

CONSEJERA PONENTE: STELLA CONTO DÍAZDELCASTILLO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

Proceso número: 250002326000199902512 01 (22.811)

Asunto: REPARACIÓN DIRECTA

Actor: ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE
LA NACIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 30 de noviembre de 2001, mediante la cual se resolvió:

PRIMERO: Declárense administrativa y patrimonialmente responsables a la Nación-Fiscalía General de la Nación, por la detención injusta a que fueron sometidos los señores ÉDGAR EDUARDO BERNAL GARAY y SANTIAGO ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ (sic) por actuaciones de la entidad demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios materiales a favor de ÁLVARO DSANTIAGO (sic) SUÁRES (sic) la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$6'595.376) y para ÉDGAR EDUARDO BERNAL GARAY la suma de DIEZ Y OCHO (sic) MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$18'326.640).

Condénase a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios morales el equivalente a: TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales para el señor ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ en su calidad de víctima; el equivalente a VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales para GLORIA INÉS GALLO BERNAL en calidad de esposa del afectado y el equivalente a QUINCE (15) salarios mínimos legales mensuales para cada una de las hijas DIANA CAROLINA SUÁREZ GALLO y LYDA MARGARITA SUÁREZ GALLO.

Y el equivalente a TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales para el señor ÉDGAR GARAY BERNAL (sic) en su calidad de víctima; el equivalente a VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales para FLOR MARÍA CASTILLO en calidad de compañera permanente; el equivalente a QUINCE (15) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los hijos MACGYVER HESNAYDER BERNAL JIMÉNEZ, DARLIN WILFOR BERNAL, ÉDGAR YULIÁN Y JEFFERSON STEVEN BERNAL JIMÉNEZ. Y para los señores ISAÍAS BERNAL¹ Y CLOTILDE GARAY en su calidad de padres el equivalente a VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales para cada uno.

TERCERO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Sin condena en costas.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis del caso

De conformidad con la demanda², por la supuesta comisión de los delitos de tráfico de armamento de largo y corto alcance de diferentes calibres y municiones, fueron capturados los señores Édgar Eduardo Bernal Garay y Álvaro Santiago Suárez, el 10 de julio de 1995.

El día 12 siguiente, la Fiscalía General de la Nación abrió investigación en su contra. Resolvió su situación jurídica el 21 de julio posterior, imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, en calidad de coautores y presuntos responsables del delito de venta de armas de defensa personal, en concurso con el reato de rebelión.

¹ Cabe aclarar que el señor Isaías Bernal no es mencionado en la demanda como actor y solo hasta la sentencia se hace mención del mismo.

² Folios 7 al 13 del cuaderno principal. Fue presentada el 8 de octubre de 1999.

Mediante providencia del 12 de junio de 1996, la Fiscalía General de la Nación dictó resolución de acusación en contra de los mencionados, en su condición de coautores a título de dolo del delito de fabricación y tráfico de armas de fuego de defensa personal.

Con motivo de estas determinaciones judiciales, los señores Édgar Eduardo Bernal Garay y Álvaro Santiago Suárez fueron separados de sus cargos como suboficial del Ejército Nacional en el grado de Sargento Viceprimero y D2 en el batallón de mantenimiento, respectivamente.

El Juzgado Regional de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 5 de marzo de 1997, absolvió a los encartados y ordenó su libertad, decisión que fue confirmada el 8 de octubre de 1997 por el Tribunal Nacional.

2. Lo que se pretende

Con fundamento en lo expuesto, los señores Álvaro Santiago Suárez; Edilia Suárez de Ortiz; Gloria Inés Gallo Bernal; Lyda Margarita y Diana Carolina Suárez Gallo; Édgar Eduardo Bernal Garay; Darlin Wilfor Bernal Tarache; Édgar Yulián, Jefferson Steven y Macgiver Hesnayder Bernal Jiménez, Ana Clotilde y Héctor Hernán Garay; José Iván Bernal Garay; Ana Beatriz, Carlos Arturo, Juan Bautista y Alfredo Garay Montero, y Flor María Castillo Alarcón formulan en contra de la Nación- Rama Judicial - Fiscalía General, demanda de reparación directa, por la que solicitan las siguientes declaraciones y condenas:

