

**RESPONSABILIDAD ESTATAL FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA  
LIBERTAD A MIEMBROS DE LAS FFMM**



**Presentado por:**

**JULIETH CASTRO ANAYA**

**Código: 3000672**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR  
BOGOTA  
2018**

**RESPONSABILIDAD ESTATAL FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA  
LIBERTAD A MIEMBROS DE LAS FFMM**



**Presentado por:**

**JULIETH CASTRO ANAYA**

**Código: 3000672**

**PROPUESTA PARA LA ELABORACIÓN DE UN ARTÍCULO DE REFLEXIÓN COMO  
OPCIÓN DE GRADO**

**Director de trabajo de grado:**

**Doctor: JULIÁN ALBERTO ARDILA MORA**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO MILITAR  
BOGOTA  
2018**

## **CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD ESTATAL FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD A MIEMBROS DE LAS FFMM**

**Jullieith Castro Anaya<sup>1</sup>**

### **Resumen**

El presente artículo contiene un análisis metodológico enfocado en determinar la situación jurídica que se deriva para el Estado colombiano frente a los militares que son judicialmente privados de la libertad por muertes causadas en el desarrollo de operaciones, y que posteriormente a la aplicación de la medida privativa de la libertad, sea durante la investigación o a la espera de la confirmación de la sentencia (apelación y/o casación), son declarados inocentes mediante decisión definitiva, en ese sentido la investigación busca determinar si dicha medida da lugar a indemnización por los perjuicios causados.

### **Palabras Clave**

Militar, privación, antijuridicidad, responsabilidad y perjuicio.

### **Abstract**

This article contains a methodological analysis focused on determining the legal status that is derived for the Colombian State of those soldiers who are judicially deprived of freedom by deaths caused in the development of operations, and subsequent to the implementation of the custodial measure of freedom, either during the investigation or waiting for the confirmation of the sentence are declared innocent by final decision; in that sense the research seeks to determine if such measure gives rise to compensation for the damages caused

### **Key Words**

Military, deprivation, illegality, responsibility and prejudice.

---

\* Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana, Candidata a Magíster de la Universidad Militar Nueva Granada

## Introducción

La libertad es un axioma universal, por su trascendencia para la vida es uno de los principios fundacionales del Estado Social y Democrático de Derecho. En Colombia su importancia se reconoce en no pocas normas de rango convencional legal, y ya desde el mismo preámbulo de la Carta se enarbola como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación.

En el mismo plano de la dignidad humana y de la igualdad, la libertad ostenta una posición relevante plurifacética en el ordenamiento jurídico colombiano, pues de manera simultánea constituye un valor, también un principio y, a su vez, en muchos de sus ámbitos específicos es reconocida como derecho fundamental (Corte Constitucional, Sentencia T 276, 2016)

En este mismo sentido la Corte Constitucional afirma:

La privación judicial del derecho fundamental a la libertad, aunque legítima, constituye la medida más invasiva y severa que pueda llegar a imponer el Estado en contra una persona, y por esta razón sólo procede en los casos en que la misma es absolutamente necesaria para el cumplimiento de los fines del castigo a que se somete a un infractor, a saber, prevenir la nueva comisión del delito, resocializar al penado y retribuirle algo del daño que haya causado con su conducta. La privación de la libertad debe ser pues excepcional y extrema, además de proporcional. (Corte Constitucional, Sentencia C - 806, 2002)

Sin embargo, antes que excepcional, extrema y proporcional, la privación de la libertad a una persona por parte del Estado debe ser justa y debidamente concebida; la grave afectación que implica una medida de esta naturaleza a quien la padece no exige menos que una decisión impoluta en términos sustanciales y procesales. Así, la orden judicial que prive de la libertad a una persona debe provenir del pleno apego al derecho al proceso debido, y todo distanciamiento de

este precepto acarrea indefectiblemente la ilegitimidad de la medida, es decir, la condición injusta de la medida.

El sistema judicial colombiano no es ajeno a situaciones de privación injusta de la libertad, de hecho, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado reportó que sólo entre 1995 y 2012 se habían proferido 300 sentencias condenatorias contra el Estado por esta causa (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013); A raíz de esta situación en Colombia no es extraño que se dejen sin piso decisiones jurisdiccionales que tenían por vocación privar a alguien de la libertad.

Ahora, si bien la recuperación de la libertad es el principal objetivo y logro para un integrante de las Fuerzas Militares en esta situación descrita, no menos cierto es que la indemnización del perjuicio personal y familiar causado a raíz de la vulneración injusta de sus derechos fundamentales se convierte, subsidiariamente, en segunda y más importante reclamación. Este último aspecto, derivado de la privación injusta de la libertad a personal militar en Colombia, cuál es la reclamación de indemnización de perjuicios, tiene como punto nodal o determinante la verificación de existencia o no de responsabilidad estatal frente a esa privación injusta de libertad. Cabe mencionar que para el caso en concreto, los homicidios cometidos con ocasión en una operación militar, generan una investigación, a pesar de ello no en todos los casos la investigación degenera en la medida de aseguramiento y en una posible privación injusta de la libertad.

La importancia de tratar el tema en miembros de las FFMM, radica en que su actividad los expone a circunstancias que inminentemente se relacionan con el uso de armas de fuego y entornos de hostilidad, por el contrario de un particular que al no ejercer una actividad militar, no se expone de manera constante y directa a espacios donde puedan suscitarse, homicidios como el caso puntual que se expone para la investigación.

Resulta innegable la importancia que tiene para la justicia colombiana, tanto en su jurisdicción militar como en su jurisdicción ordinaria, un aporte desde la doctrina como fuente auxiliar del derecho que brinde luces claras y objetivas sobre la responsabilidad del Estado ante

estos eventos, y que le ayuden a adoptar decisiones sobre este tipo de reclamaciones cada vez más plenas de razón, de argumentación, y, por supuesto, de justicia.

En consecuencia, se ha identificado una situación problemática que se justifica por la pertinencia de concentrar un esfuerzo académico investigativo dirigido a auscultar científicamente la situación y proponer reflexiones o conclusiones que conduzcan a un mejor abordaje de la problemática y a la consecuente reparación de los derechos de los militares procesados.

En ese sentido se ha planteado como problema de investigación la configuración de responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares, y el consecuente deber de indemnizar el perjuicio causado. En consecuencia, se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los factores (elementos o criterios) para establecer responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares?

Como objetivo general de la investigación se busca, determinar posibles factores (elementos o criterios) para establecer responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares, donde para abordar el problema se han fijado tres objetivos específicos encaminados, a 1) Determinar el marco de responsabilidad Estatal derivada de la privación injusta de la libertad a personal militar en Colombia, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares, 2) Estudiar la medida privativa de la libertad a miembros de las fuerzas armadas, y 3) Analizar la privación injusta de la libertad y los efectos de la responsabilidad estatal a través del reconocimiento de perjuicios.

El desarrollo del trabajo cuenta con tres secciones, que resuelven cada uno de los objetivos propuestos, el lector encontrará un primer momento, se tratará la responsabilidad estatal en la privación injusta de la libertad, donde se realiza una aproximación conceptual a la responsabilidad, buscando establecer las formas y criterios de atribución de responsabilidad al Estado, centrándose en analizar al personal militar y las muertes en el desarrollo de la actividad y lo que se puede entender como operación militar, como un elemento fundamental de la

responsabilidad estatal, para posteriormente identificar las clases de, responsabilidad, concentrando la atención en la responsabilidad extracontractual, haciendo un análisis que estudia la responsabilidad subjetiva, directa e indirecta y la responsabilidad por falta en el servicio e irresponsabilidad por falta personal,

En el segundo apartado, se estudia la medida privativa de la libertad con los elementos que la estructuran, tratando también la privación injusta de la libertad determinada durante la etapa procesal de investigación y juzgamiento y por otro lado durante la ejecución de la condena, haciendo una revisión normativa principalmente constitucional como sustento jurídico.

Finalmente, el documento presenta una sección que centra su atención en la privación injusta de la libertad durante la etapa de investigación y juzgamiento y durante el periodo de apelación y/o casación de una sentencia que en primera instancia ya ha dictado un fallo, y se concluye el apartado con el estudio de los perjuicios.

Para el presente análisis, la metodología está basada en una investigación de tipo dogmática - jurídica, “así, la dogmática busca esclarecer qué es lo que dice el derecho vigente, cuál es su sentido” (Larenz, Metodología de la ciencia del Derecho, 2001) de esta manera se pretende establecer cuál es la tendencia jurídica en el tema planteado, el cual se aborda desde el contexto jurídico que posibilita realizar una observación dinámica de la realidad, en este caso al determinar la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares

El ámbito espacial, del presente trabajo investigativo se centra fundamentalmente en la jurisprudencia y la doctrina con relación al tema responsabilidad Estatal por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares.

La investigación tiene un alcance descriptivo ya que busca describir el avance que la dinámica normativa y doctrinal el tema ha tenido, los métodos utilizados en la organización, la interpretación, el análisis, la observación hacen parte del proceso mental que se lleva a cabo para desarrollar el proceso de investigación, en este entendido se establece un enfoque histórico-

hermenéutico, el cual presenta un hecho o problema investigativo que trata de observar y darle un significado racional con el que se obtenga la respuesta del problema y de las hipótesis que surjan en el desarrollo de la investigación, teniendo en cuenta que los sujetos son susceptibles de cambios, principalmente por que se evidencia la posibilidad de una indemnización por parte del Estado en los eventos ocurridos por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares.

Para la consecución de los objetivos de la investigación, se hará uso del análisis bibliográfico y jurisprudencial, fundamental en el desarrollo de toda investigación, donde los aportes documentales generen un fuerte en la fundamentación de las teorías y conceptos aplicados al tema; por la naturaleza de los objetivos el uso de análisis y sistematización de jurisprudencia y el estudio de la doctrina.

Lo anterior se realizará a través de un estudio de la jurisprudencia, doctrina y normatividad para determinar la responsabilidad estatal, medida privativa de la libertad, y la privación injusta de la misma, que buscan confirmar o modificar la hipótesis planteada frente a la cual se expone que efectivamente existe responsabilidad Estatal, por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares, y que en consecuencia de la determinación de responsabilidad procederá la indemnización del perjuicio causado por el mencionado hecho.

#### **A. La responsabilidad estatal en la privación injusta de la libertad**

No son pocos los estudios dedicados al tema de la responsabilidad estatal, máxime en Colombia, sin embargo, no por ello deja de ser pertinente dedicar nuevos esfuerzos a auscultar aspectos aun no comprendidos en esta materia, dada la relevancia, la importancia y la trascendencia que tiene el principal sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico, el Estado. Por esta razón, todo ejercicio académico investigativo que ofrezca nuevas fuentes de discernimiento acerca de la responsabilidad estatal es un acto, más que plausible, necesario por el gran aporte que a través de éste se le hace a la consolidación del Estado Social de Derecho.

Es así como, la problemática específica abordada en la presente investigación, a pesar de ser altamente específica y de hallarse en un estado casi virgen de estudio, amerita con su exploración científica. El punto que pretende ser diferenciador en ella es el análisis holístico de cada uno de los elementos que se articulan en el tema de la responsabilidad estatal, específicamente en lo relacionado con la privación injusta de la libertad a miembros de las fuerzas militares por actos cometidos en el ejercicio de sus funciones, partiendo desde sus más elementales concepciones semánticas, toda vez que la reducción de la ambigüedad de los términos que se emplean en el derecho facilita la comprensión de las distintas realidades que en él se presentan y, de paso, provee una claridad necesaria para que los avances investigativos emerjan sobre bases sólidas de acuerdo con Vélez Vélez (2015).

#### *Aproximación conceptual a la responsabilidad estatal*

Etimológicamente la palabra responsabilidad está conformada por tres elementos idiomáticos. *Re*, que es un prefijo que da la idea de volver a hacer algo ya hecho; *Spondere*, que es una palabra de origen latino que traduce obligación, compromiso o promesa, y *Bilidad*, formada a su vez por el sufijo *bilis* que significa posible o capaz y por el sufijo *idad* que significa cualidad (Hispanoteca). Luego, la palabra *responsabilidad* significa, en atención a su origen etimológico, la cualidad de poder obligarse o comprometerse sobre un mismo hecho u objeto en diferentes ocasiones y de diferentes maneras.

En el significado que propone la Real Academia Española se encuentra un poco más de sentido en la palabra responsabilidad: 4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente (Real Academia Española).

Responsabilidad es, entonces, capacidad para obligarse por hechos y conductas, sean propias o sean de un tercero bajo tutela.

En materia jurídica el concepto de responsabilidad se torna mucho más específico. El jurista Abraham Sanz Encinar, lo define, con alto grado de acierto, en los siguientes términos:

En este sentido, cabría definir el concepto jurídico de responsabilidad como un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad. Consecuencia que siempre conlleva la obligación de reparar el daño (Encinar, 2000).

Para este trabajo investigativo podemos entender entonces, conforme a los elementos citados, que la responsabilidad en que incurre el Estado por la privación injusta de la libertad a personal militar por muertes en el desarrollo de operaciones consiste en el deber que tiene el mismo Estado de reparar los daños causados con esta medida, tanto al militar, como a las demás personas que hubieran visto también lesionados sus derechos de manera injusta.

A pesar de lo mencionado el concepto de responsabilidad es bastante complejo, más allá de lo que podría llegar a sobreentenderse, no posee una definición unívoca y, por el contrario, son varias las maneras en las que puede alcanzar a concebirse, aspecto que, de entrada, resulta inexorable zanjar, pues es angular para la presente investigación.

Afortunadamente, Hart (2008) se ha ocupado de poner de presente el enorme problema que para el derecho representa la inexactitud de las expresiones responsabilidad y responsable, y concluye que cada uno de esos términos pueden entenderse, al menos, de cuatro maneras diferentes de entender la responsabilidad como:

- Obligación o deber derivados del ejercicio de un determinado rol y responsable como el titular de ese rol. Como cuando se entiende que un padre es responsable de la seguridad y de la crianza de sus hijos, por el simple hecho de ser su padre.
- Capacidad y responsable como persona con capacidad. Como cuando se dice que una persona que alcanza la adultez es ya una persona responsable.

- Causalidad y responsable como sinónimo de causante. Como cuando se asume que el clima es responsable de las buenas cosechas, o que la indiferencia de alguien es la responsable de la desdicha de otra.
- Sancionabilidad y responsable como persona sancionable. Como cuando se establece que una persona debe asumir la reparación o el castigo necesario por la ocurrencia de un daño.

