



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-004-2015-00289-01
Interno: 2018-561
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: BILMAN USECHE PAVA - OTROS
Apoderado: LUIS FELIPE CRUZ MEJIA
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderada: NANCY OLINDA GASTELBONDO DE LA VEGA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: MARTHA LILIANA OSPINA RODRÍGUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada Fiscalía General de la Nación, contra el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 28 de septiembre de 2017, por medio del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte activa del proceso en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentó demanda contra la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación, con el fin de que sea declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales y materiales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Bilman Useche Pava.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales y morales.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 El 8 de septiembre de 2011, el Fiscal Segundo Especializado de Ibagué solicitó la legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes; por lo que el Juez Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías, entre otros aspectos impuso medida de aseguramiento a los antes mencionados con detención preventiva en el Centro Penitenciario y Carcelario de COIBA y expidió las boletas de detención N° 00626 y N° 00627 del 8 de septiembre de 2011.

2.2 El 21 de diciembre de 2011, la Fiscalía Segunda Especializada radicó escrito de acusación por el delito de Rebelión en concurso heterogéneo con el de Financiación del Terrorismo y de Actividades de Delincuencia Organizada y Administración de Recursos Con Actividades Terroristas y Delincuencia Organizada.

2.3 El 6 de agosto de 2012, se lleva a cabo en el Juzgado Primero Penal de Circuito Especializado de Ibagué, audiencia de formulación de acusación, en contra de Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava, por los delitos que le fueron imputados.

2.4 El Juez de conocimiento se declaró impedido para continuar conociendo de las diligencias, las cuales fueron avocadas por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la ciudad de Ibagué, mediante auto del 13 de noviembre de 2012.

2.5 El 8 de febrero de 2013, se dio inicio a la audiencia preparatoria en donde la defensa de los implicados solicitó la práctica de prueba testimonial con el fin de desvirtuar la acusación.

2.6 El 23 de septiembre de 2014, luego de la realización del juicio oral, la Fiscalía sin agotar debate probatorio retiró los cargos, motivo por el cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué, absolvió a los procesados.

2.7 Que en cumplimiento de la absolucón se expidieron las boletas de libertad N°00914 del 23 de septiembre de 2014, a favor de Bilman Useche Pava y la N°00911 del 23 de septiembre de 2014, a favor de Isidro Alape Reyes.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Sostuvo que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por las razones de hecho y derecho que se debaten en este proceso.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 5400123100020000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del in dubio pro reo, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que, del estudio de la demanda, y del análisis de la sentencia absolutoria proferida a favor de ISIDRO ALAPE REYES Y BILMAN USECHE PAVA, se observó que en el proceso penal en el que resultaron vinculados, la Fiscalía manifestó su renuncia a la práctica de pruebas ante la imposibilidad de ubicar los testigos para que comparecieran, razón por la cual no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del demandante.

Que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, y que se presentaron falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de Ibagué, no pudiera emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la responsabilidad de los procesados.

Que en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el Juez de Control de Garantías; con base en las pruebas aportadas por la Fiscalía, se podía inferir de manera razonada la necesidad de la medida más no la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, de tal manera que se presenta carencia absoluta de responsabilidad de la Rama Judicial, por ausencia de nexo causal, pues, resulta evidente que la privación de la libertad de BILMAN Useche e ISIDRO Alape, desde el punto de vista de la causalidad material, fue producto de la actuación del ente

¹ Ver folios 490 al 495 del cuaderno principal.

investigador, lo que rompe el nexo de causalidad entre el acto jurisdiccional de privación de la libertad y el daño que se alega como irrogado.

Que cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no reunió los requisitos para convertirse en plena prueba y ser el soporte de una decisión condenatoria.

Por lo anterior, solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN²

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda.

Que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

Que en este asunto, la Fiscalía solicitó orden de captura ante el Juez De Control de Garantías, y posteriormente acudió ante el Juez con función de control de garantías, donde se celebró la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, declarándose esta legal por parte del Juez de Control de Garantías, en conclusión, quien ordena, legaliza la captura e impone la medida de aseguramiento es el juez de control de garantías y no la fiscalía.

Que en el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, a la Fiscalía le corresponde adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, pueda solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, y así establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer; sin que sea posible declarar la responsabilidad de esta entidad por "detención ilegal", ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por la Fiscalía.

Que la investigación penal en la cual se vieron involucrados los señores Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava, tuvo su origen a través de la información suministrada por LUCERO VAQUIRO ORTIZ alias "la zarca", desmovilizada del frente XXI de las FARC, con zona de influencia en el municipio de Chaparral-Tolima, quien informó que desde el año 2007 los procesados, fueron reclutados por el grupo armado al margen de la ley (FARC) ejerciendo actividades de custodia de explosivos, armas y material de intendencia a la guerrilla y de manera continua y permanente hasta el momento en que fueron infiltrados por parte de la organización terrorista en las filas del Ejército Nacional.

Que la declarante Lucero Vaquiro Ortiz, en diligencias de reconocimiento a través de fotografías, reconoció sin dubitación a los señores Isidro Alape Reyes, alias "El enano" y Bilman Useche Pava, alias "mincho".

² Folios 501 al 511

Que la Fiscalía contó con unos elementos probatorios y unas evidencias físicas necesarias para obtener una inferencia razonable de autoría y participación con la cual acudió en grado de posibilidad ante el Juez de Control de Garantías, para solicitar la formulación de imputación y acusación en contra de los hoy demandantes, correspondiéndole al Juez de Garantías establecer su viabilidad, por lo que, es a éste a quien le corresponde decretar o no la medida preventiva, razón por la cual no resulta procedente declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, puesto que la medida restrictiva de la libertad fue impuesta por un Juez de Garantías.

Que el daño le es imputable única y exclusivamente al comportamiento de un tercero, quienes, con pleno conocimiento de causa, decidieron señalar a los aquí actores como milicianos de las FARC, comportamiento que favoreció la prolongación de la medida preventiva de privación de la libertad.

Que el ente acusador no tenía la obligación de adelantar la investigación penal, ya que existían elementos suficientes que indicaban la comisión del delito de Financiación del Terrorismo y de Grupos de Delincuencia Organizada y Administración de Recursos Relacionados con Actividades Terroristas y de la Delincuencia Organizada en concurso con el de Rebelión.