- 1. Declárese que la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL son administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios morales, objetivados y subjetivados, psicológicos, biológicos y materiales, tanto por daño emergente como por lucro cesante, actuales y futuros, incluidas la corrección monetaria e intereses comerciales y moratorios, causados a los demandantes como consecuencia de la privación ilegal e injusta de la libertad de los señores ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ y ÉDGAR EDUARDO BERNAL GARAY, con motivo de la falla en el servicio por error jurisdiccional.*
- 2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-*

DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-, a resarcir plenamente los perjuicios de toda índole inferidos a cada uno de mis representados con los hechos constitutivos de la causa petendi, que serán esbozados en el acápite posterior, ordénese a las demandadas, a pagar a los actores lo siguiente:

2.1 Al señor ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19'352.527 de Bogotá, por intermedio de sus apoderados y al señor ÉDGAR EDUARDO BERNAL GARAY, identificado con cédula de ciudadanía No. 9'652.927 de Yopal, por intermedio de sus apoderados, las siguientes cantidades líquidas de dinero por los conceptos especificados en cada caso que a continuación se expresan:

- a. Para cada uno de los demandantes mencionados en el presente numeral (2.1), el valor de CINCO MIL GRAMOS DE ORO PURO al precio que tenga a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin a la presente litis, según lo certifique el Banco de la República, por concepto de perjuicios morales.*
- b. Para cada uno de los actores antes mencionados, el valor de CINCO MIL GRAMOS DE ORO PURO, al precio que tenga a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin a la presente litis, según lo certifique el Banco de la República, por concepto de perjuicios biológicos.*
- c. Para cada uno de los actores antes mencionados, el valor de CINCO MIL GRAMOS DE ORO PURO, al precio que tenga a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin a la presente litis, según lo certifique el Banco de la República, por concepto de perjuicios psicológicos.*

2.2 Para GLORIA INÉS GALLO BERNAL, LIDA (sic) MARGARITA SUÁREZ GALLO, DIANA CAROLINA SUÁREZ, EDILIA SUÁREZ DE ORTIZ, DARLYN (sic) WILFOR BERNAL TARACHE, ÉDGAR YULIÁN BERNAL JOMENEZ (sic), JEFFERSON STEVEN BERNAL JIMÉNEZ, MACGIVER SNEIDER (sic) BERNAL JIMÉNEZ, ANA CLEOTILDE (sic) GARAY, HÉCTOR HERNÁN BERNAL GARAY, JOSÉ IVÁN BERNAL GARAY, ANA BEATRIZ GARAY MONTERO, CARLOS ARTURO GARAY MONTERO, JUAN BAUTISTA GARAY MONTERO, ALFREDO GARAY MONTERO y FLOR MARÍA CASTILLO ALARCÓN, por intermedio de sus apoderados, las siguientes cantidades líquidas de dinero, por los conceptos que en cada caso se expresan:

- a. Para cada uno de antes relacionados actores el valor de mil gramos de oro puro, teniendo en cuenta el precio que certifique el Banco de la República para la fecha de*

ejecutoria de la providencia que ponga fin a la presente litis, por concepto de perjuicios morales.

- b. Para cada uno de los demandantes mencionados el valor de mil gramos de oro puro, al precio que según certificación del Banco de la República tenga para la fecha de ejecutoria del proveído que ponga fin al proceso, correspondiente a los perjuicios biológicos.*
- c. Para cada una de las personas relacionadas en el numeral 2.2, la cantidad de mil gramos de oro puro, teniendo en cuenta el precio que certifique la entidad respectiva, para la fecha en que adquiriera firmeza el proveído que ponga fin al proceso, derivados de indemnización por perjuicios psicológicos.*

2.3 Para cada uno de los demandantes enunciados, por intermedio de sus apoderados, las sumas líquidas que se demuestren dentro del proceso, por concepto de perjuicios materiales.

2.3.1 En subsidio de la pretensión 2.3, se condene a la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a pagar a los señores ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ Y ÉDGAR EDUARDO BERNAL GARAY por intermedio de sus apoderados, el valor de CUATRO MIL GRAMOS DE ORO PURO, al precio que para la fecha de ejecutoria de la providencia con la cual culmine el proceso certifique el Banco de la República, por concepto de perjuicios materiales, teniendo en cuenta las sumas dejadas de percibir por los demandantes, con motivo de la detención injusta e ilegal las cantidades erogadas a favor de los profesionales del derecho que realizaron las defensas técnicas, las sumas dejadas de percibir habida consideración del tiempo de readaptación, y demás detrimentos patrimoniales, resultado de la falla estatal.