Esta última manera de entender el concepto de responsabilidad, como sancionabilidad, es la que se emplea en el Derecho. Luego, resulta necesario entonces, abordar también el análisis del concepto de sanción y el de sancionabilidad para comprender cualquier propuesta científica respecto a la expresión “responsabilidad”.

El concepto de sanción también es ambiguo en y complejo de descifrar en el léxico jurídico, sin embargo, también sobre él existen importantes reflexiones que brindan plena luz sobre su consistencia. De la doctrina al respecto, se recogen al menos cinco significados de sanción como:

- Ineficacia de un acto jurídico a consecuencia de alguna irregularidad. Como la sanción de ineficacia de un contrato.
- Consagración de una norma. Como cuando un presidente sanciona una Ley del congreso.
- Recompensa. Es quizá la noción más ambigua, sin embargo, el artículo 6 del Código Civil Colombiano así lo establece, y a partir de su interpretación se puede llegar a considerar que, a manera de ejemplo, la eficacia de un contrato celebrado sin irregularidades es sancionado, recompensado, con plena eficacia jurídica.
- Consagración normativa. Como cuando se dice que una conducta delictiva esta sancionada – tipificada- en el Código Penal.
- Reacción coercitiva frente a una determinada conducta. Como “cuando se le exige a alguien, o se le obliga a la fuerza, reparar un daño o perder parte de un derecho suyo como como castigo” (Vélez vélez, 2015).

Este último significado es considerado el más estricto de todos y, de paso, el que se adecúa plenamente al concepto de responsabilidad cuando éste se aborda desde el plano jurídico, pues el Derecho, como sistema social, se diferencia de los demás precisamente por el carácter coactivo y coercitivo de su contenido.

Se comprende entonces que “responsabilidad jurídica” es la sanción que recae sobre un sujeto como castigo por la realización de una determinada conducta. Y, para ir ingresando ya en el espectro de la responsabilidad estatal, procede analizarse a continuación, si el Estado es un sujeto que pueda realizar conductas sancionables.

Un sujeto, en Derecho, es todo ente al que se le ha dotado de capacidad para actuar dentro de una relación jurídica. O, como lo expresa Garcia Maynez (2007), es todo ente capaz de intervenir, como titular de facultades o pasible de obligaciones, en una relación jurídica.

Resulta que, para la regulación de la vida en sociedad y el cumplimiento de sus fines al interior de ésta, al Derecho le resulta indispensable seleccionar e individualizar los entes que se espera realicen conductas deseadas y, de paso, se inhiban de realizar conductas contrarias al orden establecido, para poderlos obligar o castigar cuando no se comporten de la manera esperada. A través de esa selección e individualización, el Derecho sujeta al ente escogido a sus disposiciones y le asigna un rol –una categoría- dentro de la sociedad, para diferenciarlo de los demás entes existentes en ella, y de los cuales no se espera la realización de ninguna conducta determinada.

El rol que se le asigna en las sociedades a los entes sujetos al Derecho es, por lo tanto, una ficción jurídica, una creación estrictamente cultural, carente de existencia física o material; desde Roma a esa ficción, para la simplificación de su utilización, se le llamó “persona”.

“La palabra persona proviene del latín *persona*, la cual era una máscara que usaban los personajes en las representaciones teatrales” (Etimologías De Chile, 2018), y; si bien esta expresión hasta su homologación al mundo jurídico tenía un uso estrictamente artístico, su significado permitió que encajara a plenitud con esa ficción que se había construido en el Derecho y que demandaba una nominación idónea.

La condición jurídica de persona, o, para comenzar a expresarlo de la manera correcta, la personalidad jurídica, alberga un conjunto de atributos que permiten

desarrollar su finalidad de individualizar a un sujeto de Derecho. Una nacionalidad, un nombre, una capacidad, un patrimonio, un domicilio y, en algunos casos, un estado civil. En un principio, la personalidad jurídica se asignó exclusivamente a algunos individuos de la especie humana que por alguna circunstancia fueron seleccionados por el Derecho para gozar del privilegio de formalizar relaciones jurídicas, comenzando por la relación básica de una sociedad, como lo es la relación familiar, a través de vínculos maritales, de ahí que el estado civil sea, desde la antigüedad, un atributo de las personas cuando son humanas (Betancourt, 2007).

Sin embargo, la expansión progresiva del censo humano y, con ella, la complejización creciente de las relaciones sociales, ha traído consigo la aparición en escena de nuevos entes con poder para influir en la organización económica y política de los grupos poblacionales, como, por ejemplo, la aparición de las asociaciones para fines cooperativos y de asistencia, como la aparición de las asociaciones para fines eminentemente mercantiles y como la aparición de las organizaciones administrativas de lo público, entes que, por sus características y sus aportes, se han tornado indispensables para el progreso de las sociedades.

Esta circunstancia condujo al necesario reconocimiento de estatus jurídico para estos entes a través del otorgamiento de “personerías jurídicas”, toda vez que sus necesidades fueron cada vez más similares a las de los seres humanos investidos de los atributos que entraña este artificio jurídico. Necesitaron un nombre para hacerse a un reconocimiento y una individualización frente al conglomerado social; necesitaron una nacionalidad para gozar de las mismas garantías y prerrogativas de que gozan los sujetos de derecho; necesitaron un domicilio para asentar la administración y el giro de sus quehaceres; necesitaron un patrimonio para poder tener y manejar recursos, y; necesitaron, principalmente, una capacidad jurídica para poder realizar actuaciones y celebrar negocios –contratos- en Derecho.

En el caso específico de las organizaciones administrativas de lo público, la necesidad imperiosa de personería jurídica para ellas vino de la mano con la aparición de las mismas en el contexto político, en su forma de Estado de Derecho. Nicolás Maquiavelo (1532) en su libro el príncipe denominó en el siglo XVI a todas las organizaciones administrativas de lo público de manera genérica como “Estados”, ya fuera que estas organizaciones ejercieran un poder unitario y

absoluto sobre los administrados, como los principados -monarquía-, o ya fuera que estas organizaciones dividieran su poder en órganos independientes y autónomos, como en las repúblicas.

A pesar de que hasta la época de Maquiavelo el modelo predominante fue el del estado absoluto, a partir de su teoría de la república (Maquiavelo, 1531) los estados fueron evolucionando hacia esta estructura. El primer caso relevante fue el de Inglaterra, cuyo tránsito por el modelo republicano tuvo lugar entre 1649 y 1660, durante el *interregno* de una cruenta guerra civil, que a la final concluiría con la recomposición del absolutismo. El segundo caso relevante del modelo de estado republicano se presentó más de cien años después, en Francia, a finales del siglo XVIII, como resultado de la revolución en contra de la corona.

Lo relevante de la república francesa, que a la postre corrió el mismo destino de la república inglesa, pues terminó con la instauración de un gobierno absolutista -dinastía Napoleónica-, es que tuvo mucho mayor impacto en la humanidad pues inspiró las guerras independentistas libradas por las naciones existentes en el nuevo mundo americano y trazó el modelo de Estado que éstas nuevas naciones, incluida, por supuesto, la colombiana, fueron implementado.

El Estado francés se erigió sobre dos pilares, la ley y la república. La ley como rectora del ordenamiento jurídico y la república como organización para el ejercicio del poder. Este particular modelo de estado, por su auge, comenzó inmediatamente a tener gran desarrollo en el plano teórico y, correspondientemente, en el plano práctico, y pronto se nombraría como *estado de derecho* (Villar Borda, 2007).

La *ley* en el estado de derecho, entendida como la norma pública, preestablecida y de aplicación general, regula todas las relaciones jurídicas que se dan en su interior, principalmente las relaciones del mismo estado con sus administrados, en aras de suprimir el despotismo característico de los estados absolutistas que no limitaban el ejercicio de su poder más que a mandatos supraterrrenales, por tal motivo, al estado le fue otorgada también una personería dentro del ordenamiento jurídico para que estuviera sujeto al mismo, para que actuara siempre dentro del marco del derecho.

Luego, el Estado tal y como lo conocemos es, efectivamente, una persona jurídica, y lo más importante de esto es que es un sujeto sancionable, pues tiene plena capacidad de llegar a convertirse en responsable por un hecho dañoso.

El segundo pilar sobre el cual se edificó el estado francés fue la organización del poder como una república. Esta organización consiste, básicamente, en la división del poder que posee el estado entre diferentes órganos, a los cuales se les asigna la gestión independiente de alguna de las funciones más necesarias para un conglomerado social, como lo son la función ejecutiva, la función legislativa y la función judicial, con el fin de que estos órganos se controlen y se limiten entre sí, y reduzcan con ello la posibilidad de abuso del poder por parte del estado y garanticen en lo posible las libertades individuales de los administrados (Villanueva Gómez, 2014).

El Estado de Derecho está conformado, entonces, mínimo por tres órganos con capacidad jurídica independiente, a saber, un órgano ejecutivo, un órgano legislativo y un órgano judicial, y de ahí en más, por un sin número de organismos y entidades de nivel central y regional, cada una de éstas también titular de personería jurídica independiente. Sin embargo, en este punto es importante aclarar que, de manera genérica, como *estado* es considerado tanto el conjunto como cada uno de los organismos administradores de lo público en determinado contexto territorial y social (Corte Constitucional, 1998).

Por todo lo expuesto hasta aquí, se comprende entonces que el Estado es un sujeto de derecho y que es responsable de sus trasgresiones al ordenamiento jurídico, una vez sustentada la responsabilidad del Estado se procede a analizar la medida privativa de la libertad.

#### *Personal militar y muertes en el desarrollo de operaciones*

Los ciudadanos que por ejercicio profesional o por la ejecución de un cargo de forzosa aceptación actúan como miembros de las fuerzas militares se encuentran cobijados por un marco normativo especial, que entraña un tratamiento diferenciado para sus conductas, y en el caso en que éstas sean delictivas serán juzgadas y sancionadas de manera diferente a como se hace en el

caso de los particulares, como sucede en el evento específico del delito de homicidio, y particularmente cuando ocurre en el desarrollo de operaciones militares.

En este sentido la Constitución Política en su Artículo 221, dicta que: “los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”

Los colombianos que prestan activamente servicios en el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, ya sea en calidad de soldados, en calidad de suboficiales o en calidad de oficiales, son personas consideradas militares. “La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 216); La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 217)

#### *Operación (Militar).*

El Ejército de Colombia ha elaborado un completo glosario de su principal terminología, en cual se encuentra de manera detalla el concepto de operación y las diferentes clases de la misma (Ejército Nacional de Colombia, s.f.), las cuales se presentan a continuación:

- **OPERACIÓN:** Una serie de movimientos maniobras y combates, enlazados y dirigidos a conseguir un fin estratégico. Acción militar, para desarrollar el combate, incluyendo movimiento, abastecimientos, ataque, defensa y maniobras necesarias para alcanzar los objetivos de cualquier batalla o campaña
- **OPERACIÓN COMBINADA:** Acciones de tipo militar en las cuales participan fuerzas de diferentes países bajo un comando y estado mayor combinado en cumplimiento de tareas que implica prevención de conflictos, manejo y desarrollo de situaciones de crisis.
- **OPERACIÓN CONJUNTA:** Acciones de tipo militar realizadas entre las diferentes Fuerzas que integran las Fuerzas Militares en un solo teatro de operaciones y en cumplimiento de las misiones.

- **OPERACIÓN DE CONTROL MILITAR DE ÁREA:** Son aquellos que realizan las Fuerzas Militares con el fin de aislar físicamente a la población civil de las guerrillas y/o catástrofes. Comprende una serie de actividades tendientes a evitar la comunicación directa, el apoyo material de abastecimientos o alojamientos.
- **OPERACIÓN MIXTA:** Las conducidas por dos o más fuerzas institucionales que actúan en conjunto para el cumplimiento de una misión.
- **OPERACIÓN PSICOLÓGICA:** Es la estrategia planeada y dirigida para la utilización de un conjunto de elementos tales como propaganda, medios de comunicación y otras formas de acción psicológica empleados por cualquiera de las fuerzas en conflicto con el propósito de influir en la voluntad, actitud y comportamiento de las propias tropas, grupos de población y miembros de las fuerzas hostiles, con el fin de lograr éxito en el desarrollo del conflicto.
- **OPERACIONES COMBINADAS:** Son aquellas operaciones que pueden ser desarrolladas por una organización militar con componentes de las fuerzas de dos o más países.
- **OPERACIONES CONJUNTAS:** Las que pueden ser desarrolladas por una organización militar con componentes de dos o más fuerzas.
- **OPERACIONES CUBIERTAS:** Actividades de inteligencia cumplidas normalmente por agencias especializadas en cuyo desarrollo se busca preservar la agencia u organización que las dirige.
- **OPERACIONES DE CONSOLIDACIÓN:** Se denominan Operaciones de Consolidación las acciones realizadas por las Fuerzas Militares dentro del Teatro de Operaciones, tendientes a mantener, asegurar y controlar las zonas ocupadas y dirigir su reconstrucción. Buscan crear un ambiente de seguridad, establecer control Gubernamental, dirigir y orientar programas de reconstrucción y ejercer el control de la población civil y sus recursos.
- **OPERACIONES DE CONTRAGUERRILLAS:** Son acciones de tipo social, económico, psicológico y militar conducidos por las Fuerzas Militares de un país contra grupos de irregulares alzados en armas, con el propósito de aislarlos, capturarlos o destruirlos.

- **OPERACIONES DE CONTRA-PODER AÉREO:** Son aquellas acciones que se toman para ganar y mantener la superioridad aérea sobre el área de la batalla, neutralizando o eliminando sistemáticamente tanto los aviones enemigos como un sistema de defensa aérea.
- **OPERACIONES DE REGISTRO:** Es una serie de actividades que ejecuta la fuerza regular con el objeto de descubrir y capturar guerrilleros, narcotraficantes o delincuentes, decomisar material de guerra, medios de comunicación, abastecimientos y documentación.

#### *Muertes en el Desarrollo de Operaciones.*

En el desarrollo de operaciones existe siempre la posibilidad de que se presenten bajas humanas tanto del lado de las fuerzas militares como del lado de sus adversarios, e incluso del lado de los civiles que se encuentran en el medio de los enfrentamientos.

