torno de la razón de ser, los límites y las garantías que deben rodear la privación de la libertad ordenada dentro una investigación de carácter penal.

Sin embargo, esa importante, sólida y progresista línea argumentativa, lejos de corresponder con lo que, a mi juicio, se sostiene contradictoriamente en el fallo del cual disiento al señalar que el título jurídico de imputación aplicable a este tipo de eventos ha de ser, en principio y por regla general, uno de carácter subjetivo amparado en la falla en el servicio, en verdad recoge importantes y sólidos argumentos que resultan mucho más consecuentes con la tesis que ha venido consolidando la Sala - aunque no de manera unánime - en la dirección contraria, de la cual participo, en el sentido de afirmar que en los eventos de privación injusta de la libertad resulta menester aplicar un régimen objetivo de responsabilidad.

Sea esta la ocasión, no obstante, para poner de presente que registro, no sin preocupación, cómo en los últimos años la Sala ha venido efectuando afirmaciones dispares en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a eventos como el del sub iudice y que lo aseverado en esta ocasión por la mayoría en el fallo respecto del cual se presenta este voto particular, constituye - a mi entender - un nuevo giro en la jurisprudencia que no consulta ni el sentido de varios pronunciamientos anteriores en los cuales se han sostenido planteamientos diversos, ni la trascendencia que en el mismo pronunciamiento del que mediante el presente salvamento de voto discrepo se le atribuye a la libertad y a la presunción de inocencia del individuo como garantías consustanciales a todo Estado de Derecho.

En efecto, según lo refleja el texto de la sentencia en referencia, la misma explica su fundamento jurídico sólo a partir de las hipótesis consagradas expresamente en el hoy derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal.

Así pues, el fallo aludido -del cual aquí me aparto- ahora deja de lado por completo la importante y mucho más comprensiva tesis jurisprudencial que desde hace varios años ha desarrollado la propia Sala -con el invaluable apoyo y los aportes que para su afianzamiento ha efectuado el muy ilustre Magistrado Ponente que, de manera paradójica, en esta ocasión presentó la postura radicalmente distinta, de cuyo contenido, precisamente, debí disentir- tesis consistente y reiterada que ha venido sosteniendo la Sala -bueno es repetirlo-

según la cual hay lugar, con total claridad, a declarar la responsabilidad patrimonial de las entidades estatales por los perjuicios antijurídicos que produzcan por razón o con ocasión de la detención injusta de las personas y la injusta afectación de su libertad.

Esta tesis de responsabilidad del Estado que con tanto esfuerzo ha desarrollado la Sala, constitutiva de una defensa efectiva y real –que no meramente retórica– de la garantía que acerca de la libertad consagran, proclaman y desarrollan los textos, los principios y los postulados que integran la Carta Política, incluye los eventos en los cuales la detención se ha cumplido con estricto apego a las normas legales que la autorizan pero al final de las actuaciones respectivas se encuentra o se descubre que resultó infundada porque no había elementos suficientes para proferir una condena penal en contra del detenido y, por tanto, se concluye que la víctima de dicha detención siempre permaneció, a lo largo de todo el tiempo, amparada por la presunción constitucional de inocencia.

Esta línea jurisprudencial que aquí rememoro, por cuya total restauración formulo votos, cuyo abandono ciertamente me genera preocupación y que la Sala ha trabajado con tanta intensidad, sirve para explicar y contextualizar el sentido y el alcance del aludido artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal –C. de P.P. – e incluso, más importante aun, sirve para definir en estos casos el fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado al margen del, o en ausencia del, aludido artículo 414 cuya vigencia ya desapareció del ordenamiento jurídico nacional; es por ello que, a mi juicio, el anotado régimen de responsabilidad que en los últimos tiempos ha delineado y fortalecido la Sala –con contadas excepciones como la que en esta ocasión determinó la presente salvedad de voto–, está llamado a permanecer intacto a pesar de la derogatoria de la norma legal en cita, puesto que en realidad no es a esa norma legal a la cual debe su existencia ni en cuyo texto encuentra justificación y ni siquiera explicación.

Por desventura –en cuanto a mi opinión respecta– el fallo aludido –según ya lo he destacado– proclama el imperio, a título de regla general, de la responsabilidad subjetiva o con culpa en cuanto toca con la privación injusta de la libertad de los individuos, tal como lo refleja a las claras el siguiente párrafo mediante cuyo contenido se sintetiza la conclusión correspondiente al análisis del marco teórico de la materia en examen:

“... la absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, se traduce en una falla del servicio. Por consiguiente, al demandante en este evento, le corresponde demostrar en el proceso contencioso administrativo de reparación, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva”.

Y a esa conclusión –que no puedo compartir por las razones que consigno en la presente salvedad de voto– el fallo del cual disiento le agrega una reflexión que, a mi juicio, lejos de fortalecer sus planteamientos los debilita por la contundencia con la cual los contradice abiertamente, en cuanto sostiene:

“Arribar a una conclusión diferente implica desconocer el carácter reactivo del derecho a la libertad personal, y el Estado se convertiría para los ciudadanos en aquel falso ídolo de que hablaba Zaratustra, en un monstruo que miente abiertamente porque en el plano formal garantiza un derecho mientras que en el plano de los hechos lo desconoce abiertamente, porque crea una situación de incertidumbre en un escenario en el que la capacidad de libre autodeterminación del individuo debe prevalecer, desvirtuándose el modelo en el que los derechos reconocidos no se corresponden con las garantías que aseguran su efectividad”. (Se deja subrayado).

Y estimo que la anotación transcrita resulta palmariamente contradictoria con el replanteamiento que mediante ese mismo fallo pretende realizarse en punto de la tesis con la cual la Sala ha venido manejando en los últimos años la responsabilidad del Estado por la detención injusta de sus asociados –bajo un régimen objetivo–, por la sencilla pero potísima razón de que enmarcar ese régimen en el terreno de la responsabilidad por falla del servicio equivale precisamente –a pesar de que la sentencia parece criticarlo y con sus propias citas– a convertir en la realidad y de manera concreta al Estado en “un monstruo que miente abiertamente porque en el plano formal garantiza un derecho” –el de la libertad, acompañado de la garantía de la presunción constitucional de inocencia– “mientras que en el plano de los hechos lo desconoce abiertamente”, porque al razonar y proceder de la manera en que ahora se propone, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo estaría dejando de dar aplicación práctica, efectiva y real a tales derechos y garantías constitucionales para exigirle entonces al individuo que demuestre las fallas que se hubieren cometido en la privación de su libertad, so pena de no acceder a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, cuestión que equivale a sostener entonces que mientras la detención de un individuo no se encuentre afectada por una falla o falta en el servicio de la Administración de Justicia deberá tenerse entonces por bien decretada y el

detenido tendrá el deber jurídico de soportar la privación de su libertad, con lo cual, a no dudarlo, se “crea una situación de incertidumbre” comoquiera que así queda entronizado entonces un desafortunado “modelo en el que los derechos reconocidos no se corresponden con las garantías que aseguran su efectividad”.

Y esa incertidumbre que estaría contribuyendo a crear –en lugar de propender por su eliminación– la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al no compaginar la concepción constitucional del Estado Social de Derecho en Colombia con su funcionamiento efectivo, resultaría aun mayor en la medida en que con la postura que aquí me atrevo a censurar se estaría abriendo una seria e inexplicable fisura en el ordenamiento vigente, resultante de la paradoja que significa sostener, de una parte, que desde el punto de vista penal, al procesado que estuvo de manera cautelar privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado –cualquiera que hubiere sido la razón para ello– el propio Estado lo debe tener como inocente, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrarse anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado estará señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado.