Para el caso en comento, tal como se señaló en precedencia, el demandante no acreditó la falla del servicio por cuanto la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva de los aquí demandantes, fue una decisión proferida en virtud del proceso penal implementado por la ley 906 de 2004 (sistema penal acusatorio), precisando que la Fiscalía, como representante del Estado, es la titular de la acción penal y que tiene la función constitucional y legal de acusar y demostrar la culpabilidad del presunto infractor de la ley penal, de manera que es válido aceptar que el proceso penal depende de su diligencia y tuvo como fundamento las pruebas allegadas a la investigación penal, las cuales fueron valoradas por parte del Fiscal de conocimiento en su oportunidad.

Y propuso las excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Hecho de un tercero y Ausencia de Responsabilidad por Privación Injusta de la Libertad.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 28 de septiembre de 2017, accedió a las pretensiones de la demanda, tras considerar que la absolución se produjo por el retiro de los cargos hecho por la Fiscalía General de la Nación, tal y como se desprende de la sentencia penal en la que se aplicó la causal de *IN DUBIO PRO REO* por no haberse podido desvirtuar la presunción de in inocencia de los encausado.

Indicó que aunque esa causal de absolución de los demandantes, si bien no se encuadra plenamente dentro de uno de los eventos establecidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, si deviene en injusta la detención de la que fueron objeto, porque los acusados en el proceso penal no tenían la obligación de soportar la restricción de su libertad personal, pues, las autoridades judiciales no pudieron cumplir con el recaudo de los elementos probatorios y de juicio suficientes para justificar la medida de aseguramiento asumida al principio de la actuación.

El *a quo*, resolvió:

³ Ver en los folios 602 al 628 del cuaderno principal

“(...) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme lo expuesto con anterioridad.

SEGUNDO: DECLARAR que LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son patrimonial y administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la privación de la libertad que sufrieron los señores BILMAN USECHE PAVA e ISIDRO ALAPE REYES

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN — RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como consecuencia de lo anterior a pagar a los demandantes, los perjuicios morales por ellos sufridos, así:

DEMANDANTE	PARENTESCO	TOTAL
BILMAN USECHE PAVA	AFECTADO	\$ 73271.700
FELIX MARIA USECHE	PADRE	\$ 73271.700
BLANCA CIELO PAVA MORALES	MADRE	\$ 73271.700
DEILY MARITZA USECHE PAVA	HERMANA	\$11.065.755
LUZ MAGALY USECHE PAVA	HERMANA	\$11.065.755
FRAISULY USECHE PAVA	HERMANA	\$11.065.755
ANGELICA USECHE PAVA	HERMANA	\$11.065.755
NIDIA BIBIANA PAVA	HERMANA	\$11.065.755
YIMER PAVA MORALES	HERMANO	\$11.065.755
TOTAL PERJUICIOS MORALES		\$287.709.630

DEMANDANTE	PARENTESCO	TOTAL
ISIDRO ALAPE REYES	AFECTADO	\$ 73271.700
ISIDRO ALAPE RINCON	PADRE	\$ 73271.700
MARIA INES REYES DUCUARA	MADRE	\$ 73271.700
MARIA LIMBANIA DUCUARA CAMPOS	ABUELA	\$11.065.755
FERMIN REYES DUCUARA	ABUELO	\$11.065.755
ANGELICA ALAPE REYES	HERMANA	\$11.065.755
NORELVY ALAPE REYES	HERMANA	\$11.065.755
DORIS YANETH ALAPE REYES	HERMANA	\$11.065.755
MARTHA LILIANA ALAPE REYES	HERMANA	\$11.065.755
DAIMER ALAPE REYES	HERMANO	\$11.065.755
ALVEIRO ALAPE REYES	HERMANO	\$11.065.755
ALDINEBER ALAPE REYES	HERMANO	\$11.065.755
ALFREDO ALAPE REYES	HERMANO	\$11.065.755
TOTAL PERJUICIOS MORALES		\$331.972.650

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN — RAMA JUDICIAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a BILMAN USECHE PAVA, y ISIDRO ALAPE REYES en concepto de daños materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de \$ 14.122.852, para cada uno, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. (...)”

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁴

Sostuvo que según la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación debía adelantar la investigación, para que de acuerdo con el acervo probatorio obrante en ese momento procesal, pudiera solicitar como medida preventiva la detención del sindicado, si lo cree conveniente, correspondiéndole al Juez de control de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas, y luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en ultimas si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento.

Que el ente acusador no incurrió en error judicial y por lo tanto no está llama a responder administrativa y patrimonialmente, por cuanto no existió omisión, ni extralimitación por parte de la entidad en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales; es decir, que es necesario tener en cuenta que para proferir la medida de aseguramiento no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues, este grado de convicción solo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

Que la Fiscalía General de la Nación, en su obligación constitucional y legal, investigó los hechos con el material probatorio con el que contaba y, por ello no necesaria e inexorablemente tenía que culminar con la certeza de la comisión del delito, pues, la entidad en la búsqueda de la verdad podía encontrarse frente a varias eventualidades que tienen que ver con, el acervo probatorio que se haya incorporado a la investigación y su posterior valoración; por tanto, una persona que inicialmente no fue vinculada a la investigación puede aparecer posteriormente vinculada y viceversa, quien inicialmente fue vinculado como presunto infractor de la ley penal, puede con posterioridad resultar absuelto dependiendo, si en uno u otro caso aparecen pruebas que comprometan seriamente la responsabilidad penal o que la desvirtúen.

Por último, solicitó valorar nuevamente el acervo probatorio recaudado por la autoridad Judicial penal y, conforme a los últimos lineamientos del H. Consejo de Estado, tomar una decisión que niegue las pretensiones de la demanda, además, de tenerse en cuenta que el ente acusador, con la función constitucional y legal desarrollada, solicitó la medida de aseguramiento al Juez de Control de Garantías, no de una forma caprichosa, sino buscando los objetivos concretos con la seguridad que los imputados comparecieran al proceso y no escaparan de la acción de la justicia.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 8 de mayo de 2018. Mediante auto del día 11 del mismo mes y año, se admitió el recurso de apelación, y el 5 de junio de 2018, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandante y demandada Rama Judicial, reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

⁴ Folios 633 al 640

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

El Tribunal es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, de conformidad con el Artículo 153 del CPACA.