En estos últimos casos, cuando se presentan bajas entre las personas que combaten con las fuerzas militares o entre la población civil, puede ocurrir que las mismas sean susceptibles de ser consideradas como desproporcionadas, innecesarias, evitables, y, por lo tanto, objeto de sanción penal a título de homicidio, en los términos del Código Penal Colombiano, en el mismo sentido el código penal militar en su artículo 20, establece “Los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública son los descritos en este Código, los previstos en el Código Penal común y en las normas que los adicionen o complementen”.

De acuerdo con el código penal en su libro segundo una parte especial dedicada a los delitos en particular, y a su vez destina todo el título primero de esta parte a los delitos que se cometen contra la vida y la integridad personal, así, en el capítulo segundo se reglamenta específicamente el homicidio. Describiendo el homicidio como “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”. (Codigo Penal Colombiano, 2000, Art. 103).

#### **Responsabilidad Estatal**

Una vez claro el entorno del personal militar y principalmente de las operaciones militares se busca identificar las formas de responsabilidad de Estatal, así se tiene que el Estado, como sujeto de derecho que es, como persona que es, es susceptible de convertirse eventualmente en responsable, de ser sancionado, frente a posibles trasgresiones de su parte frente al ordenamiento

jurídico, entendidas estas trasgresiones como aquellas actuaciones que quebrantan cualquiera de los imperativos deónticos del Derecho: La prohibición, la orden y la permisión. Vélez vélez (2015).

A través de las prohibiciones, el Derecho evita la realización de conductas no deseadas o perjudiciales; por medio de una orden, el derecho induce a la sociedad a la realización de conductas deseadas o beneficiosas, y; mediante las permisiones el Derecho custodia y salvaguarda la realización de todas las demás conductas que no están ni prohibidas ni ordenadas en una sociedad.” (Bobbio, 2012, p. 213).

“Esos quebrantamientos a los imperativos deónticos del derecho que eventualmente comete el estado, al igual que ocurre cuando son realizados por alguno de sus administrados, puede llegar a causar perjuicios sobre bienes, derechos o intereses ajenos, los cuales para el derecho se denominan genéricamente como daños” (Enciclopedia Jurídica, 2014), y; la sanción en la que incurre el estado por la realización de un daño, es decir, la responsabilidad que asume, es la de indemnizar al perjudicado en los términos del Código Civil colombiano y de la Jurisprudencia nacional al respecto.

Por lo antedicho, se comprende entonces que lo más importante para establecer fehacientemente una obligación indemnizatoria en cabeza del estado es demostrar que el daño causado ocurrió por una acción o por una omisión suya frente a lo que le es prohibido, ordenado o permitido en el ordenamiento jurídico; demostración que resulta sencilla cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de obligaciones contraídas a través de un contrato, pues, en este evento, sólo basta demostrar el incumplimiento por parte del estado, porque su obligación indemnizatoria ya había sido previamente asumida y reconocida a través de la suscripción voluntaria y consiente del contrato, Matínez Rave (1993). Lo complejo es demostrar la participación del Estado cuando el daño no se produce en el marco de las obligaciones contraídas en virtud de un contrato previamente celebrado con el perjudicado.

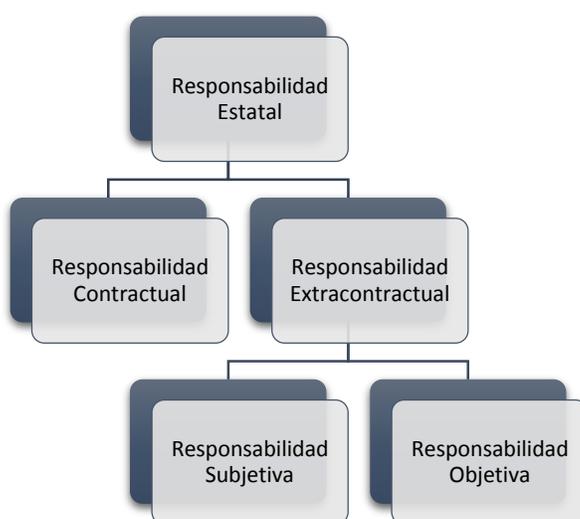
Así pues, tenemos que las dos formas básicas de responsabilidad del estado son: La responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.



Fuente: esta investigación 2018

### *Responsabilidad extracontractual*

Para demostrar la responsabilidad extracontractual del Estado ante la realización de un daño se debe, a su vez, demostrar, o que el actuar del Estado fue culpable, o que se causó un daño que el perjudicado no tenía por qué soportar. Estas dos opciones son contradictorias y excluyentes entre sí, o la una o la otra, y constituyen las dos grandes teorías de la responsabilidad civil extracontractual que rigen a las personas y principalmente al estado: La teoría de la responsabilidad subjetiva y la teoría de la responsabilidad objetiva.



Fuente: esta investigación 2018

### *Responsabilidad subjetiva.*

La teoría de la responsabilidad subjetiva, concentra su análisis en el actuar del Estado, independientemente del daño causado por medio de éste. Desde esta óptica se considera, en sintonía con la noción pura de responsabilidad en el derecho, que la indemnización es una sanción imponible al culpable de un daño como condena por su actuar trasgresor, es decir, que la obligación se impone, más que por la intención y la necesidad de reparar a la víctima, como un castigo o como un correctivo al culpable por la realización de una conducta indeseada por la sociedad.

Por esta razón, si se demuestra que la conducta del sujeto de derecho no alberga un contenido de voluntad reprochable, entonces no hay lugar endilgarle la responsabilidad jurídica de indemnizar el daño causado.

Esta postura tiene su origen en el derecho civil, el cual sustenta la responsabilidad estrictamente en la culpa, y la define como la imprudencia o la negligencia con que actúa una persona cuando realiza un daño (Codigo Civil Colombiano, 1877); por esta razón el reproche no siempre es igual, pues varía su intensidad de acuerdo al grado de negligencia o imprudencia desplegado por la persona en la ejecución de la conducta lesiva, y utiliza para establecer ese grado de culpa se vale de tres unidades de medida: Culpa levísima o descuido levísimo, culpa leve o descuido ligero, y culpa grave o lata, o negligencia grave. Esta última clase de culpa, por su intensidad, se equipará con lo que en otras ramas del derecho se distingue como dolo, y lo define ya el derecho civil como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Lo más relevante a tener en cuenta respecto a la teoría de la responsabilidad subjetiva es que, por su cimentación sobre la culpa, existe la posibilidad factible de que una persona que haya sufrido un daño en sus bienes, derechos o intereses no tenga derecho a percibir por tal evento una reparación a su perjuicio.

Resulta que, una persona que con una conducta suya causa un daño a otra puede llegar a actuar en el momento de manera absolutamente diligente y prudente, y el daño puede entonces llegar deberse enteramente a una causa exógena o a un factor extraño a su voluntad, Codigo Civil

Colombiano (1877), como a un hecho que vicia la misma voluntad –error, fuerza o dolo-, o como a una causa extraña que interfiere con la conducta -culpa exclusiva de un tercero o, incluso, de la propia víctima-. En casos como éste, la causa exógena en la realización de un daño excluye y, de paso, eximen la culpa de la persona a cuya conducta se atribuye el daño; por lo tanto, no hay lugar a atribuirle a esta ninguna responsabilidad y, mucho menos, hay lugar a obligarlo a asumir ninguna indemnización al perjudicado.

Imagínese a una persona conduciendo un automóvil, y mientras ésta va manejando de la manera más prudente posible se le atraviesa de la nada un perro en su trayectoria, esta persona reacciona instintivamente esquivando el perro para no atropellarlo, pero en la maniobra golpea a otro automóvil que venía a su lado ocasionándole daños. Bajo la teoría de la responsabilidad subjetiva, no hay culpa por parte de la persona que ocasionó los daños, pues su conducta fue diligente y estuvo determinada por una causa exógena, en este hecho un caso fortuito que condujo a la realización del siniestro, y la persona dueña del carro golpeado no tiene derecho a la reparación de sus perjuicios.

De todo lo explicado sobre la teoría de la responsabilidad subjetiva surge una última cuestión que es indispensable despejar para comprender a cabalidad el concepto de la responsabilidad subjetiva estatal, y es el hecho de que el Estado, aun siendo una persona jurídica ficticia, incapaz físicamente de realizar un daño dada su inexistencia fenoménica, está sujeto a responder eventualmente dentro de esta teoría por un daño.

En los comienzos del Estado de derecho, éste no asumía nunca responsabilidad alguna por los daños que se causaban con y por su gestión, por más atroces que fueran; el principio de soberanía del estado sobre los administrados, heredado de los modelos absolutistas, había impedido que surgiera una doctrina jurídica que regulara de manera especial ese asunto (Jiménez, 2013).

Sin embargo, el principio de legalidad sobre el que se levantó el estado de derecho y la creciente dimensión de los daños causados en su gestión condujeron a la formulación de una teoría especial de responsabilidad estatal.

Si bien ya algunos países en el mundo habían comenzado a atribuir esporádicamente alguna responsabilidad al estado por la realización de daños, utilizando como herramienta básica para ello el código civil local; solo hasta 1873 se profiere un fallo que sentaría las bases para la creación de un derecho exclusivo para reglamentar y juzgar al estado, el derecho contencioso administrativo, e introduciría en el derecho un régimen especial de responsabilidad estatal, el famoso fallo blanco del Tribunal de Conflictos, en Francia.

El derecho contencioso administrativo es, por lo tanto, el derecho de la responsabilidad del estado, luego, si esta rama del derecho está presente dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad, entonces en esa sociedad el estado es responsable, en principio, por los daños causados con y por su gestión.

En su inicio, el derecho contencioso administrativo se valió también de los presupuestos del derecho civil en materia de responsabilidad, aplicándolos por vía analógica a los litigios adelantados en su jurisdicción y, de paso, estableció que la personalidad jurídica del estado tenía dos facetas: La personalidad política del estado, que excluía de cualquier tipo de responsabilidad dada su condición de soberano, y la personalidad civil del estado que lo sometía al derecho de los particulares, y por lo tanto al régimen de responsabilidad.

Esta tesis de la doble personalidad del estado resultó altamente ambigua. Según esta concepción, el Estado posee dos tipos diferentes de personalidad:

a) Personalidad política, es decir, el Estado como persona soberana, el cual no se rige por la ley civil de los particulares y, b) Personalidad civil, es decir, el Estado como persona jurídica del Derecho privado sometido a la ley civil, como cuando realiza contratos como simple particular. Cuando el Estado obra como persona civil, sus funcionarios tienen el carácter de agentes respecto del Estado, el cual es el comitente, y por analogía del Derecho civil, este debe responder por los daños ocasionados por sus agentes; en cambio, cuando actúa como persona soberana, el Estado no responde por las actuaciones de sus funcionarios pues estos no se consideran sus agentes.

En este punto aparece la diferenciación entre actos de gestión para aquellas actividades en las cuales el Estado se desempeñaba como persona civil, y actos de poder o autoridad, cuando se actuaba con la calidad de persona política o soberana (en este sentido, se mantenía la irresponsabilidad del Estado). En conclusión, el Estado respondía cuando sus actos se consideraban de gestión, y en cuanto a los actos de poder se consideraba irresponsable, a menos que una ley especial lo estableciera. (Jiménez, 2013)

En si, considera que la personalidad política se despliega cuando el estado ejercía actos de poder y que la personalidad civil cuando ejercía actos de gestión, pero no definió un parámetro o criterio claro para determinar y diferenciar con exactitud cada una de estas dos clases de actos. Por esta razón, fue reemplazada por la tesis de la unidad de la personalidad del estado, que consideró que el estado tenía una única personalidad jurídica y estableció más bien una diferencia entre la persona del estado al estado y la de quienes ejercían su gestión.

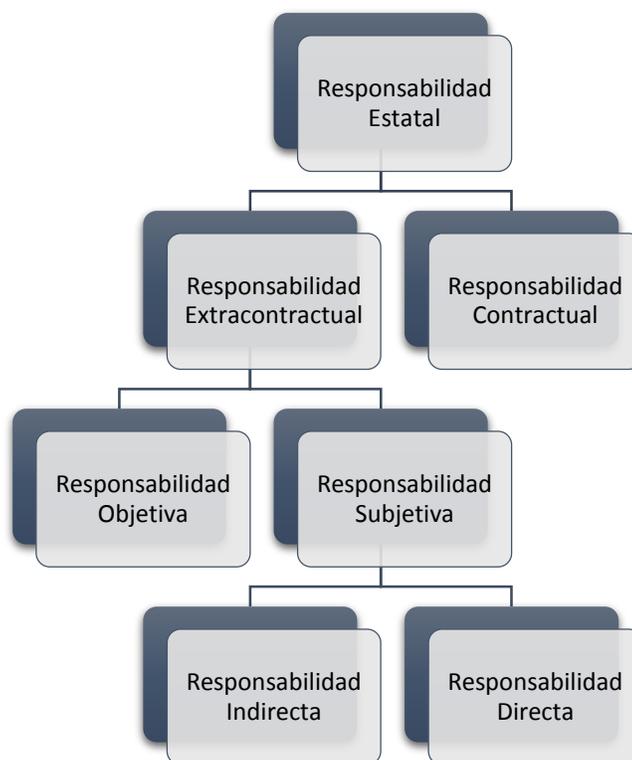
Esta tesis de la unipersonalidad del Estado se conoció como teoría organicista, o teoría de la representación, y consideraba que el estado tenía una sola personalidad, en virtud de la cual se hacía responsable por cualquier daño que llegara a causar; pero estableció que el estado podía actuar, ya fuera de manera directa, a través de sus representantes o depositarios de su voluntad, y en este caso respondería por un hecho propio, o ya fuera de manera indirecta, a través de sus dependientes o auxiliares, caso en el cual respondería por un hecho ajeno.

A la par se puede hacer un comentario en lo frente a que inicialmente el régimen aplicable por la privación injusta de la libertad es en principio objetivo:

De conformidad con esta postura, la declaratoria de responsabilidad por privación injusta no dependerá de la ilegalidad, falla o yerro en la decisión que ordena la privación preventiva de la libertad, sino que se fundamentará en el sobreseimiento *a posteriori*, por lo que no es necesario realizar un análisis de la actuación defectuosa de las entidades demandadas, sino que basta con verificar si: Se impuso en contra de los accionante una medida restrictiva de la libertad en el marco de un proceso penal; El proceso culminó con decisión favorable a la inocencia; El daño y los

consecuentes perjuicios surgidos de la restricción de la libertad originan obligación de reparar. (Ambito Juridico, 2017)

Sobre el particular, la jurisprudencia de las diferentes subsecciones de la Sección Tercera no ha sido pacífica. Recientemente se han conocido sentencias en las que se aplica el régimen subjetivo bajo el título de imputación de falla del servicio, donde incluso, en algunos casos, se ha exonerado de responsabilidad al Estado por “culpa exclusiva de la víctima”, aun cuando los procesos penales han terminado con absolución, la cual evidencia una tendencia al cambio entre la responsabilidad objetiva a la subjetiva.