- 3. Que las anteriores cantidades líquidas de dinero se paguen reajustadas en su poder adquisitivo en la forma prevista en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo (...)*
- 4. Que las anteriores sumas se paguen junto con los intereses corrientes y moratorios según lo previsto en nuestra normatividad contencioso administrativa.*
- 5. Condenar a la NACIÓN COLOMBIANA-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a cancelar a los accionantes las sumas invertidas en la consecución de asistencia jurídica especializada, que ha de entenderse como un hecho objetivo de disminución patrimonial, constitutivo de un perjuicio y no como una condena en costas;*

dichas erogaciones tienen relación de causalidad con el hecho mismo de las detenciones, y se quiere significar en estricto derecho, que no se invocan como presupuesto del ejercicio de la acción sino como materialización de un derecho económico venido a menos por un pago cuya causa es ajena a la voluntad de quien lo satisface e imputable a la demanda. Este monto equivaldría al 35% del valor total de la condena.

6. *Se ordene dar cumplimiento a lo prescrito en los cánones 176 y 177 de nuestra codificación contencioso administrativa.*

3. La defensa de las demandadas

La **Nación-Rama Judicial**³, a través de apoderado, dio contestación a la demanda en el sentido de señalar que la Fiscalía General de la Nación se ciñó a los lineamientos legales y constitucionales previstos al efecto, en el sentido de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales.

Es así que, establecido un indicio grave en contra de los señores Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay, lo procedente era dar aplicación a las medidas que el legislador pone a disposición del funcionario judicial, tales como la detención preventiva, como en efecto se hizo.

No quiere decir lo anterior que si el juez del caso determina la absolución de los acusados, ello implique que la detención impuesta fue ilegal, pues la totalidad de la actuación se desarrolló con base en las normas vigentes y el legislador permite privar de la libertad a investigados en situación como la de los mencionados, donde sus actuaciones dieron certeza al ente acusador sobre su participación en la comisión de delitos.

Por su parte, la **Fiscalía General de la Nación**⁴ indicó que debe ser exonerada dentro de este asunto, dado que su intervención procesal tuvo como base un

³ Folios 25 al 42 del cuaderno principal.

⁴ Folios 49 al 63 del cuaderno principal.

informe elaborado por el Comando del Batallón de Contrainteligencia del Ejército Nacional, el que conocido dio lugar a la investigación correspondiente.

Fue así como, establecidos indicios graves en contra de los implicados, se decretó la medida de aseguramiento, plenamente justificada y se procedió a adoptar las medidas necesarias para garantizar la comparecencia de los acusados a la investigación como lo permite el legislador.

Por todo lo anterior, sostuvo que su actuación no puede calificarse como constitutiva de una falla en el servicio, de modo que las pretensiones de la demanda deben ser negadas, máxime si se tiene en cuenta que no se materializó ninguno de los supuestos previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal.

4. Alegatos en primera instancia

La **Fiscalía General de la Nación**⁵ reiteró los argumentos esbozados en la contestación, esto es, porque, de acuerdo con las pruebas allegadas, la privación de la libertad a la que se refiere la demanda no puede ser calificada como injusta.

El representante del **Ministerio Público**⁶ conceptuó, luego de hacer un exordio sobre las circunstancias que rodearon la privación de la libertad de los encartados, en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda, dado que los elementos de la falla en el servicio se encuentran acreditados en este asunto, pues el daño sufrido por los demandantes es imputable a la administración que los privó de la libertad, sin perjuicio de la atipicidad de la conducta y ausencia de un indicio grave, con lo que se configuró una de las causales previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

⁵ Folios 83 al 92 del cuaderno principal.

⁶ Folios 94 al 110 del cuaderno principal.

La **parte demandante**⁷ solicitó se acceda a las pretensiones, dado el evidente error jurisdiccional en que incurrieron las demandadas; en cuanto la autoridad judicial causó a los demandantes un daño que debe ser reparado, pues privó de la libertad a los señores Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay sin reparar que la conducta endilgada no es típica.

Concluyó, así, que ante uno de los supuestos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en los términos del artículo 90 de la Carta Política, las demandadas deben ser condenadas a responder patrimonialmente.