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario por el delito de Financiación del terrorismo y Rebelión en calidad de coautores, para luego culminar el proceso con absolución.

3. TESIS DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que al demandante efectivamente se les restringió su libertad en razón al punible de Rebelión, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ibagué con Funciones de Control de Garantías durante el **8 de septiembre de 2011 al 23 de septiembre de 2014, es decir, 3 años y 15 días.**

Indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁵ y del Consejo de Estado⁶, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que contrario a lo afirmado por el *a quo*, no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes fueron vinculados a una investigación penal, la cual finalizó en primera instancia con sentencia absolutoria, el 23 de septiembre de 2014 por aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁶ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto SÁCHICA Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó copia de las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, radicadas bajo el No. 73001-60-00-432-2011-02486-00, en el cual claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos, por lo que la investigación fue adelantada contra Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava por el delito de Financiación al terrorismo y Rebelión en calidad de coautores, por la Fiscalía 2 Especializada de Ibagué, autoridad que solicitó la legalización de captura, formulación imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, para finalmente, el conocimiento del proceso penal corresponderle al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué, operador judicial que luego, absolvió a los demandantes por los delitos acusados.

Entonces, efectuadas las previsiones anteriores, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.⁷

De acuerdo a ello, y conforme a las pruebas aportadas al proceso, se puede inferir que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual para ese momento, correspondió al delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión, se configuró el numeral 1º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004⁸.

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatro años de prisión, específicamente una pena de 8 años a 13 años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

Entonces, de conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, considera la Sala que existían los suficientes elementos de prueba que podían identificar la autoría de los actores en la conducta delictiva por la cual se investigó, teniéndose así por cumplida la exigencia para imponer la medida de

⁷ Folios 236 al 237

⁸ Artículo 310 de la Ley 906 de 2004: *Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:*

1. **La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.**
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

aseguramiento, máxime cuando su captura se consolidó en flagrancia y dentro del trámite del proceso penal se tiene que el indagado no aportó prueba alguna que acreditara que su actuación se amparó en una causal de ausencia de responsabilidad capaz de desvirtuar las circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué - Tolima, siendo proferida con la observancia de las normas procesales vigentes para la época de su expedición y no vulneró el debido proceso del actor; lo que permite concluir a la Sala la inexistencia de antijuridicidad del daño alegado por privación injusta de la libertad.**

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento los demandantes, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías.

Bajo ese panorama, constatándose la legalidad de la medida, al cumplir con los requisitos determinados en las normas aplicables, era razonable y proporcional ante los hechos y pruebas consolidadas para ese momento que la Fiscalía solicitara la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario y el juez de control de garantías aceptara la imposición de la misma, pues, no podía exigírseles que en dicha etapa preliminar contarán con la suficiencia probatoria propia de un juicio, para imponer la medida restrictiva de la libertad, y en este entendido la detención no resultaría arbitraria, ajustándose entonces, a los parámetros de orden constitucional y legal vigentes para el momento de su imposición.

De acuerdo a ello, para la Sala, es indiscutible que la Fiscalía y el Juzgado de control de garantías contaron con los medios de pruebas suficientes que comprometían la responsabilidad de Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes en la posible conducta punible imputada, para así, por un lado, imponer la medida de aseguramiento cumpliendo con la carga legal para su imposición, siendo legítima, razonada y proporcional la decisión determinada, y luego, privarlo de su libertad; por otro lado, porque la Fiscalía contó con las pruebas necesarias y suficientes para presentar su escrito de acusación, basando su decisión en argumentos razonables, lógicos y coherentes con el material probatorio existente hasta ese momento procesal.

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁹, y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera

⁹ “19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que los demandantes Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes padecieron un daño, pero el mismo adolece de ser antijurídico, comoquiera que es imputable a su propio actuar, pues, constituyó el elemento efectivo y determinante para la imposición de la medida de aseguramiento, y en tal sentido, la obligación de repararlo desaparece totalmente.

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, se estableció como cláusula general de responsabilidad del Estado, los daños antijurídicos que le sean imputables por la acción u omisión de las autoridades públicas, por ende, para concluir la responsabilidad se requiere la concurrencia de varios elementos configurativos a saber:

4.1.1 El daño Antijurídico, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo¹⁰, concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

4.1.2 La imputación, entendida como aquel elemento de la responsabilidad a través del cual se le atribuye fáctica y jurídicamente el daño antijurídico a una autoridad del Estado.

En ese sentido, podemos indicar que la *imputación fáctica* corresponde desde el punto de vista de los hechos dañosos causados a un sujeto determinado, al estudio del nexo causal, no obstante, es de aclarar que no toda acción o hecho es de interés para el derecho, puesto que solo aquellos que generen un daño antijurídico deben ser estudiados. De igual manera, la imputación fáctica puede analizarse desde la omisión del Estado, evento en el cual estaremos ante criterios objetivos acudiéndose a valoraciones jurídico – normativas, en las que se constituyan, derechos, libertades o mínimamente se creen intereses para los administrados.

Por otro lado, la *imputación jurídica*, corresponde a los dos regímenes de imputación establecidos por la jurisprudencia: i) el *subjetivo*, por la falta o la falla en el servicio, correspondiente a aquellos eventos en que se evidencia que la conducta desplegada por el órgano estatal se enmarca en una actuación tardía, errada u omisiva que genera en los usuarios receptores del servicio una inconformidad e insatisfacción que se ve reflejada en daños antijurídicos susceptibles de ser reparados, es decir, que la anomalía en el funcionamiento y/o las actividades desplegadas por la Administración se materializa en la trasgresión de las obligaciones que le son propias; ii) el *objetivo*, corresponde a aquel título de imputación donde no media la culpa o la falla en el servicio, pero es posible

¹⁰ Sobre el daño antijurídico el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en sentencia del 26 de mayo 2011, radicación N°: 19001-23-31-000-1998-03400-01 (20097), expuso su concepto acogiendo los términos siguientes: “El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”.

determinar la responsabilidad bajo el análisis de regímenes, como el daño especial o el riesgo excepcional.