Fuente: esta investigación 2018

### *Responsabilidad directa e indirecta.*

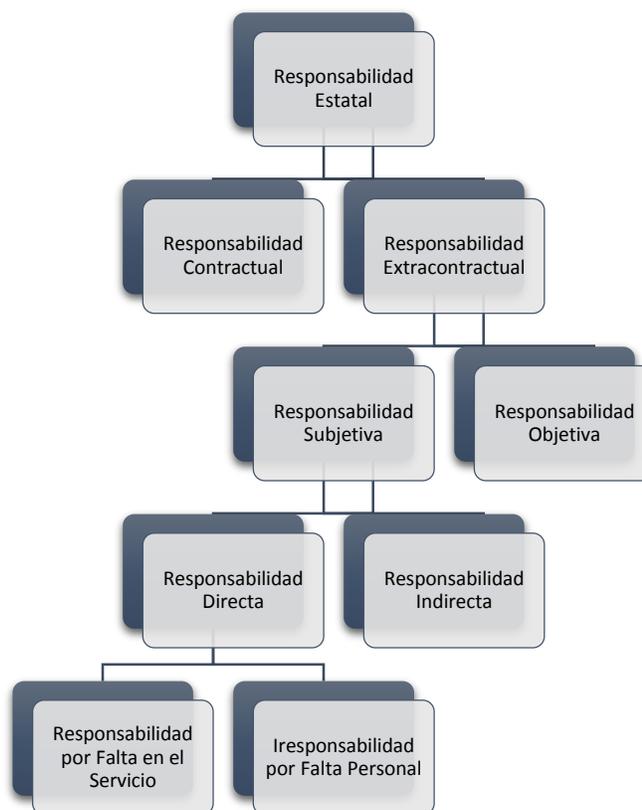
Esta diferenciación también tiene génesis en la legislación civil, y permitía que el Estado pudiera eventualmente llegar a ser eximido de responsabilidad frente a un daño causado con o por

su gestión, por dos vías, una era demostrando una causal civil eximente de responsabilidad en el actuar de sus representantes y con ello se revocaría su responsabilidad directa, y otra era demostrando que había hecho una buena elección y había realizado una debida vigilancia a su dependiente y que por tal motivo tampoco era responsable indirecto, pues toda la culpa recaía solamente en este agente auxiliar. Jiménez (2013).

Cómo era de esperarse, esta tesis también generó ambigüedad y fue desechada, porque tampoco definió con exactitud un criterio para determinar y diferenciar fehacientemente entre funcionarios representantes y funcionarios dependientes. Entonces la solución fue comenzar a tratar toda actuación adelantada en el marco de la gestión del Estado como actuación directamente suya, y a declarársele siempre como responsable directo, pues todos los actos ya eran atribuidos como propios.

Empero, pronto surgió una salvedad para el Estado frente a la tesis de su responsabilidad directa. La doctrina y la jurisprudencia fijaron ahora su mirada en la conducta de quien actuaba en nombre del Estado y establecieron dos tipos de faltas, una falta del servicio y una falta personal; según esta postura, sólo la falta en el servicio, es decir, el daño cometido por un funcionario al tratar de cumplir su función, es fuente de responsabilidad por parte del estado, mientras que la falta personal, que es el daño producido por un funcionario que se valió del cargo para un fin distinto al del Estado, no es fuente de responsabilidad estatal (Laubedère, 1984, pág. 110).

Desde luego que esta tesis resultó mucho más descabellada que todas las precedentes, pues, de alguna manera trataba de resucitar una abolida y proscrita responsabilidad indirecta del Estado. Es evidente que, en cualquier caso, el funcionario estatal en el ejercicio de su cargo, independientemente de su intencionalidad, actúa siempre en representación directa del Estado, quien asume la responsabilidad por lo hecho o dejado de hacer en su nombre, no el particular. Sin embargo, algo trascendentalmente positivo quedó para el derecho a raíz de esta discusión, y es la comprensión de que todo daño causado por el estado era producido por una falta en la prestación de su servicio.



Fuente: esta investigación 2018

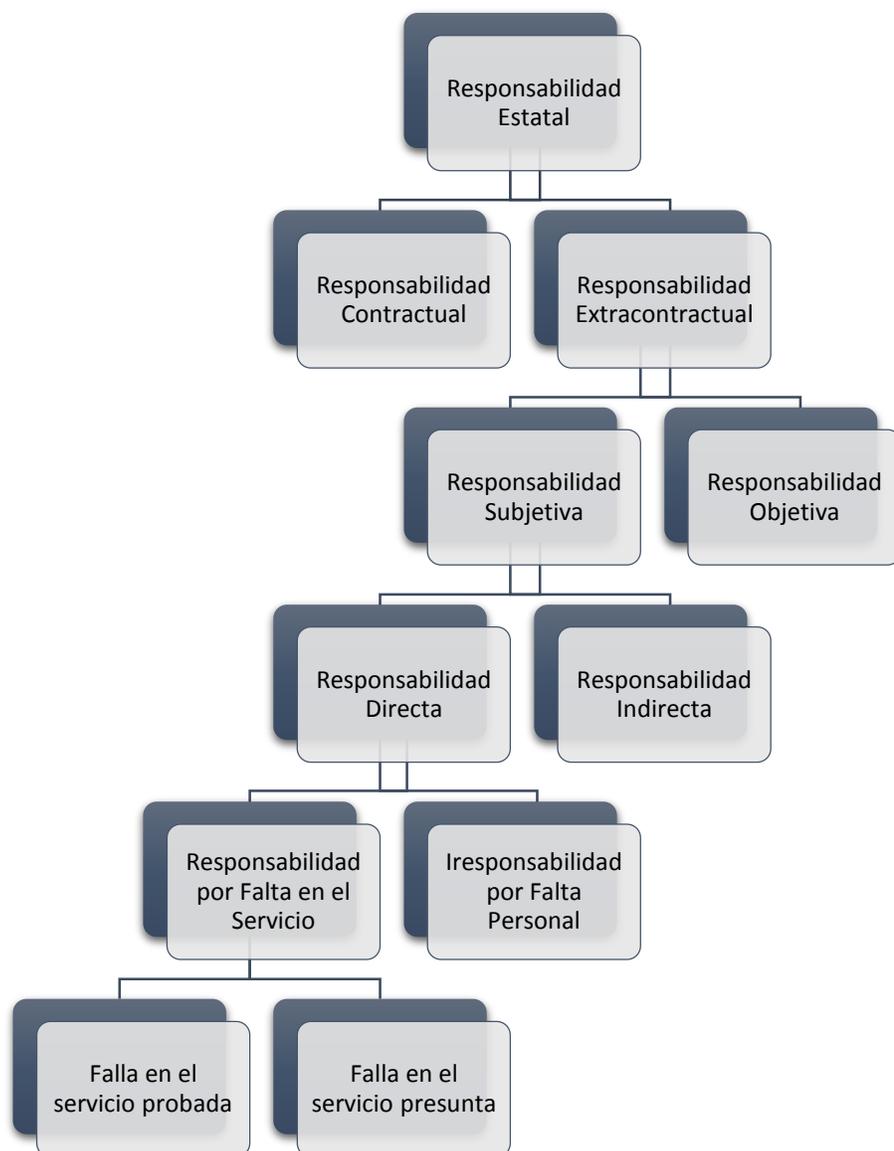
*Responsabilidad por falta en el servicio e Irresponsabilidad por falta personal.*

La falta en el servicio o, como comenzó a ser conocida en la doctrina y en la jurisprudencia, la falla en el servicio, es un criterio subjetivo de imputación de responsabilidad estatal que exige la concurrencia de tres hechos para configurar una obligación indemnizatoria en cabeza de una entidad pública: actuación, daño y culpa por parte del estado, bajo la premisa de que la producción de ese daño se haya dado bajo actuación (u omisión) suya, este último hecho se conoce como nexo causal. Cuando se emplea el criterio de la falla en el servicio no es necesario demostrar, como puede colegirse, que la actuación del Estado fue realizada a través de un funcionario con poder de representación, ni mucho menos demostrar que el funcionario actuó con la intención de cumplir su cometido público y no con fines personales.

Cuando comenzó a hacer carrera en el mundo jurídico el criterio de la falla en el servicio, en los estrados judiciales siempre se exigía que el perjudicado demostrara plenamente la existencia de los tres hechos que bajo esta tesis dan vida a la responsabilidad indemnizatoria por parte de la entidad pública accionada, a saber, actuación culposa, daño y nexo causal; por esta razón, a este criterio de imputación se le llamó, falla en el servicio probada.

Sin embargo, cuando se puso en práctica la tesis de la falla en el servicio en los procesos judiciales adelantados en contra del Estado, llamó la atención un tipo específico de evento en el que, por sus características, la jurisprudencia y la doctrina se vieron avocados a presumir la falla en el servicio acusada por el perjudicado, y a trasladar la carga de demostrar lo contrario al Estado.

Consideraron los jurisconsultos que hay actividades que, aun cuando son lícitas, llegan a ser tan peligrosas y es riesgosas, que albergan una alta probabilidad de causar daños de acuerdo con Parra Guzmán (2010), y que este hecho conducía a presumir la existencia de culpa en quien las realizaba y causaba un daño con ellas. Para llegar esta conclusión, se observó que en el desarrollo de una actividad peligrosa no es suficiente comportar un cuidado o una prudencia mediana, por el contrario, es indispensable actuar con el máximo de cautela y precaución posible, porque el descuido más mínimo conlleva indefectiblemente a la generación de un daño; luego, al ser casi un hecho que el causante de un daño a través de una actividad peligrosa actuó con culpa, entonces resolvieron que se debía liberar a la víctima del deber de demostrar tal circunstancia y que se le traslada al causante la carga de demostrar que el daño causado obedeció a un factor extraño y no a su culpa. A este criterio de imputación de responsabilidad estatal se le conoció entonces como, falla en el servicio presunta.

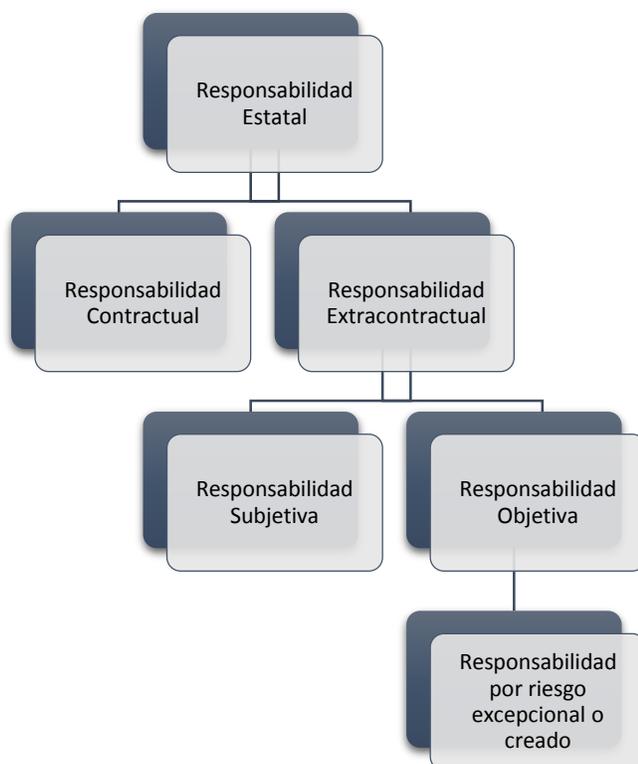


Fuente: esta investigación 2018

Esta tesis de la falla en el servicio presunta encontró fundamento jurídico, de nuevo, en la legislación civil, la cual establece una obligación especial de reparación en cabeza de quienes realicen actividades peligrosas, y a raíz de tal fundamentación este criterio jurídico de imputación de responsabilidad estatal fue redefinido en el derecho administrativo como falla en el servicio presunta por riesgo excepcional (Rodríguez Mora, 2012).

La responsabilidad estatal por falla en el servicio presunta por riesgo excepcional, es un criterio de imputación subjetivo que presume la culpa por parte del estado. Este hecho, esta presunción, es incompatible con los principios de presunción de inocencia, legalidad y proceso debido, que rigen al estado de derecho; por esta razón, la jurisprudencia y la doctrina desecharon la tesis del riesgo excepcional como falla en el servicio presunta y la conservaron como un criterio de imputación objetivo autónomo, dando vida, por primera vez en la historia, a la responsabilidad objetiva del estado, en la cual no es necesario analizar la culpa (Rodríguez Mora, 2012).