1. La reciente jurisprudencia de la Sección Tercera en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad.

Durante los últimos años la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha efectuado importantes desarrollos jurisprudenciales que evidencian una clara tendencia a allanar el camino a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en línea de principio, a supuestos como los hasta ahora aludidos, vale decir, a aquellos casos en los cuales una persona se ve privada de la libertad por orden de autoridad judicial

dentro de un proceso penal y posteriormente resulta exonerada de responsabilidad dentro de dicho plenario.

En la anotada dirección, mediante pronunciamiento de diciembre 4 de 2006, la Sala se pronunció en los siguientes términos acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de la detención ordenada y materializada respecto de quienes posteriormente resultan exonerados de toda responsabilidad penal, aunque tal detención se hubiere realizado con estricto apego a las exigencias y requisitos establecidos en las normas vigentes:

“4. - De la responsabilidad del Estado por los daños derivados de la detención preventiva ordenada con el lleno de los requisitos legales, cuando posteriormente se exime de responsabilidad al sindicado.

No escapa a la Sala que unos son los requisitos que el orden jurídico establece que deben constatarse para que la autoridad competente pueda disponer, ajustándose a Derecho, la privación de la libertad de las personas, y otras diversas son las exigencias cuya concurrencia se precisa para que resulte jurídicamente procedente condenarlas mediante sentencia penal. De hecho, puede ocurrir que en un caso concreto hayan estado dados los requisitos para proferir una medida de aseguramiento que afecte la libertad personal del sindicado, sin que finalmente —en el mismo supuesto fáctico— se reúna la totalidad de presupuestos de una condena, situación que, a juicio de la Sala, es la que ha tenido lugar en el sub lite.

Y es que de acuerdo con lo preceptuado por el antes citado artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, podía imponerse la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando obrare, en contra del sindicado, un indicio grave de responsabilidad. Era posible, entonces, que se ordenare la detención preventiva de una persona, con pleno acatamiento de las exigencias legales y, no obstante, concluirse con posterioridad, en el curso del proceso y atendiendo a otros elementos de prueba, que se daba alguna de las hipótesis previstas por el artículo 414 del mismo Código —esto es, que el hecho no existió, no era constitutivo de delito, o el acusado no lo había cometido— o, simplemente, que no pudo desvirtuarse con toda certeza la presunción de inocencia que protege al ciudadano, razón por la cual la duda debía resolverse en su favor y se imponía el fallo absolutorio.

Se estaría, en estos casos, ante la necesidad de diferenciar entre una decisión legal —la que ordena la detención preventiva— pero que a la postre se revela equivocada, pues si bien se trata de una situación en que la ley autoriza, con el propósito de proteger a la colectividad y garantizar el cumplimiento de una sentencia eventualmente condenatoria, la vulneración del derecho

fundamental a la libertad aunque no se encuentre demostrada la responsabilidad del sindicato, cuando esta demostración termina por no producirse y la decisión, por el contrario, es absolutoria, el yerro en que se incurre salta a la vista⁷¹ y debe, entonces, pasar a analizarse si se ha producido un daño antijurídico.

Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defiende, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona —junto con todo lo que a ella es inherente— ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona —con todos sus atributos y calidades— deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un —desde esta perspectiva, mal entendido— interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular —incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo— sin ningún tipo de compensación.

(...)

Exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían —probablemente— conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicato no cometió el hecho, habiéndose

⁷¹ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier Eduardo, «Responsabilidad extracontractual del Estado colombiano», en Revista “Derechos y Valores”, Vol. IV, No. 8, diciembre de 2001, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho, Bogotá, D.C., pp. 39-41.

previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio “in dubio pro reo”, pues la operatividad del mismo en el sub júdice no provee de justo título —ex post— a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación del aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente.

Adicionalmente, resultaría desde todo punto de vista desproporcionado exigir de un particular que soportase inerte y sin derecho a tipo alguno de compensación —como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados debieran asumir en condiciones de igualdad—, el verse privado de la libertad durante aproximadamente dos años, en aras de salvaguardar la eficacia de las decisiones del Estado prestador del servicio público de Administración de Justicia si, una vez desplegada su actividad, esta Rama del Poder Público no consiguió desvirtuar la presunción de inocencia del particular al que inculpaba. La “ley de la ponderación”, o postulado rector del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo a o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la “regla de precedencia condicionada” que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico. En otros términos, «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁷².

(...).

“No corresponde al actor, en casos como el presente, acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la declaración de responsabilidad: actuación del Estado, daños irrogados y nexo de causalidad entre aquella y éstos. Los tres aludidos extremos se encuentran suficientemente acreditados en el expediente, de lo cual se dará cuenta a continuación. En cambio, es al accionado a quien corresponde demostrar, mediante pruebas legal y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pueda entenderse configurada una causal de exoneración, fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva y determinante de la víctima. Y ocurre que ninguna de estas eximentes ha sido acreditada en el plenario”⁷³.

⁷² Cfr. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 161-167; *Vid.*, igualmente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en diciembre 4 de 2006. Proceso: 25000-23-26-000-1994-09817-01, expediente: 13.168. Actor: Audy Hernando Forigua Panche y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Justicia.

En febrero 20 de 2008, la misma Sala reafirmó la línea jurisprudencial a la cual se viene haciendo referencia y, a propósito de la misma, explicitó el carácter objetivo que caracteriza el título de imputación de privación injusta de la libertad, así:

“2.1. Privación injusta de la libertad.

En estos eventos, la Sección Tercera ha explicado en varias ocasiones⁷⁴, al interpretar el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991⁷⁵ (C. de P. P.), que la responsabilidad del Estado es de carácter objetivo y que, por lo tanto, no hay lugar a valorar la conducta de la autoridad que ordenó la detención. En otras providencias⁷⁶, se concluyó además, que la responsabilidad del Estado se configura cuando se demuestra que la absolución del sindicado se debió a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible.

La posición actual de la Sala, plasmada en providencia del 18 de septiembre de 1997⁷⁷ y reiterada recientemente⁷⁸, amplió la responsabilidad objetiva en los casos de privación injusta de la libertad, por cuanto ahora el daño se configura no solo ante la ocurrencia de los 3 supuestos previstos en el artículo 414 del C. de P. P., sino también cuando la absolución del sindicado se produce por la aplicación del principio del “in dubio pro reo”, pues en los casos de duda sobre la responsabilidad penal de un sindicado, que conlleven a su absolución, debe entenderse que la privación de la libertad fue injusta, en aplicación de los principios de buena fe y de presunción de inocencia⁷⁹ y que, esa situación - que la privación sea injusta - constituye uno de los elementos de la responsabilidad como es el daño, que resulta, por tanto, imputable

⁷⁴ Sentencias que dictó la Sección Tercera: 30 de junio de 1994. Exp: 9734. Actor: Nerio José Martínez Ditta. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández; 12 de diciembre de 1996. Exp: 10.299. Actor: José Ángel Zabala Méndez.; 27 de septiembre de 2001. Exp: 11.601. Actor: Ana Ethel Moncayo. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez; 4 de abril de 2002. Exp: 13.606. Actor: Jorge Elkin Mejía Figueroa. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez; 27 de noviembre de 2003. Exp: 14.530; Actor: José María Gerardo Chaves López y otros. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁷⁵ Publicado en el Diario Oficial 40.190 el 30 de noviembre de 1991