El daño especial tiene lugar para aquellos eventos cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los coasociados normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, y cuando el equilibrio se rompe perdiéndose así el principio de igualdad por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados.

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo¹¹, que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

Por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, entonces, aunque el demandante haya encuadrado el litigio en un título de imputación disímil, es posible en acciones de reparación directa que el juez en aplicación al principio de *iura novit curia*, establezca el título de imputación.

Así mismo, independientemente del régimen o título de imputación, la entidad demandada puede exonerarse de responsabilidad, acreditando una causal eximente, como la fuerza mayor, el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, o cualquier causa extraña que enerve las pretensiones de la demanda.

5. De la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad.

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo*, o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, “*el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente*”¹², es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como “*una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria*”¹³. Al respecto,

¹¹ Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.

¹² Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal¹⁴.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹⁵, la Sección Tercera del Consejo de Estado, concluyó la existencia de una regla general de responsabilidad objetiva cuando en el proceso penal en que ha tenido origen la detención, se ha determinado que i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituía hecho punible, o iv) por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; presupuesto que opera siempre y cuando – en las cuatro situaciones mencionadas – no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional, pues en tal evento hay lugar a aplicar un régimen subjetivo. Así mismo, si la libertad se decretó por una razón distinta, el escenario se enmarca en un régimen subjetivo de responsabilidad estatal.

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016¹⁶, el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018¹⁷, en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

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

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención". (subrayas fuera de texto)

A su vez, también señaló que estaba de acuerdo con el régimen objetivo para los casos de i) el hecho no existió y que ii) la conducta era objetivamente atípica; debido a que la decisión de privar requiere de la acreditación de estos presupuestos, dado que es necesario que el juez penal para imponer una medida de aseguramiento evidencie la existencia del hecho y que éste sea típico, por lo que en ambos eventos consideró que la privación de la libertad resultaría irrazonable y desproporcionada, por lo que el daño antijurídico se muestra sin mayores esfuerzos. Sin embargo, no concluyó lo mismo en los eventos en que el iii) investigado no cometió el delito y iv) la aplicación del *in dubio pro reo*, pues en estas dos causales la Corte considera que los fiscales y jueces deben efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

Entonces, se puede concluir que la Corte Constitucional en unificación, establece que, en eventos de privación injusta de la libertad, no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo y objetivo, por lo que cualquiera que sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018¹⁸, en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

“En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.

En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es per se antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.

En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño”.

De ahí que dicha Corporación señaló de forma unificada que para determinar si la privación de la libertad de un procesado fue injusta, debía analizarse las pruebas que fundamentan las pretensiones del demandante, incluso de oficio, deberá efectuarse un minucioso examen probatorio para determinar la antijuridicidad del daño, por ello concluyó:

“En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.”

En ese sentido, a partir de esta tesis jurisprudencial debía analizarse la antijuridicidad del daño a través del estudio de la conducta de la víctima – detenido -, con el fin de determinar si se configura alguna conducta culposa o dolosa que generó la restricción de la libertad a través de la imposición de la medida de aseguramiento, o si por el contrario, no se evidencia situación alguna de reproche en la conducta del detenido lo que generaría una medida injusta y generadora de un daño antijurídico imputable al Estado.

De esta manera, la tesis jurisprudencial de la Sección Tercera del Consejo de Estado concluía que si la conducta de la víctima fue determinante en la privación de la libertad, es decir, existió un vínculo causal (entendido desde la perspectiva de la causalidad adecuada) entre la medida y los perjuicios cuya indemnización se reclama no es viable la declaratoria de responsabilidad del Estado, pues la causa eficiente, directa y adecuada no fue la actuación de la administración sino la conducta del privado de la libertad, y no resulta entonces viable sacar provecho o ventaja de su propia culpa.

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *“cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.”*¹⁹

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019²⁰, en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

“La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

(...)

De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.”

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²¹, fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019²², **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades específicas del caso, limitando su análisis a que *“La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.”*²³; lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²² Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.

²³ Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01

A pesar de lo anterior, en criterio de esta Sala, ello, no impide que frente al caso concreto se analice el comportamiento de la víctima de la privación de la libertad de cara al dolo y la culpa, como se hizo en aquella sentencia, pues al analizar en su integridad la sentencia de tutela, es posible inferir que este criterio no desconoció que el juez administrativo pudiera determinar la responsabilidad del Estado y así concluir si fue justa o injusta la privación, desde el estudio de la conducta del detenido desde la óptica de lo civil, pues precisamente el análisis de responsabilidad debe surgir de los elementos propios contenidos en artículo 90 de la Constitución Política y 68 de la Ley 270 de 1996, partiendo de identificar la antijuridicidad del daño, sin que sea suficiente demostrar que no hubo condena en el proceso penal, y de acreditarse este aspecto, se entendería configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, se estaría frente a un daño jurídicamente permitido.

Entonces, lo que debemos entender, con la sentencia de tutela, es que dicho análisis sobre la antijuridicidad del daño no debe vulnerar la presunción de inocencia del acusado que reclama en vía administrativa la indemnización del presunto daño por su detención en una investigación penal.

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018²⁴, antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²⁵, a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *“el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.”*

Así mismo, planteó que el *“daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que “existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.”*

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado²⁶:

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

²⁵ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.

²⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

“19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

La Corte Constitucional en sentencia T-045/21 del 25 de febrero de 2021, MP: José Fernando Reyes Cuartas, se pronunció sobre la responsabilidad del estado por privación injusta de la libertad, donde indicó:

*“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto, **la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable** a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.”* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A su vez, en reciente pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 19 de noviembre de 2021, proferida dentro del proceso con radicación: 18001-23-31-000-2009-00129-01(50697), CP: Martín Bermúdez Muñoz, donde reiteró que la medida de aseguramiento debía estar debidamente justificada, exponiendo su necesidad de imponer la medida y acreditándose que cumplió con los requisitos, por tratarse de un instrumento que restringe el derecho fundamental a la libertad, para lo cual precisó:

“(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento

En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva, lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: **se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (...) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (...)” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De otra parte, el Consejo de Estado, unificó jurisprudencia frente al reconocimiento de los perjuicios morales, así:

“(...) R.- Las reglas de unificación

65.- Con fundamento en lo anterior, la Sala adoptará las siguientes reglas de unificación para el reconocimiento y cuantificación de perjuicios en casos de responsabilidad del Estado por privación de la libertad:

65.1.- En relación con la víctima directa de la detención, tanto si se trata de detención en establecimiento carcelario, como si se trata de detención domiciliaria, la sola prueba de la privación de la libertad constituye presunción de perjuicio moral para ella.