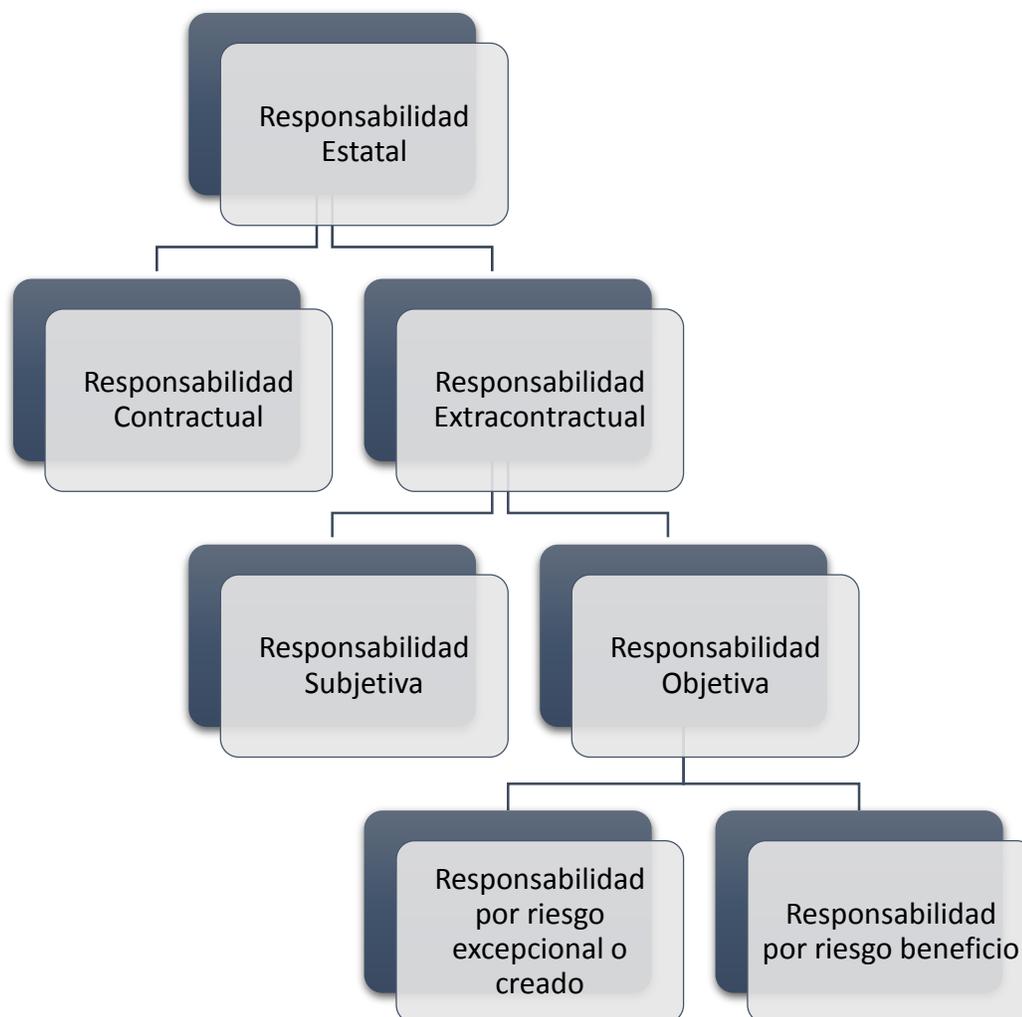
La razón para mantener el riesgo excepcional como criterio de imputación de responsabilidad estatal, y no desecharlo junto con la teoría de la falla en el servicio presunta, es la existencia misma del estado social de derecho. No es concebible que un Estado Social de Derecho, que tiene por axioma fundacional el bienestar y la protección de los administrados, tanto en su integridad física, emocional y familiar, como en su integridad patrimonial, desproteja a las personas que resultan perjudicadas por actuaciones de un ente público, en las que el riesgo de daño ha sido creado precisamente por el mismo ente. La teoría del riesgo excepcional también se conoce como teoría del riesgo creado.



Fuente: esta investigación 2018

El evento más recurrente de daño excepcional, no el único, por supuesto, es el de los daños causados por miembros de las fuerzas militares de un estado, con sus armas de fuego. A pesar de que los disparos realizados por estos funcionarios por fuera de sus campos de entrenamiento son en principio legales, no es menos cierto que estos actos son altamente peligrosos, pues con mucha probabilidad pueden llegar a causar algún daño en contra de algún particular, así que quien los realice está creando un riesgo inminente de causar un perjuicio.

En la aplicación jurisprudencial del criterio de imputación del riesgo excepcional, con el paso de los procesos fue tomando fuerza una tendencia a reforzar este criterio bajo el argumento de que, adicional a la creación del riesgo por parte de la misma entidad demandada, ésta también es responsable de reparar el daño causado porque de alguna manera se benefició con la realización del mismo, pues necesitaba causarlo para lograr algún fin público y el perjudicado debió asumir una carga anormal o mayor a la que comúnmente asume, en beneficio. Esta tesis se llamó, riesgo beneficio.



En la imputación de responsabilidad estatal por riesgo beneficio se busca hacer efectivo el principio de la igualdad, también fundacional del estado de derecho, reparando un daño que, aunque legal y hasta necesario, el particular no estaba en la obligación de asumir, daño que se conoció como antijurídico. Como ocurre cuando una persona es privada de su libertad por la supuesta comisión de un delito, con la finalidad, entre otras, de proteger a la sociedad del riesgo que genera su presencia mientras se investiga su responsabilidad penal, o mientras se resocializa a través del cumplimiento de la pena impuesta, y posteriormente esta persona es dejada en libertad por alguna decisión judicial diferente a su efectiva declaración de responsabilidad.

Ante esta posición, la jurisprudencia y la doctrina hallaron que había una gran diferencia entre una responsabilidad por crear un riesgo y una responsabilidad por beneficiarse de un daño,

pues es muy diferente disparar un arma de fuego a beneficiarse por la expropiación de un inmueble, hecho este último en el que no hay riesgo de ninguna clase. Diferenciación que llevó a la inutilización de la tesis del riesgo beneficio y a la escisión entre riesgo creado y lo que se comenzó a conocer como daño especial.

El daño especial es un criterio de imputación de responsabilidad estatal objetivo, porque excluye el análisis de toda culpa, y depende exclusivamente de la antijuridicidad del daño causado.

## **B. Medida privativa de la libertad**

### *Objeto*

“El objeto de todo acto administrativo es el “qué” del mismo acto, es lo que se decide y se pretende realizar por parte del órgano estatal, y sólo debe cumplir dos requisitos esenciales: Que sea físicamente posible y que sea jurídicamente viable” (Herrera robles, 2012, pág. 317).

El objeto de una medida privativa de la libertad es la acción a través de la cual se va a llevar a cabo por parte del Estado la privación de la libertad de la persona a la que fuera impuesta la medida.

Complementando; el objeto de una medida privativa de la libertad es imponer alguna restricción, preeminentemente física, a una persona; luego, no podrá considerarse como medida privativa de la libertad la imposición de una obligación diferente a una restricción física, como por ejemplo una multa o un servicio social.

El objeto de la medida privativa de la libertad tiene que ser jurídicamente válido, es decir, la acción a imponer debe estar taxativamente autorizada en la Ley, debe estar sometida a los principios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad, y, de paso, no puede contrariar ninguna otra norma del estado.

Estas son las medidas privativas de la libertad autorizadas en Colombia, de acuerdo con el (Código de Procedimiento Penal, 2004)

- La detención preventiva en establecimiento de reclusión.
- La detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;
- La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
- La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

Y las impuestas por el (Código Penal, 2000):

- La privativa de la libertad de prisión
- La prisión domiciliaria como sustitutiva de la pena de prisión
- El arresto de fin de semana o arresto ininterrumpido
- La libertad condicional
- Reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave
- La privación del derecho a residir o de acudir a determinados lugares

Adicionalmente, el objeto de la medida debe ser físicamente posible. Que quien la reciba esté en condiciones de salud, tanto física como mental, para soportarla, y que el estado si cuente con los elementos y la capacidad instalada para imponerla.

### *Competencia*

“La competencia se puede definir como el conjunto de facultades que un funcionario, una corporación o, en general, un órgano estatal puede ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo” (Gordillo, 2011).

La creación de medidas privativas de la libertad, los motivos que conllevan a su imposición y las formalidades que deben observarse en su desarrollo solamente se pueden establecer a través del Congreso de la República o, en su defecto, a través del Presidente de la República, cuando

expresamente lo ha autorizado o mandado una misma Ley del Congreso. Por lo tanto, en los términos del artículo 28 superior, no podrá nunca una autoridad territorial como un Gobernador, una Asamblea Departamental, un Alcalde o un Concejo Municipal, crear medidas privativas de la libertad, ni mucho menos establecer formalidades para las ya existentes.

La imposición de una medida privativa de la libertad sobre una persona no puede ser ordenada sino por una autoridad. Luego, una autoridad de otro tipo, como las administrativas, las civiles, las legislativas -presidentes, ministros, alcaldes, gobernadores, senadores, representantes a la cámara, etcétera- no son competentes para emitir este tipo de órdenes restrictivas del derecho a la libertad, restringiéndose así esta competencia sólo aquellos organismos que componen la Rama Judicial del Poder Público, entiéndase: La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, y la Justicia Penal Militar, con fundamento en la Constitución Política de Colombia, (1991)

#### *Sustento o Motivación*

“El motivo es la razón justificadora del acto administrativo” (Carretero Pérez, pág. 138). En observancia del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que hace parte del bloque de constitucionalidad, solamente “se podrán crear medidas privativas de la libertad cuando sus motivos sean necesariamente para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Ahora, importante también es tener en la cuenta que, de manera expresa, este artículo entraña ciertas limitaciones a esta función legisladora, al impedirle al Congreso de la República, o al presidente cuando éste esté facultado para hacerlo, que cree medidas privativas de la libertad por motivos de deudas, así como penas y medidas de seguridad imprescriptibles, es decir, que no tengan una caducidad en el tiempo, como lo pueden ser las condenas a cadenas perpetuas.

Al respecto, la Corte Constitucional ha fijado su posición en los siguientes términos:

En la fijación de las condiciones en las que resulte posible la privación de la libertad, el legislador goza de un margen de apreciación inscrito dentro de la

denominada libertad de configuración que le permite,[...] Sin embargo, esa libertad del legislador, perceptible al momento de crear el derecho legislado, tiene su límite en la propia Constitución que, tratándose de la libertad individual, delimita el campo de su privación no sólo en el artículo 28, sino también por virtud de los contenidos del preámbulo que consagra la libertad como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación. (Corte Constitucional, C – 327, 1997)

En consonancia con lo argumentado por la corte se puede entender que el artículo 2o. constitucional de los fines esenciales del Estado tiene como fin garantizar la efectividad de los principios y de los derechos que la Constitución consagra, encargando así a las autoridades de su protección y de la disposición que toda persona “se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 29) y que quien sea sindicado tiene derecho “a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas”.

Así pues, aún cuando el derecho a la libertad no es absoluto es claro que su limitación tampoco ha de tener ese carácter y, por lo tanto, el legislador, al regular los supuestos en los que opere la restricción del derecho, debe observar criterios de razonabilidad y proporcionalidad que fuera de servir al propósito de justificar adecuadamente una medida tan drástica, contribuyan a mantener inalterado el necesario equilibrio entre las prerrogativas en que consiste el derecho y los límites del mismo (Corte Constitucional, C – 327, 1997)

### *Formalidad*

Los actos administrativos son actividades estatales estrictamente formales, por lo tanto, para ser emitidos deben cumplir un conjunto de trámites prescritos en la propia Ley, un órgano estatal no puede entonces escoger a su criterio las formas de constituir (formar) su voluntad, ni las formas de expresar de esa voluntad. La Ley establece las formalidades necesarias, para la expedición del acto administrativo, de tal manera que éste debe cumplir con todas ellas para que pueda producir sus efectos. Adicionalmente, es indispensable que la misma Ley, de manera expresa, especifique las formas en que ha de cumplirse, y sólo es así cuando

el acto cumplido fuera de esas formalidades legales llega a estar viciado de nulidad (Ojeda de Ilija, 2012, pág. 174).

Las medidas privativas de la libertad se crean a través de una Ley del Congreso de la República, o de un Decreto Presidencial cuando una Ley así lo mande o, a lo menos, lo autorice.

Por su parte, la imposición de una medida privativa de la libertad reviste una formalidad un poco más compleja, pudiéndose realizar ya sea como condena, a través de sentencia judicial, o como medida de aseguramiento en etapa investigativa, a través de orden formalmente emitida.

En el caso de la privación de la libertad a una persona mediante sentencia judicial condenatoria, vale la pena citar lo comentado por el penalista colombiano Miguel Bolívar Acuña:

La sentencia como acto jurisdiccional que decide definitivamente la responsabilidad o la inocencia del inculcado, debe sustentarse en premisas fundadas en los hechos que se investigan, hechos que se demuestran a través de las pruebas debatidas en el juicio oral. La sentencia debe contener un resumen de los hechos investigados, la identidad del procesado, el resumen de la acusación y de los alegatos de las partes, como también la valoración jurídica de los elementos materiales debatidos y probados, durante la etapa del juicio público, oral y contradictorio. [...] En cuanto a los requisitos exigidos para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado con fundamento en las pruebas debatidas en el juicio oral. La sentencia condenatoria entonces requiere del juez actitud de cordura, de sensatez y de prudencia, de tal manera que cuando las pruebas debatidas en el juicio no reúnan las exigencias legales necesarias para llevar al juez a la certeza, debe absolverse (El Heraldo, 2013)

En el otro caso, cuando se impone la privación legal de la libertad de una persona en Colombia como medida de aseguramiento, por regla general, ésta debe ser el resultado de un proceso investigativo judicial, en el cual se concluya la necesidad de la imposición de la misma, a través de órdenes de captura consignadas en mandamientos escritos.

El mandamiento escrito, para el caso de la orden de captura, así como en muchas otras actuaciones penales, debe ser expedido por un Juez con Función de Control de Garantías, a solicitud de las autoridades judiciales descritas anteriormente. Al respecto, esto dice en el Código de Procedimiento Penal:

Libertad. Toda persona tiene derecho a que se respete su libertad. Nadie podrá ser molestado en su persona ni privado de su libertad sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley.

El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba o la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. Igualmente, por petición de cualquiera de las partes, en los términos señalados en este código, dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada. (Código de Procedimiento Penal, 2004, Art, 2)

Frente a los requisitos generales el artículo 297, del código de procedimiento pena. Establece que para “la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”

De manera excepcional, cualquier persona puede capturar a otra, aún sin mediar orden formalmente emitida, pero sólo en los casos de flagrancia<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Se entiende que hay flagrancia cuando: 1. La persona es sorprendida y aprehendida durante la comisión del delito. 2. La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o cuando fuere señalado por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración. 3. La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que acaba de cometer un delito o de haber participado en él. 4. La persona es sorprendida o individualizada en la comisión de un delito en un sitio abierto al público a través de la grabación de un dispositivo de video y aprehendida inmediatamente después. La misma regla operará si la grabación del dispositivo de video se realiza en un lugar privado con consentimiento de la persona o personas que residan en el mismo. 5. La persona se encuentre en un vehículo utilizado momentos antes para huir del lugar de la comisión de un delito, salvo que aparezca fundadamente que el sujeto no tenga conocimiento de la conducta punible. (Código de Procedimiento Penal, 2004)

Igualmente, la Fiscalía General de la Nación podrá imponer de manera excepcional medidas privativas de la libertad sin requerir orden formalmente emitida por un juez de control de garantías; esto en desempeño de atributos especiales conferidos desde la misma Constitución Política a este organismo, sin embargo, para que proceda esta modalidad de captura, la misma debe estar reglamentada previamente mediante Ley y hasta el día de hoy el congreso de la república no lo ha hecho, razón por la cual en la actualidad no se puede aplicar.