5. La sentencia apelada

Mediante sentencia del 30 de noviembre del 2001, la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸ concedió las pretensiones de la demanda, con base en que “(...) *se presenta uno de los supuestos de hecho contemplado por el mencionado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, por que (sic) Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay fueron privados de la libertad mediante detención preventiva dentro de investigación (sic) a cargo de la Fiscalía, y posteriormente en etapa de juicio se les absolvió, precisamente por encontrarse plenamente demostrado que la conducta desplegada por los sindicados no se adecuaba en el tipo penal que se les imputaba, puesto que los detenidos, fueron objeto de tal medida en virtud de que se les había encontrado en su poder proveedores de arma de fuego, pero en ningún momento la mencionada conducta se encuentra tipificada en la legislación penal; por otra parte, no existe elemento alguno que permita siquiera suponer que tal detención tuvo su origen en dolo o culpa grave a ellos atribuible, de manera que se presenta, sin lugar a dudas, uno de los casos de responsabilidad sin falta previsto por la norma a cargo del Estado*”.

6. Los recursos de apelación

⁷ Folios 111 al 119 cuaderno principal.

⁸ Folios 121 al 129 del cuaderno principal 2.

6.1 La **parte demandante** apela la decisión⁹. Solicita que la sentencia se modifique, en el sentido de incrementar las sumas concedidas por concepto de perjuicios moral y psicológico, si se tiene en cuenta que las posibilidades de ascenso de los señores Suárez y Bernal se vieron truncadas, además de que su calidad de ex convictos les dificultan las posibilidades de reintegrarse a la sociedad.

Aunado a esto, indica que debe concederse la indemnización por perjuicios morales solicitada a favor de los hermanos del señor Édgar Eduardo Bernal Garay, en la medida en que se vieron afectados con los hechos narrados en la demanda y la Constitución Política prevé la protección integral de la familia (art. 42), lo que comporta que, acreditado el parentesco, no queda sino concluir las relaciones de afecto de los hermanos entre sí.

6.2 La **Fiscalía General de la Nación** solicita la revocatoria del fallo¹⁰, dado que dentro de la investigación penal se encontraron indicios graves que hacían procedente la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva, comoquiera que quedó demostrado que los procesados trabajaron mancomunadamente para auxiliar a la guerrilla, mediante la gestión de compraventa de armas con destino a actividades subversivas.

Es así que la actuación de la demandada no puede ser calificada como ilegal, pues en la misma no se advierte subjetividad, arbitrariedad o capricho, por el contrario, es claro que se atendieron los fines legales previstos. Al respecto, señala que para imponer una medida de aseguramiento el fiscal no requiere contar con absoluta certeza sobre la comisión del punible y la culpabilidad, ya que son asuntos del resorte del juez de conocimiento.

⁹ Folio 131, 145-148 *ibídem*. 24 de enero de 2002.

¹⁰ Folio 132, 140-144 *ibídem*. 22 de enero de 2002.

Así, entonces, como la medida de detención preventiva fue apropiada, razonada y proporcional, la sentencia debe ser revocada, ya que no se avizora ningún tipo de responsabilidad por parte de la administración.

6.3 De la misma manera, la **Rama Judicial** manifiesta su inconformidad con el fallo y solicita su revocatoria¹¹. Al efecto aduce que la detención decretada en contra de los señores Suárez y Bernal Garay se ajustó a la Constitución y la ley.

7. Alegatos de conclusión en esta instancia

Ninguna de las partes se pronunció en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

Esta Corporación es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por las partes, en proceso de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tal como lo dispone el artículo 129 del C.C.A., habida cuenta de la naturaleza del asunto, actividad que debe ser juzgada bajo los parámetros establecidos en el artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 270 de 1996- Estatutaria de la Administración de Justicia, tal como lo definió la jurisprudencia de esta Corporación.

Efectivamente, sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, desde el 9 de septiembre de 2008, tiene sentado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996 y 31 constitucional, la primera instancia de los procesos de reparación directa fundamentados en error judicial, **privación injusta de la libertad** o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, iniciados en vigencia de dicha ley, se tramitan en

¹¹ Folio 133, 149-152 *ibídem*. 22 de enero de 2002.

primera instancia ante los tribunales contencioso administrativos y en segunda instancia ante esta Corporación.

Finalmente, se advierte que la acción se presentó en el término consagrado en el artículo 136 del C.C.A.¹².