65.2.- En relación con los parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente, la prueba de tales calidades constituye presunción del perjuicio moral para ellos.

65.3.- Las presunciones establecidas en las dos reglas anteriores podrán desvirtuarse por la parte demandada.

65.4.- En relación con las demás víctimas indirectas, la prueba del parentesco no es una presunción del perjuicio moral. En tales casos, el juez determinará si el demandante cumplió la carga de acreditar la existencia del perjuicio moral derivado de la existencia de una relación estrecha con el detenido, de la cual pueda inferirse la existencia de un perjuicio moral indemnizable.

65.5.- Los topes máximos de indemnización se establecen de la siguiente forma para la víctima directa:

a.- Si la privación de la libertad tiene una duración **igual o inferior a un mes**, una suma fija equivalente a **cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV)**.

b.- Si la privación de la libertad tiene una duración **superior a un mes**:

- **Por cada mes adicional transcurrido, sin importar el número de días que tenga el mes, cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV).**

- **Por cada día adicional al último mes transcurrido, una fracción equivalente a 0,166 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se obtiene de dividir cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (5 SMLMV) por 30 días.**

- **La cuantía se incrementará hasta cien salarios mínimos legales mensuales vigentes (100 SMLMV), indemnización que recibirá la víctima directa cuando esté detenida por 20 meses o más tiempo, con el objeto de mantener el tope máximo jurisprudencial, de acuerdo con la jurisprudencia antes indicada.**

- **De conformidad con los anteriores parámetros, los topes de indemnización de perjuicios morales para la víctima directa son los siguientes:**

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV
Hasta 2 meses	Hasta 10 SMLMV
Hasta 3 meses	Hasta 15 SMLMV
Hasta 4 meses	Hasta 20 SMLMV
Hasta 5 meses	Hasta 25 SMLMV
Hasta 6 meses	Hasta 30 SMLMV
Hasta 7 meses	Hasta 35 SMLMV
Hasta 8 meses	Hasta 40 SMLMV
Hasta 9 meses	Hasta 45 SMLMV
Hasta 10 meses	Hasta 50 SMLMV
Hasta 11 meses	Hasta 55 SMLMV
Hasta 12 meses	Hasta 60 SMLMV
Hasta 13 meses	Hasta 65 SMLMV
Hasta 14 meses	Hasta 70 SMLMV
Hasta 15 meses	Hasta 75 SMLMV
Hasta 16 meses	Hasta 80 SMLMV
Hasta 17 meses	Hasta 85 SMLMV
Hasta 18 meses	Hasta 90 SMLMV
Hasta 19 meses	Hasta 95 SMLMV
20 meses o más	Hasta 100 SMLMV

- En consecuencia, la fórmula para determinar la cuantía de los perjuicios morales de la víctima directa es:

$$PM = (\text{número de meses} \times 5 \text{ SMLMV}) + (\text{fracción adicional de días} \times 0,166 \text{ SMLMV})$$

- En casos de **detención domiciliaria**, la cuantía de los perjuicios morales sufridos por la víctima directa se disminuirá en un **50%**.

65.6.- Para las víctimas indirectas, los topes máximos de indemnización se determinan a partir del monto reconocido a la víctima directa, de la siguiente manera:

a.- A los **parientes en el primer grado de consanguinidad del detenido, su cónyuge o su compañero o compañera permanente**, el **cincuenta por ciento (50%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

b.- A los **demás demandantes**, cuando acrediten los perjuicios morales, el **treinta por ciento (30%)** de lo que le corresponda a la víctima directa.

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

65.8.- Se reitera lo señalado en las anteriores jurisprudencias de unificación en lo relativo a que todos los topes que aquí se establecen podrán ser superados cuando se acrediten circunstancias que evidencien una gravedad e intensidad excepcional en el perjuicio moral sufrido por el detenido o las víctimas indirectas de la detención, las cuales podrán estar relacionadas con la gravedad del delito por el cual el sindicado fue investigado o acusado y las circunstancias particulares afrontadas con ocasión de la detención. En estos eventos, la decisión y las razones que justifican tal determinación deberán motivarse detalladamente. Finalmente, se establece que en ningún caso la indemnización podrá superar los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la víctima directa.

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

76.- Para demostrar los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas, los demandantes: **(i)** allegaron los correspondientes registros civiles de nacimiento para acreditar su parentesco con los demandantes Berenice Díaz Buitrago y Miguel de los Santos Oviedo y **(ii)** solicitaron los testimonios de personas cercanas a las familias de los detenidos.

77.- En relación con la prueba de los perjuicios morales sufridos por los familiares de la demandante **Berenice Díaz Buitrago**, la Sala destaca que:

77.1.- Con la copia de los registros civiles que obran en el expediente está acreditado que los demandantes tienen los siguientes vínculos de parentesco con Berenice Díaz Buitrago:

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²⁷

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²⁸.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz²⁹.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago³⁰.

*77.2.- La presunción de la existencia de perjuicios morales en relación con la madre, padre e hijos de **Berenice Díaz Buitrago** no fue desvirtuada con las pruebas obrantes en el expediente.*

*77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.*

*77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes** para cada uno. (...)³¹*

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que “*a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.*”³², a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

²⁷ F. 22, c. 2.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Fls. 17, 18, c. 1.