### *Finalidad*

Los fines de un acto administrativo son las consecuencias que persigue el órgano estatal con la decisión tomada, los cuales en todo caso deben perseguir el interés público; este elemento responde a la pregunta ¿para qué el acto administrativo? (Diputación Provincial de Córdoba, 2017, pág. 380).

Como condena, los fines de la medida de privación de la libertad son los de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, Código Penal Colombiano (2000).

Por prevención general se entiende que la pena privativa de la libertad constituye un eficiente medio de disuasión y advertencia para que los miembros de la sociedad eviten la comisión de delitos. La retribución justa de la pena privativa de la libertad, como función, entiende que el delito personifica la ejecución de un mal que debe ser compensado con la realización de la justicia que se produce con la imposición de esta medida en palabras de Poveda Perdomo (2010). Mediante la prevención especial se busca que a través de la pena se evite la comisión de más delitos por parte del penado durante su proceso de resocialización. La reinserción social, por último, busca que la persona que haya sido objeto de una pena privativa de la libertad logre aprender a desarrollarse en sociedad a través del trabajo y los demás estándares de la vida en comunidad, y renuncie para siempre al delito.

Como medida de aseguramiento, los fines de la privación de la libertad de una persona, en caso de resultar necesaria, serán: Garantizar la comparecencia del imputado al proceso, preservar las pruebas y el proceso ante una eventual dilación, ocultamiento o conducta similar que el sujeto

investigado pueda llegar a realizar y proteger a la comunidad, en especial a las víctimas, de un posible ataque de éste (Código de Procedimiento Penal, 2004)

### **C. Privación injusta de la libertad**

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia es la norma de mayor jerarquía e importancia que se refiere a la libertad en el ordenamiento jurídico, y lo hace para reconocerla como un derecho fundamental de las personas, empero no hace alusión a su ejercicio y, menos aún, a su restricción o privación. Es en los artículos inmediatamente siguientes en los que se comienza a referir de manera individual a las principales formas de libertad y, principalmente, a los hechos proscritos a través de los cuales se vulnera cada una de éstas formas.

En el artículo 16 se le otorga al desarrollo de la personalidad la condición de libertad y se establece que sólo los derechos de los demás y el orden jurídico podrán constituir límites a su ejercicio. Así mismo, el artículo 18 se refiere a libertad de conciencia, el 19 a la libertad religiosa y de cultos, el 20 a la libertad de expresión, el 26 a la libertad de profesión u oficio, el 27 a las libertades académico científicas y el 38 a la libertad de asociación.

Por su parte, los artículos 17, 24, 28 y 30 se refieren de manera tácita a la libertad de locomoción, o de desplazamiento, al establecer el derecho de que goza todo colombiano para circular por el territorio nacional, y prohibir que tanto particulares como el mismo estado impongan sobre este derecho restricciones ilegítimas de cualquier clase, so pena de la acción constitucional de Habeas Corpus.

Tampoco es posibles encontrar en las Leyes del Congreso de la República y los Decretos Presidenciales definiciones precisas sobre las formas de libertad, sin embargo, al igual que ocurre en la Constitución Política de Colombia, sí hallamos en este nivel normativo descripciones de las formas en que éstas pueden llegar a ser vulneradas y, más aún, sus correspondientes consecuencias jurídicas. Esto ocurre porque, en términos generales, la legislación en Colombia, como en la gran mayoría de países, sobre todo occidentales, está diseñada para permitir a sus asociados hacer todo cuanto no afecte ilegítimamente los intereses de las demás personas y del mismo estado. Salvo algunas excepciones, como es el caso de los servidores públicos, quienes en el ejercicio de sus funciones sólo pueden hacer las cosas que legalmente les esté mandado y permitido hacer.

En determinados casos la legislación colombiana se ha reglamentado el ejercicio de alguna forma de libertad, debido a particulares necesidades y presiones sociales. Es el caso de la libertad religiosa y de cultos, por ejemplo, la cual que se encuentra reglamentada a través de la Ley 133 de 1994, y en la que se define, entre otros aspectos, en qué consiste este tipo de libertad.

En materia jurisprudencial la situación es diferente, para bien. Los fallos judiciales de las Altas cortes colombianas han sido prolijos a la hora de abordar el tema de la libertad, y con sus consideraciones y decisiones al respecto han venido asentando a través de los años importantes precedentes judiciales frente a este derecho fundamental, complementando de manera armónica lo dispuesto por la Constitución Política de Colombia y las demás normas que integran la estructura legislativa del país.

Que consideran indisoluble la relación que alberga el derecho fundamental a la libertad con el resto del decálogo axiológico de derechos fundamentales de la carta magna, contempla el Consejo de Estado la existencia de al menos dos esferas en las que se desarrolla el disfrute de la *libertad*. La del desplazamiento y la del asentamiento (consejo de estado, 05001-23-31-000-1997-02629-01(27689), 2014)

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, (4883 - 2016) por su parte, plantea que el derecho fundamental a la libertad, al igual que todos los demás derechos fundamentales de las personas, son anteriores al Estado, por lo cual éste no los concede, no los otorga, sino que los reconoce, los ampara, y los promociona, toda vez que los mismos representan el punto de partida axiológico para toda su actuación, pues, como expresamente lo menciona esta misma corporación: el fundamento del aparato estatal reside en el respeto de la dignidad humana y su existencia se justifica sólo en cuanto sirve a la comunidad y propende por la efectividad de tales derechos

Sin embargo, la actuación de la Corte Suprema de Justicia se ha encaminado más hacia su labor de custodia de los *procesos debidos* en la actuación judicial, obviamente en el marco de los derechos fundamentales, y sus consideraciones específicas frente a algún derecho, incluido por supuesto el derecho a la libertad, son escasas, limitándose a hacer alusiones precisas a lo que frente a cualquier aspecto bajo juicio se haya referido la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional es, sin lugar a dudas, la alta corporación que con mayor sesudez ha sentado precedentes judiciales en Colombia para la comprensión del derecho fundamental a la libertad; a través de sendos fallos este tribunal ha construido todo un marco jurisprudencial en torno a este derecho, siendo por lo tanto referente obligado para cualquier otra institución, funcionario y persona que se halle avocado por alguna razón a decidir y actuar sobre la libertad de un ser humano. Sus consideraciones son siempre empleadas como fuente de argumentación tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Suprema de Justicia, y qué decir de todos los demás cuerpos colegiados y despachos que en menor jerarquía conforman la estructura judicial de Colombia.

Afirma la Corte Constitucional, en primer lugar, que la fundamentalidad del derecho a la libertad de locomoción no radica en el hecho de que se encuentre estatuida en el Capítulo 1, del Título II, de la carta magna colombiana, referente a los Derechos Fundamentales, ni, por supuesto, en ninguna otra codificación nacional o supranacional. No, según el alto tribunal la fundamentalidad de la libertad como derecho radica en su inherencia a la *condición humana* (Corte Constitucional, T – 518, 1992). La libertad, bajo este entendido, es una manifestación misma de la vida de los seres humanos, y, por lo tanto, su normatización sólo procede para efectos de su salvaguarda y promoción.

En contraposición a la Libertad se encuentra, por antonomasia, la Privación de la Libertad. En principio, se asume que toda fuerza ajena a la voluntad de un ser humano que le impida la realización de acciones inherentes a su condición de ser libre, como lo es el desplazamiento, constituye una privación de su libertad. Sin embargo, para el tratamiento jurídico y social, se hace menester establecer una diferencia conceptual entre las privaciones de la libertad que tienen origen en la conducta o el estado de quien la padece, y las privaciones de la libertad que tienen origen en la voluntad exclusiva de quien la impone y la ejecuta; pues esta brecha marca el lindero entre lo legal y lo ilegal de la medida restrictiva.

En el último caso de los mencionados, en el que la privación de la libertad tiene como fuente exclusiva la voluntad de quien la impone, la medida es absolutamente ilegal, ya que no existe en todo el ordenamiento jurídico norma que ampare esa voluntad, norma que confiera el derecho a privar a alguien de su libertad y a generarle perjuicios infundados en beneficio exclusivo

de su victimario. Por las razones expuestas, este tipo de privaciones de la libertad son reprochadas, perseguidas y sancionadas en un Estado de Derecho, y para darles un tratamiento diferenciado se les tipifica como conductas punibles, delitos, que para el caso de Colombia podrían ser de secuestro o retención ilegal.

Descartados los delitos, nos queda que jurídicamente la privación de la libertad se asume como una medida imponible a raíz de una conducta de una persona, para impedir el contacto de ésta con el entorno, con la finalidad evitar la alteración de las condiciones normales de este último, por parte del sujeto pasivo de la medida; pues hay otro tipo de medidas que, si bien comportan límites a este derecho fundamental, no se consideran necesariamente privativas de la libertad toda vez que, aunque se emplean igualmente para evitar el contacto de la persona con el entorno, lo hacen ya en procura de la protección de la vida y la integridad de quien soporta la restricción, dada alguna condición suya de indefensión, discapacidad, inferioridad o similares.

En términos generales un particular puede privar de la libertad a una persona cuando le impide, por ejemplo, su desplazamiento desde un lugar determinado hacia otro o cuando le impide llegar o permanecer en un sitio, casi siempre con fines preventivos. Ya sea, porque no se quiere que a la persona privada de su libertad le ocurra algún hecho previsto en los sitios en los que se le coarta su presencia, o, por el contrario, que esta persona realice algún acto contra quienes se hallen en estos lugares.

De otro lado, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (Constitución Política de Colombia, 1991). Por lo general, las privaciones a la libertad por parte de los servidores públicos tienen fines correctivos y sancionatorios, y excepcionalmente preventivos. Razón por la cual, estas privaciones se realizan en la mayoría de casos a través de privaciones intramurales, o reclusiones carcelarias, toda vez que en el sistema Colombiana se considera que son los medios más eficaces para el cumplimiento de los fines de una pena.

Por su parte, los estrados judiciales superiores de la nación, especialmente la Corte Constitucional, han venido a través de los años sentando importantes precedentes que facilitan la interpretación de las normas que establecen y regulan el derecho fundamental a la libertad, sirviendo de soporte tanto para los servidores públicos, como para los particulares, que en alguna

circunstancia dada estén compelidos a actuar sobre la libertad de una persona, a través de la imposición de límites o privaciones, ya sea con la finalidad de prevenir la ocurrencia de un hecho o con el fin de sancionar y corregir una eventual conducta.

*Durante la etapa de investigación y juzgamiento.*

Si a un militar, o incluso a un particular, se le impone una medida privativa de su libertad durante el tiempo en que está siendo investigado y enjuiciado por la comisión de un delito, y al finalizar estas etapas se encuentra que efectivamente es responsable de la conducta que se le endilgaba y, acto seguido, se le condena penalmente, se considera que fue justa la privación que soportó de su libertad. Ahora, si a ese mismo militar, por la circunstancia que fuera, no se le condena por el delito adjudicado ¿Se consideraría igualmente justa la privación que soportó de su libertad? A todas luces es evidente que no. De manera eximia así lo consideró el Consejo de Estado mediante sendo fallo:

“...Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, 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. (Consejo de Estado, 13168, 2006)

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano establece la prevalencia del interés general el cual se constituye como uno de los principios fundantes del Estado, de acuerdo con el artículo

primero de la Constitución Política, lo cual a la luz del artículo segundo de la Carta eleva la categoría de fin esencial de la organización estatal al amparo y defensa de todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades. Lo que implica que la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo violentando las libertades individuales, en la medida en que la salvaguarda de la libertad e igualmente del contenido dogmático de la Norma Fundamental la cual limita la actividad de los diversos órganos del Estado, donde la defensa de los derechos y libertades también terminan convirtiéndose en parte del interés general.

Por todas estas razones, se colige entonces que la privación injusta de la libertad a un militar durante la etapa de investigación y juzgamiento se verifica en el momento en que termina el proceso y no se profiere sentencia condenatoria en su contra, dejando con esta decisión sin asidero legítimo el perjuicio que padeció en su derecho fundamental.

No siendo las únicas, las principales causas por las cuales puede terminar un proceso de investigación y juicio a un militar sin una sentencia condenatoria, son las siguientes:

Sentencia absolutoria porque el hecho no existió: cuando de los elementos materiales probatorios aportados durante el proceso investigativo penal se concluye que, el hecho sobre el cual se formuló la imputación y la acusación, al militar que fue privado de su libertad, no existió en la vida real. En el caso que nos ocupa, se concluye que no hubo un homicidio, o, como en algunos casos ocurre, ni siquiera hubo un muerto, por la circunstancia que fuera.

Sentencia absolutoria porque el sindicado no lo cometió: cuando de los elementos materiales probatorios aportados durante el proceso investigativo penal se concluye que, el hecho sobre el cual se formuló la imputación y la acusación, al militar que fue privado de su libertad, sí existió, pero que no fue éste quien lo cometió. En el caso que nos ocupa, se concluye si hubo un homicidio, pero que no fue realizado por el militar que se encuentra privado de su libertad con ocasión del mismo proceso.

Sentencia absolutoria porque la conducta no constituía hecho punible: cuando de los elementos materiales probatorios aportados durante el proceso investigativo penal se concluye que, el hecho sobre el cual se formuló la imputación y la acusación, al militar que fue privado de su

libertad, sí existió, pero que éste hecho se produjo bajo el amparo al militar de alguna causal eximente de su responsabilidad, o alguna circunstancia similar que desdibuja el dolo o la culpa en su actuar.

Sentencia absolutoria por aplicación del principio de in dubio pro reo: cuando de los elementos materiales probatorios aportados durante el proceso investigativo penal no es posible concluir, más allá de toda duda razonable, que el hecho sobre el cual se formuló la imputación y la acusación, al militar que fue privado de su libertad, sí existió y que además fue realizado mediante dolo o culpa en su actuar.

Terminación del proceso falla en el servicio de justicia: cuando por alguna falencia atribuible al ente acusador o al mismo despacho judicial en el que se impulsa el proceso se profiere la terminación del mismo, incluso antes de dictarse sentencia de fondo, y consecuentemente se debe ordenar la libertad de quienes hubieran sido privados de ella con ocasión de la investigación.