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar -en función de los hechos probados- si la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Nación-Fiscalía General son patrimonialmente responsables por la privación de la libertad que padecieron los señores Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay, tildada de injusta, a la luz de los artículos 90 y 29 de la Carta Política, desarrollados por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991¹³ y los artículos 65 y 68 de la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia.

Así mismo, se analizará la conducta de los implicados, con el objeto de considerar los argumentos planteados por la Fiscalía, en su defensa.

3. Antijuridicidad del daño. Presupuesto de la responsabilidad por privación de la libertad

En el estado actual de la jurisprudencia no se discute el daño antijurídico cuando, sin perjuicio de que la presunción de inocencia no pudo desvirtuarse, se impusieron restricciones a la libertad personal que no se tendrían que

¹² En el precedente jurisprudencial es pacífica la premisa según la cual el término bienal de caducidad de la acción de reparación directa, previsto en el art. 136 del C.C.A., debe computarse desde *“la ejecutoria de la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión”*. Para el caso concreto, la sentencia que absolvió a los señores Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay fue proferida el 8 de octubre de 1997 por el Tribunal Nacional, mediante la que se confirmó la proferida por el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá -5 de marzo de 1997-, quedó ejecutoriada el 14 de octubre siguiente (constancia de ejecutoria f. 37 c. 2) y la demanda en el caso *sub examine* fue presentada el día 8 de octubre de 1999, por lo cual no se había cumplido el término de dos años de caducidad de la acción consagrado en el artículo 136 del C.C.A.

¹³ En el caso concreto, se aplicarán las normas relacionadas con la indemnización por privación injusta de la libertad consagradas en el Decreto 2700 de 1991, habida cuenta que el procedimiento se inició y adelantó de conformidad con dicha norma.

soportar; con absoluta claridad, en los casos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando (i) el hecho no existió, (ii) el encartado no lo cometió y/o (iii) la conducta no es típica.

Al punto que en la jurisprudencia no se discute la responsabilidad estatal en los casos antes referidos, en aplicación del artículo 90 constitucional, sin perjuicio de las previsiones del artículo 95 de la misma normatividad, en cuanto la Constitución Política impone a los asociados deberes de convivencia y colaboración.

Así las cosas, siguiendo un reciente precedente¹⁴, la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la antijuridicidad del daño, como elemento que da derecho a la reparación, no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia.

Es que la cláusula general de responsabilidad de la administración en todos los aspectos y en materia de privación injusta de la libertad igualmente, reclama de la víctima una conducta ajena a las consecuencias adversas sufridas por ella misma, pues sabido es que a la par de los derechos, los asociados tienen deberes entre los que se debe destacar no incurrir en acciones u omisiones que pongan en entre dicho su cumplimiento, entre los que se tiene el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, relacionados uno y otro con el de colaborar con la administración de justicia.

¹⁴ Sentencias de ésta misma Subsección, proferidas el 6 de abril de 2011 dentro del expediente 19.225, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, del 28 de mayo de 2015 dentro del expediente 33.907, C.P.: Stella Conto Díaz del Castillo, y del 30 de abril de 2014 dentro del expediente 27.414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Es de anotar que, dado que se trata de preservar el derecho fundamental a la libertad, las tradicionalmente denominadas causales de fuerza mayor y hecho exclusivo y determinante de un tercero no tendrían que exonerar a la administración, pues, no se entiende que alguien pueda ser privado de la libertad por fuerza mayor o por obra de un tercero¹⁵ y que si lo fue, que deba soportarlo; no obstante tratándose del hecho determinante de la víctima, la Sección Tercera ha sostenido que el Estado no resulta obligado a responder extracontractual y patrimonialmente cuandoquiera que quien soporta el daño incurrió en acciones u omisiones que si bien no dieron lugar a acusación, tampoco a la condena, si fueron determinantes para que se concretara la privación de la libertad; ello comporta un análisis estricto de cara a los deberes constitucionales referidos. Esta Sala ha señalado¹⁶:

*... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposos de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. (...) – se destaca*¹⁷.

En ese orden, la regla general de aplicación de los eximentes de responsabilidad de la administración, cuenta con una subregla de carácter especial, cuando la responsabilidad deviene de la privación de la libertad. En efecto, el artículo 414 del C.P.P. estipula, en su parte final, que los supuestos en él señalados y que dan lugar a la indemnización por la privación injusta de la libertad, proceden a favor del actor “*siempre que no haya causado la misma*

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia de 24 de Marzo de 2011, exp. 19067, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 20 de abril de 2005; C. P. Ramiro Saavedra Becerra; exp.15784.