⁷⁶ Sentencia que dictó la Sección Tercera el 18 septiembre de 1997. Exp: 11.754. Actor: Jairo Hernán Martínez Nieves. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández, reiterada en sentencia del 4 de diciembre de 2006. Exp: 13.168. Actor: Audy Hernando Forigua y otros. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencias que dictó la Sección Tercera el 5 de diciembre de 2007: Exp: 15.431. Actor: Ismael Enrique Peña Galvis. Demandado: Nación, Ministerio de Justicia. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Exp: 16.195. Actor: Henry Marín Garzón y otros. Demandado: Nación, Fiscalía General de la Nación. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Exp: 16.591. Actor: Alberto Mesías Chávez y otros. Demandado: Nación, Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Exp: 16.629. Actor: Melquisedec López Poveda y otra. Demandado: Nación, Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷⁷ Sentencia que dictó la Sección Tercera el 18 septiembre de 1997. Exp: 11.754. Actor: Jairo Hernán Martínez Nieves. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁷⁸ Sentencias que dictó la Sección Tercera: 4 de diciembre de 2003. Exp: 13.168. Actor: Audy Hernando Forigua y otros. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; 5 de diciembre de 2007. Exp: 16.629. Actor: Melquisedec López Poveda y otra. Demandado: Nación, Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁷⁹ “ARTICULO 445. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado”.

al Estado.

En los eventos en que se demuestra que la privación de la libertad fue injusta, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, cuando las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas en el artículo 414 del C. de P. P. o al indubio pro reo⁸⁰.

La Sala encontró nueva oportunidad para reafirmar su posición en la sentencia de marzo 26 de 2008, en la cual sostuvo:

“De acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho, entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a la materialización de cualquiera de las hipótesis enunciadas, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta, porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por in dubio pro reo, se habrá de calificar sin ambages como detención injusta. Es por ello, que se trata de una responsabilidad objetiva, dado que en eventos de esta naturaleza, ambos valores se encuentran en juego y un argumento de tipo utilitarista, en el sentido de afirmar que se trata de una carga que se debe soportar en bien de la mayoría, no tiene justificación alguna:

“LA JUSTICIA ES LA PRIMERA VIRTUD DE LAS INSTITUCIONES SOCIALES, COMO LA VERDAD LO ES DE LOS SISTEMAS DE PENSAMIENTO. POR ESTA RAZÓN, LA JUSTICIA RECHAZA EL QUE LA PÉRDIDA DE LIBERTAD DE ALGUNOS SEA JUSTIFICADA EN EL MAYOR BIENESTAR COMPARTIDO POR OTROS. NO PUEDE PERMITIRSE QUE EL SACRIFICIO IMPUESTO SOBRE UNOS POCOS SEA SOBRESÉIDO POR LA MAYOR CANTIDAD DE VENTAJAS DISFRUTADAS POR MUCHOS... LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR LA JUSTICIA NO ESTÁN SUJETOS A REGATEOS POLÍTICOS NI AL CÁLCULO DE INTERESES SOCIALES. SIENDO LAS PRIMERAS VIRTUDES DE LAS ACTIVIDADES HUMANAS, LA VERDAD Y LA JUSTICIA SON INNEGOCIABLES”⁸¹.

En el caso concreto es claro que la sentencia absolutoria en favor de Jorge Gabriel Morales se enmarca en la segunda de las hipótesis señaladas, esto es, que su absolución se debió a que el sindicato no cometió la conducta punible, aunque se haya pretendido soslayar su absolución bajo un falso entendido de in dubio pro reo, que para los efectos jurídicos ya determinados,

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de febrero 20 de 2008. Consejero Ponente, doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Radicación número: 25000-23-26-000-1996-01746-01, expediente 15980. Actor: JOSE RENE HIGUITA Y OTROS. Demandado: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

⁸¹ John Rawls, “A Theory of Justice”, Cambridge: Harvard University Press, 1971, pág. 3-4, citado por MEJÍA Quintana, Óscar “Carácter y proyección de la filosofía del derecho en el pensamiento contemporáneo”, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Pág 22.

dentro de la anterior lógica y comprensión, conduciría igualmente a la misma consecuencia jurídica: la detención se califica como injusta”⁸².

En junio 5 de 2008, la misma Sala, después de reiterar todos los desarrollos jurisprudenciales antes relacionados, agregó:

“En efecto, la privación de la libertad, en estos casos, puede y debe darse con pleno acatamiento de las exigencias legales, pero, a la postre, si se dicta una providencia absolutoria, por cualquiera de los supuestos ya citados o por duda, se trataría de una decisión legal que pone en evidencia que la medida inicial fue equivocada. El fundamento de la indemnización, entonces, no sería la ilegalidad de la conducta, por lo que debe preguntarse si el hecho de la privación de la libertad, en esas circunstancias, da lugar o no a un perjuicio indemnizable, es decir, si se ha configurado un daño antijurídico. Esto, bajo el entendido que “los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional”⁸³⁸⁴.

No obstante lo anterior, también resulta oportuno poner de presente que en otros pronunciamientos la Sala ha optado por señalar que la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la privación injusta de la libertad debe ser examinada a la luz, por regla general, de un régimen subjetivo de responsabilidad basado en la falla en el servicio - o en el error jurisdiccional - y excepcionalmente, sólo en los tres casos expresamente previstos en el hoy derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y en el evento en el cual la absolución se produce en aplicación del principio in dubio pro reo, tendría lugar la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad; en este último sentido la Sala sostuvo lo siguiente en sentencia del 13 de agosto de 2008:

“En aplicación de esta última tesis, la Sala acogió los siguientes dos criterios:

⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de marzo 26 de 2008. Consejero Ponente, doctor ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 52001-23-31-000-1997-00036-01, expediente 16902. Actor: JORGE GABRIEL MORALES Y OTROS. Demandados: NACION - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

⁸³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente: 11.601, actor: Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, consejero ponente: Alier Eduardo Hernández.

⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 5 de 2008. Consejero Ponente, doctor ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01248-01, expediente 16819. Actor: SOCIEDAD COLDICOM LTDA. Demandados: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.

a) Configuración de los presupuestos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal:

Al respecto, se afirmó que la responsabilidad del Estado era objetiva y se configuraba cuando se demostrara que la absolución del sindicado se debió a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible⁸⁵ (supuestos del artículo 414 C.P.P.). Se dijo además, que en aquellos casos en los que no se lograra probar que la absolución tuvo como fundamento alguno de los mencionados supuestos, la responsabilidad ya no era objetiva y el demandante debía acreditar el error jurisdiccional, derivado del carácter injusto e injustificado de la detención y, por lo tanto, se debía entrar a estudiar la conducta del juez para deducir la existencia de una falla del servicio.

b) "Indubio pro reo":

La posición actual de la Sala, plasmada en providencia del 18 de septiembre de 1997⁸⁶ y reiterada recientemente⁸⁷, amplió la responsabilidad objetiva de los supuestos del artículo 414 del C.P.C., por cuanto ahora se considera que el daño se configura no solo ante la ocurrencia de tales casos, sino también cuando la absolución del sindicado se produce por la aplicación del principio del "in dubio pro reo", pues en los casos de duda sobre la responsabilidad penal de un sindicado que conlleve a su absolución, debe entenderse que la privación de la libertad fue injusta en aplicación de los principios de buena fe y de presunción de inocencia⁸⁸, y que tal situación constituye el daño como elemento de la responsabilidad, lo, cual es imputable al Estado.

En otras palabras, se configura una responsabilidad objetiva en la cual el Estado es responsable por la privación injusta de la libertad, no solo cuando se presenta alguno de los 3 supuestos descritos en el artículo 414 del anterior C.P.P., sino también, cuando el detenido es absuelto por duda.