³⁰ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

³¹ Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 81001-23-31-000-2011-00067-01(52829)

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 6 de septiembre de 2011, se realizó audiencia preliminar de solicitud de orden de captura, en donde el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, imparte orden de captura contra Bilman Useche e Isidro Alape.	Documental.- Acta de audiencia preliminar de solicitud de orden de captura (Fol. 341-342) Documental.- Ordenes de captura No. 001718 y No. 00175 del 6 de septiembre de 2011 (Fol. 336 y 338)
2. El 8 de septiembre de 2011, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Bilman Useche e Isidro Alape, por el delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión, dentro del proceso con radicado No. 73001-60-00-432-2011-02486-00, en la que el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.	Documental: Acta de audiencia preliminar (Fols. 327-328 y CD folio 447)
3. El 20 de diciembre de 2011, el Fiscal 2 Especializado de Ibagué presentó escrito de acusación en contra de Bilman Useche e Isidro Alape, como coautores del delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión.	Documento: Escrito de acusación (Fol. 221-233)
4. El 23 de septiembre de 2014, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Ibagué-Tolima, profirió sentencia absolutoria a favor de Bilman Useche e Isidro Alape	Documento: Sentencia del 23 de septiembre de 2014 (Fol. 371-382)
5. El 23 de septiembre de 2014, se emitieron las boletas de libertad No. 0911 y 0912 del 23 de septiembre de 2014.	Documental.- Boletas de libertad No. 0911 y 0912 del 23 de septiembre de 2014.

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava, dentro del proceso penal adelantado como coautores del delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión.

Por su parte, el *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que la absolución se produjo por el retiro de los cargos hecho por la Fiscalía General de la Nación, tal y como se desprende de la sentencia penal en la que se aplicó la causal de *IN DUBIO PRO REO*, la cual aunque no se encuadra plenamente dentro de uno de los eventos establecidos en el artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991, sí deviene en injusta la detención de la que fueron objeto los imputados, sin que estos tuvieran la obligación de soportar la restricción de su libertad personal, ante la imposibilidad de las autoridades judiciales de cumplir con el recaudo de los elementos probatorios y de juicio suficientes para justificar la medida de aseguramiento asumida al principio de la actuación.

Inconforme con esa decisión, la parte demandada Fiscalía General de la Nación, sostuvo en su apelación que actuó de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.

Indicó igualmente que en cumplimiento de su obligación constitucional y legal, investigó los hechos con el material probatorio con el que contaba y, por ello no necesaria e inexorablemente tenía que culminar con la certeza de la comisión del delito, pues, la entidad en la búsqueda de la verdad podía encontrarse frente a varias eventualidades que tienen que ver con, el acervo probatorio que se haya incorporado a la investigación y su posterior valoración; por tanto, una persona que inicialmente no fue vinculada a la investigación puede aparecer posteriormente vinculada y viceversa, quien inicialmente fue vinculado como presunto infractor de la ley penal, puede con posterioridad resultar absuelto dependiendo, si en uno u otro caso aparecen pruebas que comprometan seriamente la responsabilidad penal o que la desvirtúen.

La circunstancia anterior, exige a la Sala estudiar si existió o no la privación injusta de la libertad que se alega, bajo la metodología establecida por el Consejo de Estado, es decir, determinar i) la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; ii) se debe analizar la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) y, solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial); iv) en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Financiamiento al terrorismo y Rebelión a título de coautores, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de audiencia reservada de solicitud de orden de captura del 6 de septiembre de 2011 realizada ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué,³³ acta preliminar del 8 de septiembre de 2011, de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento;³⁴ Órdenes de captura No. 001718 y la No. 00175 del 6 de septiembre de 2011;³⁵ Boletas de detención No. 00626 y No. 00627 del 8 de septiembre de 2011;³⁶ Boletas de libertad No. 0911 del 23 de septiembre de 2014 y la No. 00914 de la misma fecha.³⁷

³³ Folios 341 al 342

³⁴ Folio 327-328

³⁵ Folios 336 y 338

³⁶ Folio 325 y 326

³⁷ Folio 356 y 359

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava estuvieron privados de la libertad en establecimiento carcelario, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **8 de septiembre de 2011 al 23 de septiembre de 2014, es decir, 3 años y 15 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³⁸ y del Consejo de Estado³⁹, en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y *v)* otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que contrario a lo afirmado por el *a quo*, no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes fueron vinculados a una investigación penal, la cual finalizó en primera instancia con sentencia absolutoria, el 23 de septiembre de 2014 por aplicación del principio de *in dubio pro reo*, de la cual se logra extraer, lo siguiente:⁴⁰

“(…) En el caso sub judice, la Fiscalía Delegada, retiró expresamente la acusación, por lo cual solicitó la absolución a favor de los acusados, al señalar que si bien es cierto, se tuvo los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas necesarias para obtener una inferencia razonable de autoría y participación, con la cual acudir en el grado de posibilidad ante el Juez Control de Garantías, dar inicio a un proceso penal, en contra de quienes hoy fungen como acusados es porque así se establece en lo que se ha conocido en principio de escalones (…)

Ha dado cuenta la Fiscalía General de la Nación, de un principio que se denomina de escalones, partiéndose entonces, se repite, de la posibilidad, la probabilidad, pero al no haber alcanzado la certeza racional, es decir, al no ser viable la eliminación de las dudas conforme lo predicen las sentencias 30.838 y 31.795 de la Corte Suprema de Justicia, ha efectuado un retiro de cargos, y así se tiene que con invocación de la sentencia 15.843 que ha efectuado el señor representante del Ministerio Público, aunado a la sentencia 28.361 en la cual opera como obligatorio por parte del Juez de conocimiento, la sentencia absolutoria frente al retiro de cargos que hace la Fiscalía, en el presente caso, no existe un remedio diferente que el de cobijar con sentencia absolutoria a los aquí acusados (…)

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplaza la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).

⁴⁰ Visto en los folios 371 al 382.

Establece la última norma en comentario, que toda persona e presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme una decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal, en consecuencia le corresponderá al órgano de persecución penal, la carga de la prueba acerca de la persecución penal, la duda que se presente se resolverá a favor del procesado, es ahí donde se hace menester hacer unas precisiones que con fundamento en criterios jurisprudenciales, viene al cargo en el presente evento.

(...)

Ese Principio cede frente al INDUBIO PRO REO o a la duda probatoria esto es, cuando existe una presunción de realización de una conducta delictiva, pero que la misma no alcanza su demostración, las dudas probatorias, como en el presente caso se resuelve a favor del acusado, y aquí la Fiscalía contó con unos elementos materiales probatorios y unas evidencias físicas necesarias, para la edificación de la formulación de imputación y la formulación de acusación, pero que no alcanzan la medida necesaria para dar la tranquilidad de alcanzar una certeza racional en punto de edificar en contra de los acusados una sentencia condenatoria, no es que no existan elementos materiales probatorios o evidencias físicas en contra de los acusados, las existen, pero las mismas no alcanzan el grado de verdad suficiente para soportar una sentencia de carácter condenatorio, por manera que la Fiscalía no puede, porque sería una decisión arbitraria, simplemente invocar ante el Juez un retiro de cargos sin presentar argumentación alguna.