¹⁷[38] Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744.

por dolo o culpa grave”. Así lo consideró la Sala en decisión reciente, en la que afirmó que la conducta del imputado, es susceptible de valoración para llegar a determinar si efectivamente es viable la responsabilidad de la administración en la privación injusta de la libertad¹⁸. Subregla que además goza de plena compatibilidad con lo consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece en el numeral 6° de su artículo 14:

Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido – se destaca-.

Desde esta perspectiva, es relevante recordar que la Sala ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el artículo 63 del Código Civil. Así, en decisión de 18 de febrero de 2010 dijo la Sala¹⁹:

Culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27414, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, exp.17933, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo – se destaca-.

De igual modo, la jurisprudencia de esta Corporación²⁰ ha estudiado los conceptos de culpa grave y dolo al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición²¹ y la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema al resolver diversos cargos de inconstitucionalidad contra los artículos 77²² y 78²³ del C.C.A., y de la Ley 678 de 2001²⁴. Así, señaló que:

(...) para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6° y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Agregó que es igualmente necesario tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 37722, C.P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

²¹ [20] Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, exp. 8483, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; 21 de octubre de 1994, exp. 9.618, C.P. Julio César Uribe Acosta; 12 de abril de 2002, exp. 13.922, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; 5 de diciembre de 2005, exp. 23.218, C.P. María Elena Giraldo Gómez; y auto de 22 de mayo de 2003, exp. 23.532, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

²² [21] Sentencia C-100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001, M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

²³ [22] Corte Constitucional, sentencia C-430 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-455 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-423 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis

fe, que están contenidos en la Constitución Política²⁵ y en la ley a propósito de algunas instituciones, como por ejemplo contratos, bienes y familia.

Esta tesis ha sido aplicada por la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, dieron lugar de manera clara e injustificada al hecho dañoso y asimismo a la configuración de la causal de exoneración, en virtud del hecho exclusivo y determinante de la víctima²⁶.

4. Hechos probados. Juicio de responsabilidad

Para una mejor comprensión de los hechos que rodean la litis, conviene referir el material probatorio allegado al trámite, del que se extractan los siguientes hechos:

4.1 El señor Álvaro Santiago Suárez, esposo de la señora Gloria Inés Gallo Bernal (f. 42 c. 2 –registro civil de matrimonio), es el padre de Diana Carolina y Lyda Margarita Suárez Gallo (f. 39-40 c. 2 –registros civiles de nacimiento-) y hermano de la señora Edilia Suárez de Ortiz (f. 38 y 41 c. 2 –registros civiles de nacimiento).

Por su parte, el señor Édgar Eduardo Bernal Garay, hijo de Ana Clotilde Garay Montero e Isaías Bernal²⁷ (f. 43 y 48 c. 2 –registros civiles de nacimiento de madre e hijo-), es el padre de los señores Édgar Yulián, Jefferson Steven y

²⁵ [24] El artículo 83 Constitucional reza: “*Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*”.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 2 de mayo de 2007; exp.15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 30 de marzo de 2011, exp. 19565, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 19889; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 29.541, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2009; C.P. Ramiro Saavedra Becerra; exp.17.188; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 11 de julio de 2013, exp. 27.463, C.P. Enrique Gil Botero.

²⁷ En este punto se tiene en cuenta que el mencionado no otorgó poder dentro de este asunto, ni figura dentro de los demandantes en el libelo.

Macgiver Hesnayder Bernal Jiménez y Darlin Wilfor Bernal Tarache (f. 44-47 c. 2 –registros civiles de nacimiento-); hermano de Héctor Hernán y José Iván Bernal Garay (f. 49-50 c. 2 –registros civiles de nacimiento-); sobrino de Ana Beatriz, Carlos Arturo, Juan Bautista y Manuel Alfredo Garay Montero (f. 51-54 c. 2 –registros civiles de nacimiento-)²⁸.

4.2 El 11 de julio de 1995, el Comando del Batallón de Contrainteligencia del Ejército Nacional señaló ante la Fiscalía General, al sargento viceprimero Édgar Eduardo Bernal Garay²⁹, quien se encontraba adscrito al grupo mecanizado Rincón Quiñonez, comprometido en tráfico de armamento largo y corto de diferentes calibres y de municiones.