En síntesis, la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, que se desprende del artículo 414 del C.P.P., implica una regla general referida a la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad, en donde debe probarse la injusticia de la detención (falla del servicio); y unas excepciones, referidas a los supuestos enunciados en dicha norma, a los cuales se agregó por la jurisprudencia la aplicación del principio "in dubio pro reo",

⁸⁵ Sentencias del 15 de septiembre de 1994. Exp: 9391. Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta; 17 de noviembre de 1995. Exp: 10.056. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancour Jaramillo; 7 de diciembre de 2004. Exp: 14.676. Consejero Ponente: Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁸⁶ Sentencia del 18 septiembre de 1997. Exp: 11.754. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁸⁷ Sentencias del 4 de diciembre de 2003. Exp: 13.168. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; 5 de diciembre de 2007. Exp: 16.629. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra; 20 de febrero de 2008. Exp: 15.980. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸⁸ "ARTICULO 445. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente responsable. En las actuaciones penales toda duda debe resolverse a favor del sindicado".

en donde sale del juicio de responsabilidad el análisis de la conducta de la administración, constituyéndose en un régimen objetivo de responsabilidad”⁸⁹.

En fecha más reciente, mediante proveído del 13 de mayo de 2009, la Sala reiteró los planteamientos que efectuó en el pronunciamiento que se acaba de transcribir parcialmente:

“En síntesis, la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad que se desprende del artículo 414 del C.P.P., encierra dos regímenes que se presentan de la siguiente forma:

- Un régimen subjetivo, que se aplica de forma general, en donde debe probarse la injusticia de la detención (es decir, la falla del servicio), el cual se deriva de la primera parte de la norma (“quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”); y

- Un régimen objetivo, excepcional, que se aplica cuando el sindicado fue absuelto “...porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible...”, a lo cual se agregó por la jurisprudencia la aplicación del principio “in dubio pro reo”, en donde sale del juicio de responsabilidad el análisis de la conducta de la administración y se centra el análisis en la existencia del daño, consistente en la privación de la libertad y del nexo causal entre uno y otro”⁹⁰.

Por los mismos derroteros anotados, es decir, decantándose por sostener que sólo de forma excepcional procede la aplicación de un título jurídico objetivo de imputación cuando se trata de eventos de privación injusta de la libertad - por manera que la regla general sería la de fallar los aludidos casos al amparo del régimen subjetivo o de falla en el servicio - , marchan los planteamientos efectuados en sentencia de abril 23 de 2008, oportunidad en la cual la Sala sostuvo:

“3.3.3. En eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación: 5000-23-26-000-1996-1936-01 (17.954); Actor: Isidro Cortés Bolaños; Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2009; Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación: 52001-23-31-000-1997-08959-01 (17.061); Actor: Segundo Alcibiades Gómez Gómez y otros; Demandado: Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación.

objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación⁹¹.

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del *in dubio pro reo*⁹² - *strictu sensu*—, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13168 (2006)⁹³ y 15463 (2007)⁹⁴, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio —que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado—⁹⁵, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del *in dubio pro reo*. Por consiguiente, 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 error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

⁹¹ Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹² “La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba —es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva— no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. Por lo demás, es ésta la forma lógica de todos los principios garantistas más arriba formalizados: los cuales, como se ha observado, establecen las condiciones necesarias en ausencia de las cuales no es lícito castigar y no las suficientes en presencia de las cuales no es lícito no castigar.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹⁵ “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera.” *Ibíd.* Pág. 151-152.

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal– o en los cuales la libertad se produce por la absolución o su equivalente en alguno de los supuestos del artículo 414 del C.P.P., es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria⁹⁶.

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del *in dubio pro reo*, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iura novit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal⁹⁷.

Es en esta segunda línea argumentativa en la cual parece inscribirse lo afirmado por la Sala en el pronunciamiento al que se refiere el presente voto individual, aunque cabe destacar que en esta ocasión la Sala se abstiene de precisar, con claridad, frente a qué tipo de eventos de privación injusta de la libertad ha de aplicarse la falla en el servicio y en presencia de qué clase de supuestos procede

⁹⁶ “Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática.” FOUCAULT, Michel “Vigilar y Castigar”, Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173. “Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma.” RAWLS, John “Teoría de la Justicia”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

⁹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de abril 23 de 2008. Consejero Ponente. Doctor Enrique Gil Botero. Expediente: 1998-1624 01, radicación interna No. 17.534. Actor: Jorge Álvarez Agudelo y otros. Demandado: Nación – Ministerio del Interior y de Justicia.

resolver el litigio al amparo de un título jurídico objetivo de imputación; afirmó, entonces, lo siguiente la Sala en el pronunciamiento del cual me separo (páginas 41 y 43 - 44):

“Argumentación que se aplica perfectamente al caso objeto de estudio, porque la absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, se traduce en una falla del servicio. Por consiguiente, al demandante en este evento, le corresponde demostrar en el proceso contencioso administrativo de reparación, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

(...)

Apelada la anterior decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional absolvió al sindicado y ordenó su inmediata liberación, y para arribar a esta conclusión examinó de manera específica cada conducta punible para concluir, en síntesis, lo siguiente: i) en relación con la muerte de la señora María Antonia Castaño, se determinó que el sindicado no cometió el hecho, ya que para el momento en que disparó, las lesiones a esta última ya se habían producido, y ii) respecto de los delitos de lesiones personales a servidores públicos y porte ilegal de armas, la determinó que el señor Rogelio Aguirre López actuó en estado de necesidad y, por lo tanto, operaba la causal eximente de responsabilidad penal contenida en el numeral 4 del artículo 29 del Decreto 100 de 1980.

3.3. Así las cosas, en el caso sub examine, concurren dos circunstancias que conllevaron a que se declarara la preclusión de la investigación a favor de Rogelio Aguirre, consistente la primera en que el sindicado no cometió el delito de homicidio agravado que se le endilgaba y, la segunda, que a la hora de portar un arma particular sin el correspondiente salvoconducto y ocasionar las lesiones a algunos de los funcionarios públicos que practicaron el allanamiento, actuó en estado de necesidad, lo que excluía la antijuricidad en esos dos comportamientos y, por lo tanto, no se configuraba uno de los elementos para que la conducta fuera catalogada como delito⁹⁸.

En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por un lado, la absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De

⁹⁸ Es así como: “en todo caso no pertenecer al tipo legal la circunstancia de que la acción infringe, en su conjunto, el orden jurídico.” CORDOBA Roda, Juan “El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito”, Ed. Bosch, 1962, pág. 46 y 47.

otra parte, la preclusión de la investigación respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran encontrado tipificados y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991.

3.4. Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada “jurisdicción regional o especializada”.

No obstante lo anterior, lejos de haberse tornado unánime la postura en virtud de la cual el régimen jurídico que debería aplicarse al tipo de supuestos a los cuales se ha hecho alusión sea el de la falla en el servicio, la Sala ha vuelto a resolver, al amparo de un título objetivo de imputación, un supuesto de privación de la libertad en el cual se entendió que la absolución de responsabilidad penal del sindicado se produjo con fundamento en circunstancias diversas tanto de las previstas en el varias veces mencionado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, como diversas también respecto de la aplicación del principio in dubio pro reo; discurrió así la Sala en sentencia del 7 de octubre de 2009:

“Siendo ello así, es menester recalcar que la medida de aseguramiento impuesta en contra del concejal investigado estuvo ajustada a derecho, pues las pruebas obrantes en ese momento en el proceso penal así lo indicaban.