*Durante la espera de confirmación de sentencia (apelación y/o casación).*

Aún, cuando un militar se encuentre privado de su libertad en cumplimiento de una condena formal y debidamente emitida, por muertes en el desarrollo de operaciones, es posible que esa condena y, consecuentemente, esa privación de su libertad sea injusta, y puede ocurrir si en la sentencia condenatoria se cometen errores judiciales y, además, éstos son avistados en una decisión de segunda que revoque el fallo impuesto.

Determinante es entonces que el hecho que torna injusta la privación de la libertad de un militar, en etapa de ejecución de condena por muertes en el desarrollo de operaciones, es una sentencia judicial con errores.

El *error judicial* se encuentra definido -como error jurisdiccional- mediante el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, así: Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

Como lo dijera con atino el jurista Carlos Mario Molina Betancur: [e]n resumidas cuentas, se podría definir el error del artículo 66 de la Ley 270 como: aquél cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, actuando como tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley (Molina , 2004).

La jurisprudencia, por su parte, también ha desempeñado un papel fundamental a la hora de sentar las bases sobre el concepto del *error judicial*. Al respecto, la Corte Constitucional mediante la sentencia de constitucionalidad 252 de 2001 expresó lo siguiente:

En un Estado de derecho como el nuestro no se puede aceptar que se hagan efectivas decisiones arbitrarias o, lo que es lo mismo, proferidas sin la estricta observancia de la ley y la Constitución, o que infrinjan los derechos fundamentales de la persona humana, pues principios como el de justicia, libertad y dignidad humana impiden hacerlo. La reparación de los daños que con una condena injustamente impuesta se producen, no tiene compensación alguna, especialmente en materia penal en donde está comprometida la libertad, principio fundante del Estado social y democrático de derecho. El tiempo que una persona pueda estar privada de la libertad, por error judicial, ocasiona un daño que jamás puede ser resarcido.

El Consejo de Estado ha manejado una teoría mixta sobre la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, aunque en sus primeras sentencias, posterior a la constitución nacional de 1991, siempre se analizaba la falla del servicio, condenando a la Nación basándose en una responsabilidad subjetiva y esta teoría era la predominante en las condenas a la nación, el consejo de estado analizaba el error judicial para responsabilizar y condenar a la nación.

La Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 90, dicta que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

La responsabilidad de la Administración, por privación injusta de la libertad, toma apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional y en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y se ubica en el ámbito de la responsabilidad directa del Estado por error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, y previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso. El error judicial puede responder a una errónea apreciación de los hechos, o a una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis, normativa, o a una grosera utilización de la normatividad jurídica, en el caso sometido a consideración del juez. La responsabilidad de la administración, dentro del ámbito que se estudia, no opera sólo en los casos contemplados en el artículo 414 del C. de P. P., pues la Constitución Nacional ordena reparar el daño que se genere por una conducta antijurídica de ella. Con esto se quiere significar que el error judicial se debe reparar, no sólo en los casos de una **INJUSTA PRIVACION DE LA LIBERTAD**, sino en todos los eventos en que se demuestre, con fuerza de convicción, la existencia de una manifiesta equivocación. Para que se pueda declarar la responsabilidad de la Administración es la de que no se registre una actitud dolosa o culposa por parte del sindicado o de los damnificados. La responsabilidad que se deduce del artículo 414 del C. de P. P., es objetiva, motivo por el cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado, para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. (Consejo de Estado, 9391, 1994)

La Sección Tercera del Consejo de Estado en la interpretación del artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, contenido en el decreto ley 2.100 de 1991, ha adoptado dos posiciones:

Tesis subjetiva o restrictiva: condiciona la responsabilidad del Estado en cuanto a la conducta, a que la imputada esté fundada en decisiones jurisdiccionales arbitrarias y abiertamente ilegales; al respecto pueden verse las siguientes providencias<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Sentencia proferida el 1º de octubre de 1992, expediente 7058; Sentencia dictada el día 25 de julio de 1994, Exp. 8666. -En Sentencia expedida el día 15 de septiembre de 1994, expediente 9391. -Sentencia pronunciada el día 17 de noviembre de 1995, expediente 10056. -Sentencia dictada el día 2 de octubre de 1996, Exp. 10923.

Tesis objetiva o amplia: la conducta imputada a que la persona que ha sido privada de la libertad y que posteriormente ha sido liberada como consecuencia de una decisión que fue fundada en un hecho que no ocurrió, que no le es imputable o que no se constituyó como conducta punible,

La Sala asumió esta posición jurisprudencial con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y mediante la interpretación del artículo 414 del decreto ley 2.700 de 1991, expresó que bastaba la demostración de la antijuridicidad del daño imputable a la Administración para que se configurara la responsabilidad patrimonial del Estado, sin que fuera menester la evaluación de la conducta del funcionario judicial y la de comprobación de si la misma era errada, ilegal, arbitraria o injusta<sup>4</sup>.

En estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado,

Sin que sea necesario, demostrar la existencia de una decisión errónea; la Sala encuentra que una providencia judicial proferida conforme a la ley que prevé y regula la detención preventiva, puede causar un daño antijurídico cuando durante la investigación, no se desvirtúe la presunción de inocencia del sindicado que, en cumplimiento de dicha providencia, ha sido privado de la libertad.

Al respecto cabe tener en cuenta que el consejo de Estado consideró, en sentencia proferida el día 18 de septiembre de 1997, Exp. 11754 que:

No puede aceptarse que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar, privados de la libertad los sindicados, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación y desde luego solamente con una adecuada prueba, indicio grave de

---

<sup>4</sup> Sentencia proferida el día 30 de junio de 1994, Exp. 9734, -Sentencia proferida el día 12 de diciembre de 1996, Exp. 10299; - Sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001, Exp. 11601. Respecto de la posición actual de la Sala, se reitera lo manifestado en la sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001, expediente 11601.

responsabilidad, se repite, era procedente la imposición de la medida de aseguramiento. (Consejo de Estado, 11754, 1997)

Es importante hacer alusión al Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo, de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en el entendido que quien haya sido privado de la libertad de manera preventiva y absuelto en sentencia ejecutoriada o en providencia que disponga la terminación del proceso:

Tiene derecho a la indemnización de perjuicios que la medida le haya causado, siempre que ésta haya sido injusta, calificación que puede provenir, entre otros eventos, de cuando la medida se profirió desatendiendo las disposiciones que sobre la materia establece la ley o cuando el proceso termine con absolución o su equivalente, porque el hecho no existió, o el sindicado no lo cometió, o el hecho no era constitutivo de delito; o haya sido irrazonable porque el juicio sobre su procedencia según los parámetros de la ley no correspondan con la prueba que obraba en el proceso penal; o injustificada porque aunque se hubiera proferido inicialmente conforme a los parámetros legales, excedió el plazo razonable; o sea desproporcionada su duración en consideración al delito de que se trate; o porque, de acuerdo con las circunstancias específicas del asunto, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, el particular que fue objeto de la medida privativa de la libertad no estaba en el deber jurídico de soportarla, conforme se hace evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio. En cada caso corresponderá al actor demostrar la injusticia, ilegalidad o irrazonabilidad de la medida. (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2013)

La anterior argumentación da fundamento para tratar con mayor profundidad los perjuicios inmateriales y materiales a que da lugar la responsabilidad por privación injusta de la libertad en miembros de las fuerzas militares.

### *Perjuicios*

Con la privación injusta de la libertad a personal militar por muertes en el desarrollo de operaciones, se generan lesiones sobre los derechos fundamentales de estas personas, lesiones que pueden, a su vez, llegar a degenerar, en casi todos los casos, en diferentes tipos de perjuicios que deben ser reparados o resarcidos por el estado, es decir, por los cuales debe responder el Estado. Como ya se analizado las circunstancias de responsabilidad del Estado y las formas en las que se manifiesta la misma, se da paso al estudio de los efectos de la responsabilidad la que se manifiesta con la reparación de derechos mediante solicitud de perjuicios, lo cuales pueden ser inmateriales o materiales.

*Inmateriales o extrapatrimoniales.*

Cuando un militar que ha sido injustamente privado de su libertad por considerarlo responsable de muertes en el desarrollo de operaciones, y que bajo los postulados expuestos anteriormente se determina que dicha situación es injusta, inminentemente se causa un perjuicio que no afecta solo al militar sino también, su entorno familiar y social; No siempre los perjuicios son apreciables en dinero, pero que por el alto grado de afectación que genera en las personas deben ser de alguna manera resarcido por el Estado.

Existe un principio jurídico según el cual se debe indemnizar todo el daño, sólo el daño y nada más que el daño. Es importante esta consideración pues al hacer el análisis de los perjuicios ocasionados al particular como consecuencia de la privación injusta de la libertad, siempre debe tenerse en cuenta el daño que efectivamente le fue causado con ocasión de este hecho. El demandante tiene que entrar a detallar cada uno de los rubros del perjuicio con la respectiva prueba –salvo aquellos que se presumen – para tratar de asegurar la indemnización de la totalidad de los perjuicios. (Prato Ramírez, 2016)

En esta categoría encontramos en primer lugar los daños estrictamente morales causados a las personas, como el dolor, el sentimiento de pena y pérdida que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En segundo lugar, encontramos los daños causados sobre los bienes o derechos constitucionales y convencionales de las personas, como el derecho al buen nombre y a la honra que resultan mancillados con la imposición y ejecución de la medida, y como el derecho a la familia que se coartado al afectársele la relación con la pareja y con los hijos al militar, entre otros.

Y, en tercer lugar, encontramos los deterioros y las secuelas en la integridad física y psicológica que sufren los militares con la imposición y ejecución de la medida, como las enfermedades comprobadamente causadas por la ejecución de la medida privativa de la libertad

#### *Materiales o patrimoniales.*

Igual que ocurre en el caso de los perjuicios inmateriales, a un militar que ha sido injustamente privado de su libertad por muertes en el desarrollo de operaciones, así como también a su entorno familiar y social, se le causan siempre unos perjuicios pero que, en este caso, sí son apreciables en dinero, y los cuales deben ser indemnizados por el Estado en la cuantía demostrada.

Estos perjuicios están constituidos, en primer lugar, por los daños directos en el patrimonio del militar, los cuales se conocen como daños emergentes. Como los gastos en los que haya incurrido para su defensa, diferentes a los honorarios de sus abogados, y las expropiaciones que eventualmente haya sufrido.

Y, en segundo lugar, los perjuicios materiales están constituidos por todas aquellas sumas de dinero que legítima y seguramente hubieran incrementado el patrimonio del militar y no lo hicieron por culpa de la imposición y ejecución de la medida privativa de la libertad que injustamente padeció, perjuicios que conocemos como lucro cesante, como los salarios y los honorarios.

Contra los perjuicios causados por el Estado por la privación injusta de la libertad a personal militar por muertes en el desarrollo de operaciones procede la acción judicial denominada Acción de Reparación Directa.

Conforme lo ha señalado la doctrina, la reparación directa “es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada, podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo” (Gamboa, 2004).

Esta acción se encuentra reglamentada en el Libro Cuarto del Código Contencioso Administrativo, y dentro de los aspectos más relevantes se encuentra el término de caducidad establecido, que en términos generales, de dos años, que se cuentan a partir del día siguiente a la ocurrencia de los hechos, es relevante también señalar que no es necesario argumentar en la demanda las razones jurídicas de las pretensiones, tal y como lo señala la Corte Constitucional mediante trascendental jurisprudencia: “[en] la acción de reparación directa opera el principio *iura novit curia*, en la medida que a la persona interesada no le corresponde presentar las razones jurídicas de sus pretensiones, sino simplemente relatar los hechos, omisiones, operación u ocupación”( Consejo de Estado, S – 123, 1995), basta con la enunciación de los hechos para que el juez natural se pronuncie de fondo con base en el derecho aplicable al caso.

La Sala reitera la tesis de que la justicia administrativa es rogada y en ella no es aplicable el principio *iura novit curia*, pero precisa con relación a dicha característica una excepción: en aquellos procesos, en los cuales no se juzga la legalidad o ilegalidad de la actuación u omisión de la administración, sino que directamente se reclama la reparación del daño mediante el reconocimiento de una indemnización, el juez puede interpretar, precisar el derecho aplicable y si es del caso modificar, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda los fundamentos de derecho invocados por el demandante. (Consejo de Estado, S – 123, 1995)

Por lo tanto se busca que con la acción demuestre la ocurrencia de los hechos y los efectos indicados, además de los daños causados por ocasión de los mismo, es decir el nexo causal, para deducir la indemnización de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante), y morales que se hayan lugar, al igual que los fisiológicos. La indemnización debe ser apreciable en dinero, tiene como fundamento jurídico lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, tendiente a reparar integral y equitativamente los daños irrogados a las personas y las cosas, observando siempre los criterios técnicos actuariales.

En relación con la antijuridicidad del daño cabe precisar que Consejo de Estado, en la sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, bajo ponencia del consejero: Jaime Enrique Rodríguez Navas, del treinta (30) de octubre de dos mil diecisiete (2017), la cual expone que respecto del caso en tratando que: antes de la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, el fundamento legal de la responsabilidad a cargo del Estado por daños causados por la privación injusta de la libertad, estaba constituido por el contenido del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que establecía:

Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiese sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave. (Consejo de Estado, 44062, 2017)

Para la fecha en que se confirmó la sentencia absolutoria, a saber, 25 de octubre de 1999, se encontraba vigente el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que establece que “(...) quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios”.

Sobre este punto, la Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los

cuales la actuación de cualquiera de sus ramas u órganos hubiera sido “abiertamente arbitraria”, dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto estos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible. (Consejo de Estado, 44062, 2017)

Orejuela Pérez (2009) advierte que aún en los casos en los que la persona privada de la libertad sea absuelta mediante sentencia, o su equivalente, con fundamento en la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, se estableció que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, porque igualmente la persona afectada en tales circunstancias no tenía el deber jurídico de soportar dicha carga, en tanto no se desvirtuó la presunción de inocencia que lo ampara. La doctrina coincide en el hecho de que una interpretación plausible sobre la privación injusta de la libertad podría tener su fuente en el error judicial debido a las falencias en la aplicación de la ley o una equivocada valoración probatoria.