Al respecto informó sobre un trabajo de inteligencia encubierto, que involucró la negociación de material de guerra por varios millones de pesos, el 10 de julio de 1995, entre el mencionado, Álvaro Santiago Suárez³⁰ y los miembros de inteligencia. Último que laboraba en el batallón de mantenimiento.

El operativo de captura se llevó a cabo en esa misma calenda, a las 20:00 horas, frente a los números 7-66 y 7-68 de la calle 20 sur de esta ciudad. Fueron incautados una escopeta, 24 cartuchos 12-70, un revólver Smith and Wesson con salvoconducto, cinco cartuchos 38 largo y 150 proveedores para pistola de diferentes calibres.

La Fiscalía General de la Nación abrió la investigación el 12 de julio de 1995, por los punibles de venta de armas de defensa personal y rebelión. Última precluída posteriormente³¹.

²⁸ No se halló prueba alguna sobre el estatus de compañera permanente de la señora Flor María Castillo Alarcón o de su condición de damnificada.

²⁹ Certificación expedida por el Ejército Nacional respecto del señor Édgar Eduardo Bernal Garay obrante a folio 29 c. 2.

³⁰ Certificación expedida por el Ejército Nacional respecto del señor Álvaro Santiago Suárez obrante a folio 30 c. 2.

³¹ Hechos referidos dentro de la sentencia dictada el 5 de marzo de 1997 por el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá.

4.3 Mediante sentencia del 5 de marzo de 1997, el Juzgado Regional de Santafé de Bogotá absolvió a los señores Suárez y Bernal Garay, comoquiera que *“...enfáticamente se ha venido sosteniendo que los señores ÉDGAR EDUARDO BERNAL GARAY Y ÁLVARO SANTIAGO SUÁREZ, negociaron con los agentes de inteligencia encubiertos pertenecientes al Ejército Nacional (...) la compraventa de ciento cincuenta (150) proveedores de diferentes calibres, situación determinante para que en contra de los imputados Bernal y Suárez, se les proferiera pliego de cargos al considerar la Fiscalía que dicha conducta encuadraba directa e inmediatamente en el tipo penal descrito en el artículo 201 del C.P. (...) ‘El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión...’ (...) en la calificación sumarial se presentaba un escollo de carácter técnico, entre lo legal y convencionalmente se define como armas de fuego, es decir aquellas ‘...que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de gases producidos por la combustión de una sustancia química...’ y los proveedores incautados, es decir que estos últimos no pueden considerarse independientemente como armas de fuego al no emplear ningún agente impulsor para expulsar el proyectil, sino simplemente sirven para almacenar, aprovisionar, suministrar, distribuir, alimentar o abastecer las balas que ocuparán la recámara de la pistola para que eventualmente la misma pueda ser accionada, proveedores que por su naturaleza hacen parte de la misma (...) es decir que los proveedores decomisados no encuentran adecuación típica... en razón a que la norma únicamente hace referencia a las (partes o piezas) de pistolas consideradas como de uso privativo o de guerra, o armas de fuego de cualquier calibre que hayan sido modificadas sustancialmente en sus características de fabricación que aumenten su letalidad, o constituyan armas hechizas, pero respecto a la tenencia y el porte de partes o piezas de ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL la norma utilizada en este caso para endilgar una conducta contraria a derecho a los procesados, no se encuentra descrita en forma clara, imperativa e inequívoca, es decir no sanciona el comportamiento de un sujeto que tenga o porte partes o piezas de armas de fuego de defensa personal...”* (f. 1-13 c. 2).

4.4 La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Nacional, el 8 de octubre siguiente, con base en los mismos argumentos esbozados por el *a quo* y precisó que al “...*legislador penal no le interesa esa clase de comportamientos y de consiguiente el juzgador debe interpretar el precepto según su tenor y aplicarlo tal, no puede llegar a ensancharlo valiéndose de ley que estime complementaria y necesaria su imposición...*” (f. 14-26 c. 2).

4.5 Con ocasión del trámite penal, los procesados fueron separados de sus cargos dentro de la milicia. A pesar de las solicitudes de reintegro, el Ejército Nacional negó tal posibilidad, por inviable, dadas las circunstancias de retiro (f. 31-36 c. 2).