Sin embargo, a medida que fue transcurriendo el proceso penal y se fueron evacuando las pruebas allegadas al mismo, se demostró que el sindicado obró con la convicción errada e invencible de que con su proceder no incurría en ninguna violación del ordenamiento penal, y puesto que el delito por el cual se le investigó exigía un obrar doloso por parte del sindicado, y en este caso ello no ocurrió, la Fiscalía ordenó precluir la investigación penal iniciada en su contra.

Bajo las circunstancias anteriores resulta desproporcionado pretender que se le pueda exigir al afectado con la medida de aseguramiento que asuma en forma inerme y como si se tratase de una carga pública que todos los coasociados deben asumir en

condiciones de igualdad, la privación de su derecho a la libertad durante un período aproximado de cuatro meses, máxime cuando la entidad que afectó la libertad del sindicato concluyó que la conducta desarrollada por el Concejal Naranjo Saavedra se encontraba amparada por una causal excluyente de culpabilidad.

Si bien al inicio de la investigación penal adelantada en contra del señor Naranjo Saavedra existían algunos elementos de prueba que podían hacerle figurar como presunto responsable de la comisión del ilícito imputado, lo cierto es que el transcurrir del proceso penal evidenció una situación completamente distinta.

No puede exonerarse al Estado de responsabilidad cuando a pesar de haber dictado una medida de detención con el lleno de los requisitos que exige la Ley para el efecto, profiere posteriormente una resolución de preclusión de la investigación por encontrar que el comportamiento desarrollado por el procesado se encontraba amparado por una causal excluyente de culpabilidad.

Puede concluirse, entonces, que en los eventos en los que se demuestre que la privación de la libertad fue injusta, y ésta lo será siempre que se acredite en el proceso que el afectado con la medida restrictiva no tenía porqué soportarla, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal ya derogado”.

El panorama descrito refleja una importante falta de la claridad, deseable para un tema de esta trascendencia, razón por la cual estimo que el fallo al cual se refiere la presente salvedad de voto ahonda en la dificultad para comprender cuál es el título de imputación aplicable a los casos de privación injusta de la libertad; por tal motivo, a continuación expresaré mi parecer en relación con el anotado asunto.

2. El título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales la víctima alega que fue injustamente privada de la libertad, como consecuencia de haber sido proferida en su favor sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente.

En mi criterio, del título jurídico de imputación aplicable a los eventos de privación injusta de la libertad son predicables las siguientes particularidades:

2.1. - Se trata de un título de imputación o de un régimen de responsabilidad cuyo fundamento debe ubicarse en el artículo 90 de la Constitución Política y no en un precepto legal, hoy derogado, como el contenido en el otrora vigente artículo 414 del Decreto 2700 de 1991; éste constituía un referente normativo cuya existencia

bien puede entenderse que contribuía a respaldar el análisis que debe realizarse respecto de la responsabilidad del Estado por el hecho de las autoridades jurisdiccionales bajo la égida del artículo 90 constitucional, pero dicho examen ha debido - en vigencia del citado artículo 414 - y debe en la actualidad, centrarse en establecer si se ha producido un daño antijurídico, esto es, que la víctima no se encuentre en el deber jurídico de soportar y si el mismo resulta jurídicamente imputable a la acción o a la omisión de una autoridad pública - adscrita a la Rama Judicial, para efectos del tipo de eventos a los cuales se viene haciendo referencia - , únicos presupuestos a los cuales hace referencia el canon constitucional en mención.

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

Tal fue el argumento que la Sala, indiscutidamente, ha acogido con el propósito de justificar tanto la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en eventos diversos de los contemplados expresamente en el citado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 - como, por ejemplo, en los casos en los cuales se produce la exoneración de responsabilidad penal en aplicación del principio in dubio pro reo, ya citados, o en aquellos en los que la medida privativa de la libertad es diferente de la detención preventiva, verbigracia, la caución prendaria⁹⁹ - frente a supuestos ocurridos aún en vigencia

⁹⁹ En este sentido, la Sala ha sostenido lo siguiente:

“De manera que, las obligaciones derivadas de la medida cautelar dineraria (caución prendaria) la obligación de no cambiar de domicilio ni salir del país sin previa autorización de la autoridad judicial respectiva, a la postre pueden generar un daño antijurídico cuando se establezca, entre otras hipótesis que la conducta no fue cometida por el sindicado. En tanto esa decisión judicial revela el daño anormal que se hizo padecer al sindicado.

La limitación de las libertades de locomoción y de residencia no es, pues, una carga que todos los ciudadanos deban soportar por igual, por tanto cuando se demuestre que el administrado no cometió el hecho que sirvió de base a la medida cautelar y acredite los perjuicios que la misma le ocasionó, habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado al haber sido impuesta a un ciudadano una carga desproporcionada, que causa a una persona un daño antijurídico, de todo lo cual se deriva la responsabilidad del Estado.

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

En otros términos, la regulación prevista en el citado artículo 414 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal a pesar de estar dirigida concretamente a normativizar los casos de detención

de dicha disposición, como, más significativo aún, también con el fin de apartarse de interpretaciones restrictivas de la mencionada cláusula general de responsabilidad estatal, como la prohijada por la Corte Constitucional en la sentencia C - 037 de 1996 o la que pudiera derivarse de una hermenéutica restringida en relación con los artículos 65 y siguientes de la Ley 270 de 1996, extremos éstos en relación con los cuales la Sala expresó, de forma unánime y con posteriores reiteraciones, lo que a continuación se transcribe:

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

Sin embargo, tal conclusión no consulta la obligación del intérprete de buscar el sentido de las disposiciones no de forma aislada e inconexa, sino en el conjunto tanto del cuerpo normativo en el cual se insertan, como de la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, poniéndolas en contacto con aquellos preceptos de la Norma Fundamental que no pueden soslayarse al momento de precisar su contenido y alcance. En consecuencia, mal podría identificarse el significado del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, prescindiendo de una hermenéutica sistemática con las demás normas de la misma Ley Estatutaria que regulan el objeto al cual ella se refiere o, peor aún, omitiendo conectarla con el artículo 90 constitucional, piedra angular del régimen de responsabilidad del Estado operante en Colombia desde que rige la Carta Política de 1991. Y ese ejercicio es el que, dicho sea de paso, ha efectuado la Corte Constitucional en la comentada sentencia C - 037 de 1996, así como en pronunciamiento posterior del que a continuación se dará cuenta.

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

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

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

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

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

Como corolario de lo anterior, ha de entenderse que la hipótesis precisada por el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, 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 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 de 1997, mediante la cual los encontró ajustados a la Carta Fundamental. En consecuencia, los demás supuestos en los cuales el juez de lo contencioso administrativo ha encontrado que la privación de la libertad ordenada por autoridad competente ha conducido a la producción de daños antijurídicos, con arraigo directamente en el artículo 90 de la Carta, tienen igualmente asidero tanto en la regulación que de este ámbito de la responsabilidad estatal efectúa la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con este asunto. De manera que aquellas hipótesis en las cuales la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado —a la que se hizo referencia en apartado precedente— ha determinado que concurren las exigencias del artículo 90 de la Constitución para declarar la responsabilidad estatal por el hecho de la Administración de Justicia al proferir medidas de aseguramiento privativas de la libertad, mantienen su aplicabilidad tras la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo demás, se ha mostrado plenamente de acuerdo con la aplicabilidad de todos los regímenes de responsabilidad estatal consolidados por la jurisprudencia Contencioso Administrativa, a todas las autoridades públicas sin excepción, es decir, sin diferenciar según la Rama del Poder Público en la que se inscriban. Así lo explicitó, de manera rotunda, en pronunciamiento posterior a la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996¹⁰⁰, en el cual manifestó:

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

“Ahora bien, como se ve, el actual mandato constitucional es no sólo imperativo —ya que ordena al Estado responder— sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

(...)