## **CONCLUSIONES**

La legalidad en la creación y, sobre todo, en la imposición de una medida privativa de la libertad consiste en el apego del acto mismo a todos los presupuestos de forma y de fondo que exigen la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia durante todo el proceso de su confección. Verbigracia, que quien la imponga, sea un funcionario con potestad para hacerlo, que lo que se halla de imponer sea física y jurídicamente posible, que los motivos sean constitucionalmente legítimos, que el procedimiento sea el debido y que tenga como finalidad el reproche de la conducta y la prevención de la repetición de la misma.

Por su parte, la justicia en la creación y en la imposición de una medida privativa de la libertad consiste en la razonabilidad y en la eficacia de la misma medida para prevenir o castigar conductas que alteren la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Son considerados militares aquellas personas que prestan servicios profesionales u obligatorios en el Ejército, la armada o la fuerza aérea, ya sea en calidad de soldados, de suboficiales o de oficiales. En el desarrollo de estos servicios es posible que se lleguen a presentar muertes humanas dentro del cuerpo militar, así como en el grupo de los combatientes ilegales, o, peor aún, entre la población civil. Por estos hechos, un militar es susceptible de ser juzgado e incluso condenado por el delito de homicidio, en el desarrollo de una operación.

Lo anterior, acarrea un hecho lesivo para los derechos del militar y de las personas que conforman su entorno social y familiar, que es la privación de la libertad durante la etapa investigativa y luego durante la ejecución de la condena. Sin embargo, esto no quiere decir que necesariamente que esa privación de la libertad que se está padeciendo, sea justa.

De llegar a concluir la investigación sin una sentencia condenatoria, o si aún condenado una instancia superior absuelve al militar de la condena inferida, la privación de la libertad sufrida se reputará indefectiblemente en injusta.

La responsabilidad en materia jurídica consiste en el deber de reparar o, a lo menos, indemnizar un daño causado. En el caso de la privación injusta de la libertad a personal militar por muertes en el desarrollo de operaciones se causan en la persona que padece la medida, e incluso en las personas que conforman su entorno familiar y social, un conjunto de daños o perjuicios que son, algunos de una naturaleza cuantificable como los materiales, constituidos por los lucros dejados de percibir y los daños emergentes con el hecho de la privación, y los otros de naturaleza incuantificable como los inmateriales, constituidos por los perjuicios morales, los perjuicios en la salud y en la integridad y los perjuicios en los demás derechos fundamentales vulnerados, como el buen nombre y la familia.

Esta privación injusta de la libertad a personal militar por muertes en el desarrollo de operaciones es una conducta estatal que ocasiona lesiones en los derechos de las personas sobre las que se imponen este tipo de medidas jurisdiccionales, lesiones que éstas no estaban

en la obligación jurídica de soportar. Por eso se consideran injustas y se expresan jurídicamente como antijurídicas, pues del hecho del Estado se desprenden necesariamente los perjuicios injustos causados al militar.

La jurisprudencia de las altas cortes colombianas así lo vinieron considerando a través de los años, sin embargo, no fue sino hasta la promulgación de la Constitución Política de 1991 que se positivizó esta institución resarcitoria, básicamente a través del artículo 90.

El Congreso de la República, estableció en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 una norma en el mismo sentido, al reconocer la obligación que le corresponde al estado de reparar a las víctimas de privaciones injustas de la libertad.

En ese sentido, el legislador estableció un camino jurídico a través del cual buscar la reparación o la indemnización de los derechos lesionados y de los perjuicios causados y hoy se llama acción de reparación directa, la cual es una acción judicial ordinaria contra el eEstado y tiene como finalidad específica el logro de estos fines.

Con lo antes dicho se contrasta la hipótesis planteada frente a los resultados y a determinar la existencia de responsabilidad Estatal, por la privación injusta de la libertad a personal militar, por muertes causadas en el desarrollo de operaciones militares, y que en consecuencia de la determinación de responsabilidad, por la que procederá la indemnización del perjuicio causado por el mencionado hecho, se concluye que:

Una vez analizados los regímenes de responsabilidad estatal que son aplicados por el Consejo de Estado, es posible concluir que para el caso de los militares que son privados de la libertad con ocasión de las muertes en operaciones, procede la condena al estado, incluso cuando la decisión es proferida por la Justicia Penal Militar.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, son escasos los pronunciamientos frente a miembros de las Fuerzas Militares, por responsabilidad estatal con ocasión de muertes en operaciones; sin embargo, en los análisis de la responsabilidad, frente a estos casos concretos, es el mismo que se realiza en la ratio decidendi de la sentencias condenatorias de casos generalizados de ciudadanos que no hacen parte de las instituciones castrenses.

De la lectura de las sentencias analizadas en el presente documento, se observa que se maneja un régimen mixto de responsabilidad y aunque se haya ampliado la posición del Consejo de Estado, al aplicar el régimen objetivo de responsabilidad, en cada situación fáctica se analiza cual régimen es aplicable y así lo ha interpretado el alto tribunal, al establecer requisitos para aplicar el régimen de error judicial o subjetivo.

El Consejo de Estado ha establecido requisitos para que se configure el error judicial y cuando alguno de estos se presente, en el análisis de la responsabilidad estatal se aplica la teoría subjetiva; cuando el sujeto implicado es absuelto o precluye la investigación se aplica la teoría objetiva, del aporte del consejo de estado se tiene que en un principio, la falla del servicio siguiendo los dictados tradicionales del daño con fundamento en el deber ciudadano de soportar las cargas propias del servicio de la administración de justicia, sería compatible con la noción de tolerancia pasiva de los sujetos sometidos al proceso penal. En un segundo momento, la jurisprudencia opta por el modelo de responsabilidad objetiva (daño especial), que se ampara en el hecho de que la carga de la privación de la libertad, aunque resulte legal y justificada en el proceso penal, no debe ser soportada por el ciudadano.

Un solo artículo de la Constitución Política es suficiente para elevar a la máxima categoría normativa la obligación del Estado de responder por las lesiones que de manera antijurídica - injusta- ocasione sobre los derechos de las personas, y si bien en el anterior sistema jurídico no existía una cláusula constitucional ni legal que expresamente reconociera la existencia del instituto resarcitorio por las actuaciones de los entes públicos, el constituyente de 1991, acogiendo los criterios jurisprudenciales fijados por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, se encargó de llenar ese vacío normativo y, al tenor del artículo 90 de la Carta Política, reconoce en forma directa la responsabilidad del Estado, al consagrar que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

## Bibliografía

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Privación injusta de la libertad: entre el derecho penal y el derecho administrativo*. Bogota, D.C.: Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (mayo de 2013). *Privación Injusta de la Libertad: Entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*. Obtenido de [https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion\\_injusta\\_libertad.pdf](https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/privacion_injusta_libertad.pdf)

Ambito Juridico. (20 de Octubre de 2017). *Responsabilidad objetiva por privación injusta de la libertad, otra de las posiciones en la Sección Tercera*. Obtenido de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/administrativo/administrativo-y-contratacion/responsabilidad-objetiva-por-privacion>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de Diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Betancourt, F. (2007). *Derecho Romano Clásico* (Tercera ed.). Sevilla: Secretariado de Publicaciones Universidad de Sevilla.

Bolívar Acuña, M. (27 de Diciembre de 2013). *El Heraldó*. Obtenido de La sentencia condenatoria: <http://www.elheraldo.co/columnas-de-opinion/la-sentencia-condenatoria-137208>

Carretero Pérez, A. (s.f.). *Causa, Motivo y Fin del Acto Administrativo*. Recuperado el 20 de 07 de 2017, de <file:///C:/Users/Andr%C3%A9s/Downloads/Dialnet-CausaMotivoYFinDelActoAdministrativo-2111586.pdf>

Congreso de la República. (2000). Código Penal. *Ley 599*. Colombia.

Congreso de la República. (1877). Artículo 63. En *Código Civil*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (1887). Artículo 1508. En *Código Civil*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (1887). Artículo 2356. En *Código Civil*. Bogotá, Colombia.

Congreso de la República. (2004). Código de Procedimiento Penal. *Ley 906*. Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000). *LEY 599 del 2000 Código Penal Colombiano*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (15 de Septiembre de 1994). *Expediente 9391; Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (28 de Agosto de 2014). *Referentes Para la Reparación de Perjuicios Inmateriales*. Bogotá D.C.

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa . (9 de Septiembre de 2013). *Sentencia 25000-23-42-000-2013-02821-01(AC) Consejero Ponente GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa. (14 de Febrero de 1995). *Sentencia S 123 Consejera Ponente CONSUELO SARRIA OLCOS*. Bogotá, D.C.

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa. (18 de Septiembre de 1997). *Expediente 11754, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sección Tercera. (22 de Enero de 2014). *Expediente 05001-23-31-000-1997-02629-01(27689) Magistrado Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (4 de Diciembre de 2006). *Expediente 13168 Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez*. Colombia.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. (30 de octubre de 2017). *Expediente 05001-23-31-000-2001-03112-01(44062) Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas*. Bogota D.C.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Corte Constitucional. (03 de Junio de 1998). *Sentencia de Constitucionalidad 272, Expediente D-1880, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO*. Bogotá.

Corte Constitucional, Sala Plena . (3 de octubre de 2002). *Sentencia de Constitucionalidad 806 M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ*. Bogota D.C. .

Corte Constitucional, Sala Plena . (13 de Junio de 2011). *Sentencia de Constitucionalidad 45 M.P MARÍA VICTORIA CALLE CORREA*. Bogotá.

Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de Julio de 1997). *Sentencia de Constitucionalidad 327 Referencia: Expediente D-1527 M.P. . FABIO MORON DIAZ*. Bogota, D.C., Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. (06 de Abril de 2001). *Sentencia de Constitucionalidad 252 M.P. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA(252)*. Bogota D.C.

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de Agosto de 2011). *Sentencia de Constitucionalidad 645 Referencia: expediente D-8428, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO(644)*. Bogota D.C.

Corte Constitucional, Sala Septima de Revisión de Tutelas. (28 de Abril de 2017). *sentencia T 276 Referencia: Expedientes T-5.903.939 y T-5.919.758 M.P. AQUILES ARRIETA GÓMEZ (e)*.

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (16 de Septiembre de 1992). *Sentencia de Tutela 518. M.P. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO (518)*. Bogotá.

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (20 de Abril de 2016). *Sentencia STP4883-2016 Radicado 85126 M.P. José Luis Barceló Camacho*. Bogotá.
- Diputación Provincial de Córdoba. (2017). *Auxiliares Administrativos* (Primera ed.). Sevilla: Ediciones Rodio, S. Coop. And.
- Ejercito Nacional de Colombia. (s.f.). *ejercito.mil.co*. Obtenido de Glosario: [https://www.ejercito.mil.co/servicio\\_ciudadano/glosario](https://www.ejercito.mil.co/servicio_ciudadano/glosario)
- Enciclopedia Jurídica*. (2014). Recuperado el abril de 2018, de Daño: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html>
- Encinar, A. S. (2000). El Concepto Jurídico de Responsabilidad en la Teoría General del Derecho. (4), 27-55. Obtenido de <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf>
- Etimologías De Chile. (2018). *Persona*. Recuperado el 2018, de <http://etimologias.dechile.net/?persona>
- Gamboa, J. S. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (1 ed.). Universidad Externado de Colombia.
- García Maynez, E. (2007). *Filosofía Del Derecho*. Porrúa.
- Giraldo Castaño, Ó. A. (1997). *Derecho Administrativo General* (Séptima ed.). Medellín: Ediciones Abogados Librería.
- Gordillo, A. (2011). Tomo 3. El Acto Administrativo. En *Tratado de Derecho Administrativo* (10 ed., pág. 606). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- Hart, H. (2008). *Castigo y Responsabilidad. Ensayos en la filosofía del derecho* (Segunda ed.). Oxford University Press.
- Herrera robles, A. (2012). Capítulo II. Elementos del Acto Administrativo. 2 Objeto. En *Aspectos Generales del Derecho Administrativo Colombiano* (3a ed.). Barranquilla: Universidad del Norte.

- Hispanoteca. (s.f.). *Hispanoteca Lengua y Cultura*. Recuperado el 6 de 11 de 2016, de Responsabilidad: <http://hispanoteca.eu/Foro-preguntas/ARCHIVO-Foro/Responsable-responsabilidad.htm>
- Jiménez, W. G. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal. *Diálogos de Saberes* N° 38(38), 63-78.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona.
- Laubedère, A. (1984). *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis.
- Maquiavelo, N. (1531). *Discursos Sobre la Primera Década de Tito Livio*. Florencia.
- Maquiavelo, N. (1532). *El Príncipe*. Florencia.
- Matínez Rave, G. (1993). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Diké.
- Molina, C. M. (2004). La responsabilidad extra-contractual del Estado por error judicial en Colombia. *Opinión Jurídica*, 3(6), 13-36.
- Ojeda de Ilija, R. (2012). Actos Administrativos. *Anuario de Derecho*(29), 165-187. Obtenido de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/37043/1/articulo6.pdf>
- Ordúz Barreto, C. P. (2010). El principio de legalidad en la ley penal colombiana. (100-107, Ed.) *Criterio Jurídico Garantista*(2).
- Orejuela Pérez, E. M. (2009). Responsabilidad civil extracontractual del Estado por la privación ilegale injusta de la libertad". *Justicia Juris* 6, 79-91.
- Parra Guzmán, M. F. (2010). *Responsabilidad Civil*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Poveda Perdomo, A. (6 de 1 de 2010). *Derecho Penal en Colombia*. Obtenido de La pena, sus fines y culpabilidad: <http://derechopenalcolombia.blogspot.com.co/2010/01/la-pena-sus-fines-y-la-culpabilidad.html>
- Prato Ramírez, L. J. (2016). *LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA*. Obtenido de UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11505/tesis%20privacion%20inj>

usta%20de%20la%20libertad.pdfhttp://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11505/tesis%20privacion%20injusta%20de%20la%20libertad.pdf

Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 6 de 11 de 2016, de Responsabilidad: <http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>

Rodríguez Mora, S. M. (2012). *La utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del estado*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Vélez vélez, H. (2015). La responsabilidad jurídica: aproximación al concepto, relación con otros conceptos jurídicos fundamentales y su funcionamiento. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, 45(122), 127-151.

Villa V, A. (1966). Diversas Clases de Libertad. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*(40), 63 - 102.

Villanueva Gómez, L. (2014). La División de Poderes: Teoría y Realidad. *Cátedra nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones constitucionales*, 149-186.

Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Derecho del Estado*(20).