En el caso presente, el argumento o el soporte que ha presentado la Fiscalía para hacer el retiro de cargos, es precisamente la aplicación de la presunción de inocencia por INDUBIO PRO REO en favor de los acusados, valga aquí como acontece con el art. 332 del Código de Procedimiento Penal, cuando opera la muerte de un acusado; la Fiscalía solicita la preclusión de la investigación, pero en ese caso no es de manera arbitraria o sin consultar otras normas, allí la preclusión de la investigación, opera por extinción de la acción penal.

De tal manera que, equiparando esa situación al caso que aquí nos ocupa, es claro que cuando la Fiscalía ha efectuado el retiro de cargos, el argumento en el cual se soporta el mismo es no poder desvirtuar la presunción de inocencia. (...)"

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó copia de las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, radicadas bajo el No. 73001-60-00-432-2011-02486-00, en el cual claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos, por lo que la investigación fue adelantada contra Isidro Alape Reyes y Bilman Useche Pava por el delito de Financiación al terrorismo y Rebelión en calidad de coautores, por la Fiscalía 2 Especializada de Ibagué, autoridad que solicitó la legalización de captura, formulación imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, para finalmente, el conocimiento del proceso penal corresponderle al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué, operador judicial que luego, absolvió a los demandantes por los delitos acusados.

Entonces, efectuadas las previsiones anteriores, es evidente que la norma legal vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos, es la Ley 906 de 2004, por medio de la cual se estableció el Sistema Penal Acusatorio, y la que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, establece que la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la

característica de un delito, habilitando al ente investigador conforme el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 para que solicite, entre otras situaciones, que el juez de control de garantías ordene las medidas que considere constitucional y legalmente necesarias para la comparecencia de los imputados al proceso penal.

Respecto de las medidas de aseguramiento, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 estableció que el ente investigador podría solicitar ante el juez de control de garantías su imposición con la determinación de “*la persona, el delito los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia.*”, situación que exige al juez de control de garantías examinar los requisitos para la imposición de las medidas de aseguramiento, conforme lo establece el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda **inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva** que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.”*

Igualmente, es indispensable que consolidados los requisitos establecidos en el artículo 308, la medida de aseguramiento solo procede en los casos establecidos en el artículo 313 *ibídem*:

“ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

- 1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.*
- 2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.*
- 3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
- 4. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible> <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.”*

Bajo esa consideración normativa, el 6 de septiembre de 2011, se llevó a cabo audiencia preliminar reservada de solicitud de orden de captura ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué, en donde el juez ordenó impartir orden de captura contra Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes.⁴¹

⁴¹ Folios 341-342

A su vez, el 8 de septiembre de 2011, se desarrolló la audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de la imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Ibagué.⁴²

De la misma manera, se extrae del acta de esta última diligencia que, se le imputó a Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes el delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Luego, el 20 de diciembre de 2011, el Fiscal 2 Seccional Especializado, presentó escrito de acusación en contra de Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes (Fol. 221-233), como coautores del delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión, con base en los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada:

“(...) ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS QUE SE UTILIZARAN PARA REFRESCAR MEMORIA E IMPUGNAR CREDIBILIDAD

INFORME EJECUTIVO FPJ3 FECHADO AGOSTO 24 DE 2011, SUSCRITO POR LUIS BERNARDO CORAL HERNANDEZ, SECCION ANALISIS CRIMINAL CTI, RELACIONADO CON CONSULTA BASE DATOS VARIABLE TERRORISMO Y SUBVERSION RESPECTO DE JOHN JAIRO FERREIRA MENDOZA Y JAIRO HOYOS OME.

OFICIO NUMERO 001189 ADIADO AGOSTO 21 DE 2011, SUSCRITO POR CAPITAN ALEXANDER CUENCA GALINDO, OFICIAL DE JUDICIALIZACION SEXTA BRIGADA, RELACIONADO CON ENTREVISTA MILITAR DE LUCERO VAQUIRO ORTIZ.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO CALENDADO SEPTIEMBRE 6 DE 2011, FIRMADO POR IVAN OLAYA SANCHEZ JOSE ENRIQUE GUERRERO MORALES, SIJIN GRUTE IBAGUE, RELACIONADO CON LA IDENTIFICACION DE LOS IMPUTADOS ENTREVISTA A LUCERO VAQUIRO ORTIZ, RECONOCIMIENTO A TRAVES DE FOTOGRAFIAS, REGISTRO DE ANTECEDENTES PENALES DE LOS IMPUTADOS

ACTA DE RECONOCIMIENTO FOTOGRAFICO Y VIDEOGRAFICO FECHADA SEPTIEMBRE 2 DE 2011, TESTIGO LUCERO VAQUIRO ORTIZ, RECONOCE A LOS IMPUTADOS ISIDRO ALAPE REYES, YEISON ORLANDO CASTAÑEDA ROJAS, BILMAN USECHE PAVA Y WILMER JAVIER PEREZ PARRA.

ENTREVISTA DE LUCERO VAQUIRO ORTIZ TOMADA EL DIA SEPTIEMBRE 1 DE 2011.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO DATADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, SIGNADO POR IVAN OLAYA SANCHEZ Y FABIAN RAMIREZ NAVARRO, SIJIN GRUTE, RELACIONADO CON EL INFORME DE CAPTURA DE ISIDRO ALAPE REYES Y BILMAN USECHE PAVA, CONTIENE ACTA DERECHOS DEL CAPTURADO, RESEÑAS DACTILARES, FORMATOS DE ARRAIGO E INDIVIDUALIZACION, ACTA DE INCAUTACION DE ELEMENTOS.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO FECHADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, FIRMADO POR EDISON GUZMAN RUIZ Y HARRISON LOZADA SALGUERO,

⁴² Visto en los folios 327-328

SIJIN GRUTE, RELACIONADO CON EL INFORME DE CAPTURA DE YEISON ORLANDO CASTAÑEDA ROJAS, CONTIENE ACTA DERECHOS DEL CAPTURADO, RESEÑAS DACTILARES, FORMATOS DE ARRAIGO E INDIVIDUALIZACION, ACTA DE INCAUTACION DE ELEMENTOS.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO ADIADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, SUSCRITO POR IVAN OLAYA SANCHEZ Y JOSE ENRIQUE GUERRERO MORALES, RELACIONADO CON EL INFORME DE CAPTURA DE WILMER JAVIER PEREZ PARRA, CONTIENE ACTA DERECHOS DEL CAPTURADO, RESEÑAS DACTILARES, FORMATOS DE ARRAIGO E INDIVIDUALIZACION.