La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente construidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces "la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual"¹⁰¹. Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 "es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual"¹⁰² (destaca la Sala).

Y a continuación, extensamente, el máximo Tribunal en la Jurisdicción Constitucional prohija la construcción de los diversos regímenes de responsabilidad que la jurisprudencia Contencioso Administrativa ha consolidado a partir de la noción de daño antijurídico, coincidiendo con el Consejo de Estado en que este último concepto supone la ampliación del espectro de posibilidades de reconocimiento de la responsabilidad del Estado en la medida en que traslada el centro de atención, de la conducta de la autoridad pública —que ya no será el único extremo relevante— hacia la posición jurídica del ciudadano a quien se han causado los perjuicios, perjuicios respecto de los cuales habrá que preguntarse si se derivan de la producción de un daño antijurídico. Sostiene, en este sentido, la Corte:

(...)

En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. En esa línea argumentativa, por lo demás, se ha pronunciado, recientemente, la doctrina:

«En nuestro criterio, debe entenderse que, en cumplimiento del artículo 90 de la Constitución Política, los jueces de lo contencioso administrativo pueden declarar que el Estado está obligado a indemnizar a quien se cause un perjuicio antijurídico, como consecuencia de la acción u omisión de cualquier juez de la República, incluidos aquellos que forman parte de las altas cortes, y aunque el acto judicial haya sido proferido conforme a la ley y ya

¹⁰¹ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Expediente 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁰² Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

no se encuentre vigente, por haber sido revocado con posterioridad.

En todo caso, y en cuanto a la evolución jurisprudencial en materia de privación injusta de la libertad —punto que aquí interesa—, vale la pena pensar que la tendencia construida por la Sección Tercera del Consejo de Estado continúe, incluso, cuando deba aplicar la ley 270 de 1996 y la interpretación constitucional de que se ha dado cuenta [se refiere a la citada sentencia C - 037 de 1996].

Para ello es necesario tomar en consideración varios aspectos:

1. La sola circunstancia de que el legislador regulara, por separado, la detención injusta (artículo 68) y el error jurisdiccional (artículos 66 y 67), como fuentes distintas e independientes de la responsabilidad del Estado, muestra con claridad que la estructuración de aquélla no estaba sujeta al presupuesto de éste; si el entendimiento no hubiera sido ése, una única norma —la del error jurisdiccional— bastaba para cubrir todos los casos.

(...)

3. Reducir la detención arbitraria es, sin duda, eliminar casi por completo esta fuente de responsabilidad estatal, con desconocimiento de los claros presupuestos del artículo 90 constitucional. En efecto, dada nuestra regulación procesal penal, son completamente excepcionales los casos en que la medida resulte contraria a derecho; en cambio serán más numerosos aquéllos en que, a pesar de ser legal resulte, sin embargo, injusta»¹⁰³ (subraya la Sala)¹⁰⁴.

2.2. - Los dos últimos párrafos de la extensa transcripción que acaba de realizarse resultan útiles para recordar que el título jurídico de imputación consistente en la privación injusta de la libertad, recogido en el artículo 68 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, cuenta con entidad jurídica propia e independiente respecto de los demás títulos de imputación mencionados en dicho cuerpo normativo, a saber: el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, a cuya configuración habrá lugar razonablemente en eventos en los cuales se evidencie la ocurrencia de auténticas fallas en el servicio.

Pero la privación injusta de la libertad, incluso en los términos normativos aludidos, no precisa para su operatividad de la presencia de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento o de una determinada falla del servicio. Basta con que respecto de una persona a la cual se privó de la libertad por orden de autoridad

¹⁰³ HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier Eduardo y FRANCO GÓMEZ, Catalina, *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, pp. 195-197.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2.007; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adiel Molina Torres y otros; Demandado: Nación – Rama Judicial.

judicial se pueda concluir también que nunca se consiguió desvirtuarle su presunción constitucional de inocencia, para tener que afirmar que no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños derivados de la pérdida de su libertad.

A tal efecto, por tanto, resulta indiferente que el obrar de la Administración de Justicia haya sido ajustado o contrario a Derecho, pues si la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, como se expresó en varios de los pronunciamientos hasta ahora citados en este voto individual, será intrascendente –en todo sentido– que el proceso penal hubiere funcionado correctamente, pues lo cierto será, ante situaciones como la que se deja planteada, que la responsabilidad del Estado deberá declararse porque, aunque con el noble propósito de garantizar la efectividad de varios de los fines que informan el funcionamiento de la Administración de Justicia, se habrá irrogado un daño especial a un individuo, ello en la medida en que mientras la causación de ese un daño habrá de redundar en beneficio de la colectividad, sólo habrá afectado de manera perjudicial a quien se privó de la libertad y, por tanto, dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento vigente, en los términos establecidos en el aludido artículo 90 constitucional.

Cosa distinta es que en un supuesto concreto - como de hecho pudo haber ocurrido en el asunto sub iudice y en el pronunciamiento del cual me aparto mediante el presente salvamento de voto - , además del título objetivo de imputación consistente en el daño especial que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad - y, bueno es reiterarlo, la injusticia de la medida derivará de la intangibilidad de la presunción constitucional de inocencia que ampare al afectado - , también concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por error jurisdiccional o por defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. En tales eventos, como insistentemente lo ha señalado esta Sala cuando el caso puede ser resuelto ora a través de la aplicación de un régimen objetivo, ora al amparo de uno subjetivo de responsabilidad, el contenido admonitorio y de reproche que para la Administración reviste la condena con base en este último título de imputación determina que el fallo se sustente en la falla en el servicio y no el régimen objetivo que hubiere resultado aplicable.

Pero tal escenario, que perfectamente puede presentarse cuando se trata de la privación injusta de la libertad - la cual, ab initio y por regla general, en atención a las razones expuestas, determina la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad fundado en el daño especial que se irroga a la víctima en beneficio de la colectividad interesada en el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia - , resulta completamente diferente de aquel encaminado a sostener que en los eventos de privación injusta de la libertad el título jurídico de imputación que deba prohijarse sea el de la falla del servicio y que sólo de forma residual podría tener cabida un régimen objetivo de responsabilidad. Tal planteamiento, amén de desconocer la intangibilidad de la presunción de inocencia no desvirtuada en cabeza de la víctima, también limita y reduce, sin facultad alguna para hacerlo, el alcance del precepto constitucional que consagra dicha presunción a favor de todos los habitantes del territorio nacional, al tiempo que torna en nugatorios los ingentes esfuerzos argumentativos que la Sala ha efectuado –para no ir más lejos, en el propio fallo mediante el cual se dirime el presente litigio–, con miras a destacar la importancia, el significado y carácter fundamental y central que le corresponde a la libertad como valor fundante del Estado Constitucional y democrático de Derecho.

Por esa vía resulta claro que dejan de tomarse en serio tanto el protagonismo que en la existencia misma del Estado Democrático de Derecho le corresponde a la libertad –en cuanto fin esencial y a la vez fundamento del mismo– como la presunción de inocencia, indispensable e insustituible para asegurar la protección efectiva de la libertad, cuando la reparación de los daños derivados de las transgresiones a las aludidas garantías constitucionales se hace depender de la ilicitud del proceder de la Administración de Justicia.