Vistos los anteriores hechos que se encuentran debidamente acreditados, se concluye que, en efecto, los señores Suárez y Bernal Garay comercializaban material de guerra, conducta que, si bien el Juzgado Regional consideró que no reunía los elementos de tipicidad exigidos para condenar, en cuanto no se trata de armas de fuego de defensa personal, de ello no se sigue que los demandantes padecieran un daño que no tenían que soportar, si se considera que fue establecido y no desvirtuado que comercializaban proveedores, esto es, partes o piezas de armas de fuego, conducta exclusiva y determinante que dio lugar a la investigación y privación de su libertad, esto es así, puesto que, aun cuando no se desestima el análisis hecho por la justicia ordinaria sobre las características de los proveedores, esto es, que se constituyen como parte del arma de fuego y no la configuran por sí mismos, lo cierto es que lo acontecido dejaba entrever que la Fiscalía tenía que responder a la conducta demostrada, así el hecho a la postre no haya cumplido el requisito de la tipicidad. Al respecto se hace necesario tener presente que se trataba de personal adscrito al Ejército Nacional, conocedor de que los proveedores incautados, si bien no se precisan como armas de fuego aisladamente considerados, por su potencialidad bélica no podían ser comercializados de manera ilegal y sospechosa, pues, se recuerda que dada su calidad de integrantes de la fuerza pública, le estaban

vedadas cualquier tipo de operaciones mercantiles, máxime con material de guerra.

Se deduce entonces que, aun cuando los señores Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay fueron absueltos por la justicia ordinaria, sus acciones comprobadas por un operativo realizado por los miembros de inteligencia militar, que no ha sido controvertido, les impone soportar las consecuencias de sus actos. Cabe recordar, además de los deberes constitucionales ya señalados, la sujeción de las autoridades, para el efecto de los miembros de la fuerza pública, al principio de legalidad, el que claramente demuestra que a los señores Suárez y Garay no les estaba permitido comercializar proveedores de diferentes calibres, al margen de que su conducta no responda a la típica que distingue la comercialización de armas de defensa personal. Acciones estas que muestran como los demandantes incumplieron sus deberes constitucionales, de donde no pueden invocar el artículo 90 constitucional reclamando a su favor una indemnización.

Siendo así, la Sala no accederá a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, de conformidad con el artículo 90 de la Carta Política, el 414 del Decreto 2700 de 1991 y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto el daño por el que los demandantes reclaman, no responde al requisito de antijuridicidad que lo haría indemnizable. Es de anotar que el pacto supone la conducta activa por parte de los inculpadados, en aras a despejar los puntos oscuros y desconocidos por los que se les vincula a la investigación penal y por los que pudieran salir exonerados.

No desconoce esta decisión la sentencia proferida por la Subsección el 29 de agosto de 2013³², en la que se concedieron las pretensiones a favor de los señores Germán Alberto Blanco Arroyave y Nohora Lilia Benavides, quienes se encontraban en el lugar de los hechos cuando se comercializaban los proveedores, en sus calidades de visitador médico contactado por Édgar

³² C.p. Danilo Rojas Betancourth, rad. 25000232600020020078201 (28.815).

Eduardo Bernal y hermana de la dueña del apartamento, respectivamente, en cuanto se trataba de civiles que nada tuvieron que ver con la posesión de partes de armas de fuego y la comercialización del material bélico denunciado y no tenían por qué conocer del mismo. Contrario a los señores Álvaro Santiago Suárez y Édgar Eduardo Bernal Garay, quienes además de que conocían de armas en razón de su posición dentro del Ejército Nacional, no justificaron, ni explicaron la posesión de los elementos incautados, como tampoco desvirtuaron mediante información veraz y eficiente, los hechos imputados.

En consecuencia de todo lo dicho, la sentencia de primera instancia será revocada.

6. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, toda vez que de las actuaciones del proceso no se colige la existencia de temeridad o mala fe en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 30 de noviembre de 2001.



SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, en consideración a lo anteriormente expuesto.

TERCERO: Sin condena en costas.

En firme esta providencia, **REMITIR** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado
(impedido) ³³

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

³³ Mediante auto del 10 de abril de 2014 se aceptó el impedimento manifestado por el Consejero Danilo Rojas Betancourth (f. 163-164 c. ppal 2).