Cómo sostener, con un mínimo de coherencia y de seriedad, que por solo el hecho de que la privación de la libertad de un individuo se hubiere dispuesto con sujeción a los mandatos legales vigentes y, por tanto, mediante un proceder lícito, el Estado estaría eximido de responder por los perjuicios que le hubiere ocasionado por razón de dicha detención a pesar de que el correspondiente juicio penal hubiere concluido con la expedición de fallo de inocencia a favor del sindicado? Podrá sostenerse entonces que ese individuo está en el deber jurídico de sacrificar su libertad o, lo que es lo mismo, soportar la privación de su libertad, única y exclusivamente para que la sociedad pueda beneficiarse de la observancia y la aplicación de las normas penales que regulan esa clase de procesos? A qué

quedaría entonces reducido el valor de la libertad, aquél que justifica y explica la existencia¹⁰⁵ misma de la Constitución Política y que a la vez constituye uno de sus principales cometidos y fines esenciales –como que la limitación al ejercicio del poder público sólo cobra sentido en función de asegurar la efectividad real de la libertad de los asociados– acaso pasaría de ser un propósito esencial –fin esencial– a un simple medio que facilite la existencia de la sociedad y la convivencia en comunidad de tal manera que los individuos tuvieran el deber de soportar su privación y su sacrificio en aras de facilitar la consecución de ese nuevo fin ?

A tal inversión de valores, en mi criterio, desafortunadamente conduce el planteamiento que recoge y materializa el fallo citado en la referencia y, dado lo que al respecto se deja expuesto, en cuanto entiendo que la libertad constituye valor insustituible e indispensable para la existencia misma de un Estado Constitucional y Democrático, de ninguna manera puedo compartir, bajo ninguna circunstancia, que se le pueda o quiera invertir, trastocar o reducir su papel al pasarlo de fin esencial a medio instrumental, porque ello, a su turno, denota una concepción por completo errada tanto de la noción misma de Constitución Política como del Estado de Derecho y refleja una muy grave y seria disconformidad en cuanto al sentido, al alcance y a los efectos que se derivan de las nociones de Democracia y de Estado Constitucional, consustanciales a la estructuración misma de nuestro Estado Social y de Derecho.

2.3. - Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden - y deben - ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o solo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá

¹⁰⁵ En los regímenes absolutistas, no democráticos, en los cuales no existe –en el verdadero sentido de su expresión–, **libertad** para los individuos y en los cuales, por tanto, no existe propósito real de garantizarla de manera efectiva, tampoco existe una verdadera Constitución Política, por elemental sustracción de materia, en la medida en que carecería de sentido limitar el ejercicio del Poder, porque su abuso frente a los individuos no desencadenaría consecuencia alguna para el Estado y, por ello mismo, tampoco se requeriría una separación de poderes porque en esa misma línea dejaría de tener sentido un sistema de pesos y contrapesos que sólo se justifica y se explica en función de la protección de los Derechos de los asociados, amén de que la consagración de una Carta de Derechos en esos escenarios no tendría más propósito que el de cumplir un papel puramente formal y teórico.

preferirse el correspondiente fallo absolutorio o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, dolosa o culposamente, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal. Así lo ha entendido la Sala, por vía de ejemplo, a través de la siguiente argumentación:

“De acuerdo con la síntesis que en apartado precedente de este proveído se efectuó respecto de la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de responsabilidad estatal por el hecho de la privación de la libertad ordenada por autoridad judicial competente y descendiendo al caso concreto, los presupuestos fácticos del sub lite podrían ser encuadrados, en principio, en el régimen de responsabilidad derivado de la privación injusta de la libertad que tiene lugar cuando, a pesar de que la medida de aseguramiento ha sido legalmente proferida como quiera que reunía el pleno de los requisitos legales para ser emitida, a la postre el imputado es puesto en libertad porque durante el curso del proceso penal se demuestra que el hecho por el cual se le acusaba no era constitutivo de delito.

Nada obstaría para entender que, frente a supuestos como el descrito, que no encuadran en la hipótesis fáctica del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el fundamento de la responsabilidad del Estado puede encontrarse en otros preceptos de la misma Ley – como el inciso primero del artículo 65 o el artículo 69 ejusdem - pero, en todo caso y sin lugar a la menor hesitación, en el artículo 90 de la Constitución Política, en la cual tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996 –como suficientemente se explicó al hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este sentido - todos aquellos supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia, que no están contemplados –más no por ello excluidos, se insiste - en el premencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Sin embargo, dadas las particularidades del presente caso y consecuentemente con la línea jurisprudencial a la que, igualmente, se aludió en precedencia —de acuerdo con la cual la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad a la Administración—, no puede menos que concluirse que, con base en los elementos de prueba a los cuales se ha hecho alusión, está demostrada en el expediente la concurrencia de la culpa exclusiva de la víctima, señora Adielia Molina Torres, en el acaecimiento del resultado en que se tradujo la decisión de la Fiscalía General de la Nación al proferir una medida de aseguramiento en su contra, esto es, la pérdida de su libertad.

Y es que, a juicio de la Sala, está plenamente acreditada en el expediente la inexistencia de vínculo causal —desde la

perspectiva de la causalidad adecuada, se entiende— entre la tantas veces mencionada medida de aseguramiento y los perjuicios por cuya indemnización se reclama en el sub lite, previa declaratoria de la responsabilidad del Estado por los hechos que dieron lugar a la iniciación del trámite procesal que esta providencia decide, pues, como lo concluyó la agente del Ministerio Público ante esta Corporación –cuyo criterio la Sala comparte - y así también lo decidió el Tribunal Administrativo del Cesar en primera instancia, la privación de la libertad de la señora Molina Torres no tuvo su causa eficiente o adecuada en la actividad de la Administración de Justicia - a pesar de ser la causa inmediata - , sino en la conducta asumida por la víctima.

Para la Sala no ofrece duda alguna el hecho de que la señora Adiola Molina Torres no obró en la forma debida o, mejor, en la que le era jurídicamente exigible en el desempeño de sus funciones como almacenista. Por el contrario, actuando con negligencia e imprudencia máximas, dado el desorden, la impericia, el desgreño y la incuria con las cuales manejó los bienes y haberes a su cargo, dio lugar a que, cuando se practicó la experticia correspondiente dentro de la investigación penal, apareciera comprometida por los faltantes encontrados en el almacén, lo cual la implicaba seriamente en la comisión del presunto delito que se le imputaba y que dio lugar a que, con el lleno de los requisitos legales –se insiste - , se profiriera la referida medida de aseguramiento en su contra.

Sólo como consecuencia de las diligencias adelantadas posteriormente dentro de la investigación penal y, en especial, con ocasión de la inspección judicial, se logró establecer que el faltante que hacía aparecer el desorden en el cual se encontraba la dependencia en cuestión, realmente no tenía la trascendencia como para ser considerado un hecho punible. Pero los elementos de prueba obrantes en contra de la aquí accionante estuvieron gravitando hasta cuando la propia autoridad pública investigadora se ocupó de establecer que el ilícito no había ocurrido, razón por la cual el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de Administración de pronta y cumplida Justicia.

La reprochable conducta de la víctima, en el caso sub examine, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2.007; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez; Radicación No.: 20001-23-31-000-3423-01; Expediente No. 15.463; Actor: Adiola Molina Torres y otros; Demandado: Nación – Rama Judicial.

2.4. - La posibilidad - obligación para el Juez de lo Contencioso Administrativo consistente en analizar la incidencia del papel de la víctima de la privación de la libertad en el curso lesivo correspondiente, con fundamento en el material probatorio que se recaude en el proceso, incluidas las probanzas debidamente trasladadas del expediente penal, resulta determinante, entonces, a efecto de establecer, por ejemplo, si la víctima se expuso imprudentemente al riesgo de ser privada de la libertad y, por tanto, no podría formularse reproche al proceder del Estado o la responsabilidad del mismo debería verse minorada, si fue la persona privada de su libertad la que creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó - total o parcialmente - en la producción del resultado dañino.

En ese orden de ideas, el examen de las eximentes de responsabilidad que pudieren operar, también, tratándose del régimen objetivo de responsabilidad por daño especial en los eventos de privación injusta de la libertad, con apoyo en el material probatorio recaudado en el proceso penal - si fue debidamente arrimado al expediente contencioso administrativo - pero sin sujeción a las valoraciones y conclusiones de la autoridad judicial penal - como insistentemente lo ha reconocido esta Sala - y manteniendo las evidentes diferencias que se dan en cuanto a los principios y a los esquemas de razonamiento que operan en una y otra Rama de la Jurisdicción, ese examen, digo, libera al Juez de lo Contencioso Administrativo de tener que hacer depender su decisión de cuestiones como, por ejemplo, el fundamento de la exoneración de responsabilidad de la víctima dentro del proceso penal, pues más allá de establecer si dicha exención obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no se consideró punible - ora por falta de tipicidad, bien por ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad - o a cualquiera otra causa, lo importante, desde la perspectiva del Derecho Administrativo, según lo impone el artículo 90 constitucional, es establecer si la víctima se encontraba, o no, en el deber jurídico de soportar el daño que le haya sido irrogado.

Y la víctima estará en el deber jurídico de soportar - total o parcialmente - dicho daño, si se expuso dolosa o imprudentemente a la respectiva medida de aseguramiento: que tal circunstancia, en no pocos casos concretos, pueda coincidir con que en el proceso penal la exoneración de responsabilidad haya derivado de la aplicación de una causal excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad, no deja de resultar una cuestión llamativa, pero absolutamente

intrascendente desde la perspectiva del proceso contencioso administrativo, en el cual, se insiste, lo que interesa es establecer si la víctima está en el deber jurídico de soportar el daño, o no, según que se encuentren demostrados los presupuestos de alguna eximente de responsabilidad que hagan jurídicamente improcedente imputar el daño al Estado, con absoluta independencia de la operatividad de categorías propias del derecho penal - como las citadas causales excluyentes de antijuridicidad o de culpabilidad - las cuales carecen de trascendencia estructural en el juicio Contencioso Administrativo y, si acaso, podrían constituir un elemento más - como muchos otros - de los que pueden ser valorados por el Juez Administrativo en este tipo de asuntos.

En consonancia con lo anterior, a mi entender, en el fallo del cual me aparto mediante este voto individual, la Sala ha debido ocuparse de analizar el comportamiento de la víctima directa del daño a efectos de establecer si el mismo generó un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en la producción del resultado dañino o, dicho en otros términos, si el señor Rogelio Aguirre López, de manera dolosa, culposa o imprudente, incurrió en algún proceder que lo hubiere expuesto imprudentemente a ser objeto de la medida de aseguramiento que fue proferida en su contra y, por tanto, más allá de las irregularidades en las cuales incurrió la entidad pública accionada en el sub judice, determinar si eventualmente se encontraba en el deber jurídico - derivado de las consecuencias de sus propios actos - de soportar, total o parcialmente, los efectos nocivos derivados de la privación de la libertad a la cual se vio sometido.

Sin embargo, la Sala decidió prescindir de la realización de todo razonamiento o consideración en relación con este extremo y procedió a afirmar - incorrectamente, en mi sentir, por las razones ya expuestas - que este tipo de casos deben ser resueltos, como regla de principio, bajo la égida de un régimen subjetivo de responsabilidad y condena con base en la falla del servicio, sin examinar el comportamiento de la víctima, análisis que podría haber conducido, o no, a conclusiones diversas de las prohijadas por la mayoría.

2.5. - Finalmente, con el sosiego que me ha permitido la reflexión acerca de este tema a lo largo de los años, cada vez me convenzo de forma más intensa de que, así sea desde una perspectiva estrictamente conceptual, los eventos de responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas plantean un supuesto - aunque de forma mediata - de

responsabilidad del Estado por el hecho de la ley, pues es el Legislador el que ha optado - legítimamente, por supuesto - por poner en manos de las autoridades judiciales penales –incluso en la modalidad de mandato de imperativa aplicación– una herramienta tan necesaria y eficaz para combatir el delito y para propender por una recta y cumplida Administración de Justicia, como riesgosa para los ciudadanos, cual es la posibilidad de disponer de la privación de la libertad de éstos cuando aun no se ha desvirtuado la presunción constitucional de inocencia que los acompaña y los ampara.

En tales eventos, aunque la medida de aseguramiento haya sido regularmente proferida y resulte conforme a Derecho, porque concurrían, al momento de su adopción, las exigencias legalmente previstas para el efecto, se mantiene latente el riesgo de que la presunción de inocencia del privado preventivamente de la libertad nunca se desvirtúe y se le cause, por consiguiente, un daño que no se encuentra en el deber jurídico de soportar.

Es el legislador - insisto, aunque de forma mediata - el que autoriza o incluso ordena que tales daños puedan producirse, en beneficio de la colectividad que tiene interés en que la Administración de Justicia funcione de manera eficiente, pero con evidente ruptura del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a las cargas públicas, en detrimento del particular afectado con la privación de la libertad; así pues, la ley que tal cosa autoriza, al tiempo que resulta plenamente ajustada a la Constitución Política, con su aplicación ocasiona un daño que el afectado individualmente considerado no tiene el deber jurídico de soportar y, por tanto, le debe ser reparado con base en argumentos similares a los que han permitido a esta Corporación declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, también al amparo del título jurídico de imputación consistente en el daño especial, por el hecho de la ley ajustada a la Carta Política¹⁰⁷.

La anterior digresión no tiene por objeto proponer que la responsabilidad del Estado por privación de la libertad, en lo sucesivo, deje de tratarse como un evento de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia para pasar a examinarse y definirse como uno de responsabilidad por el hecho de

¹⁰⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 25 de agosto de 1998; Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros; Expediente: IJ-001; Actor: Vitelina Rojas Robles y otros; en el mismo sentido, véase Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 1998; expediente IJ-002; actor: Leonor Fandiño de Tarazona y otros.

la ley - con el cúmulo de inconvenientes que ello podría suponer, para no ir más lejos, en asuntos como la legitimación en la causa por pasiva - , sino que se formula esta reflexión, por ahora, solamente con el objeto de abundar en argumentos encaminados a evidenciar que el daño especial es el título jurídico de imputación que debe aplicarse, en línea de principio, en este tipo de eventos, como lo impone el artículo 90 constitucional - por las razones antes señaladas - y como lo determinan, asimismo, las trasgresiones a la libertad individual que, en beneficio de la sociedad, se consuman sin que se desvirtúe la presunción constitucional de inocencia de la persona cuya responsabilidad penal no queda comprometida dentro del proceso correspondiente.

En los términos expuestos, según los anotados desarrollos jurisprudenciales de la propia Sala y con las precisiones que me he permitido señalar, dejo consignadas las razones que determinaron que en el presente caso concreto debiera apartarme de la decisión adoptada mayoritariamente.

Con todo respeto,

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Consejero de Estado