INFORME INVESTIGADOR LABORATORIO CÁLENDADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, FIRMADO POR PEDRO GENTIL ARIAS RAMIREZ, TECNICO PROFESIONAL EN DACTILOSCOPIA, SIJIN DETOL, RELACIONADO CON LA PLENA IDENTIDAD DE ISIDRO ALAPE REYES.

INFORME INVESTIGADOR LABORATORIO CALENDADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, FIRMADO POR PEDRO GENTIL ARIAS RAMIREZ, TECNICO PROFESIONAL EN DACTILOSCOPIA, SIJIN DETOL, RELACIONADO CON LA PLENA IDENTIDAD DE YEISON ORLANDO CASTAÑEDA ROJAS.

INFORME INVESTIGADOR LABORATORIO CALENDADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, FIRMADO POR PEDRO GENTIL ARIAS RAMIPEZ, TECNICO PROFESIONAL EN DACTILOSCOPIA, SIJIN DETOL, RELACIONADO CON LA PLENA IDENTIDAD DE WILMER JAVIER PEREZ PARRA.

INFORME INVESTIGADOR LABORATORIO CALENDADO SEPTIEMBRE 7 DE 2011, FIRMADO POR PEDRO GENTIL ARIAS RÁMIREZ, TECNICO PROFESIONAL EN DACTILOSCOPIA, SIJIN DETOL, RELACIONADO CON LA PLENA IDENTIDAD DE BILMAN USECHE PAVA.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO FECHADO SEPTIEMBRE 9 DE 2011, SIGNADO POR JOSE ENRIQUE GUERRERO E IVAN OLAYA SANCHEZ, SIJIN GRUTE, RELACIONADO CON BUSQUEDA SELECTIVA EN BASE DE DATOS EMPRESA DE TELEFONIA CELULAR TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., LINEA CELULAR 316 768 2320.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO ADIADO SEPTIEMBRE 15 DE 2011, SUSCRITO POR JOSE ENRIQUE GUERRERO E IVAN OLAYA SANCHEZ, RELACIONADO CON LA BUSQUEDA SELECTIVA EN BASE DE DATOS EN LA EMPRESA DE TELEFONIA CELULAR COMCEL S.A., LINEAS CELULARES 314 456 0554 Y312 503 2901.

INFORME INVESTIGADOR LABORATORIO FECHADO SEPTIEMBRE 20 DE 2011, FIRMADO POR ROBERTO MURCIA SOGAMOSO, INFORMATICA FORENSE CTI, RELACIONADO CON INSPECCION A CELULARES Y SIMCARDS: (i) CELULAR MARCA NOKIA 5130C-2 IMEI 351487/04/475296/5, (ii) SIMCARD MOVISTAR NUMERO 128. P112- 33-00557676219, (iii) CELULAR MARCA ALCATEL MODELO ONE TOUCH 306 A, IMEI 012594000276103, (iv) UNA SIMCARD COMCEL NUMERO 5710100-07010914044469, (y) UNA SIMCARD DE COMCEL NUMERO 5710100-08011102145229, (vi) CELULAR MARCA SONY ERICSSON MODELO Z310A, IMEI 35756101-32667-1, (vii) UNA SIMCARD DE COMCEL NUMERO 1105785304, (viii) UNA SIMCARD DE MOVISTAR NUMERO 12- 3305512 19651, (ix) MEMORIA MICRO SD 1 GB CELULAR NOKIA.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO ADIADO OCTUBRE 11 DE 2011, SUSCRITO POR IVAN OLAYA SÁNCHEZ Y JOSE ENRIQUE GUERRERO MORALES, SIJIN GRUTE, RELACIONADO CON ENTREVISTA A JONATHAN MAURICIO MORA CEBALLOS, INFORME DESVINCULACION DE LOS IMPUTADOS DEL EJERCITO NACIONAL, VERIFICACION DE LOS ARRAIGOS DE LOS IMPUTADOS, DECLARACION JURADA A LUCERO VAQUIRO ORTIZ, INFORMACION REGISTRO DE INTEGRANTES DEL FRENTE XXI DE LAS FARC.

ENTREVISTA DE JONATHAN MAURICIO MORA CEBALLOS TOMADA EL DIA SEPTIEMBRE 27 DE 2011.

ENTREVISTA DE MARIA INES REYES DUCUARA TOMADA EL DIA SEPTIEMBRE 24 DE 2011.

ENTREVISTA DE FERNANDO GUILLEIRMO PEREZ PEREZ TOMADA EL DIA SEPTIEMBRE 24 DE 2011.

DECLARACION JURADA DE LUCERO VAQUIRO ORTIZ TOMADA EL DIA SEPTIEMBRE 24 DE 2011.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO ADIADO NOVIEMBRE 16 DE 2011, SIGNADO POR IVAN OLAYA SANCHEZ Y JOSE ENRIQUE GUERRERO MORALES, SIJIN GRUTE, -RELACIONADO CON DECLARACION JURADA DE JONATHAN MAURICIO MORA CEBALLOS, RECONOCIMIENTO EN FILA DE PERSONAS, TRAMITE CERTIFICADO CODA DE JONATHAN MAURICIO MORA CEBALLOS.

22.- DECLARACION JURADA DE JONATHAN MAURICIO MORA CEBALLOS TOMADA EL DIA OCTUBRE 31 DE 2010 (...)

16.- INFORME SIN NUMERO Y SIN FECHA, SUSCRITO POR CAPITAN ALEXANDER CUENCA GALINDO, OFICIAL JUDICIALIZACION SEXTA BRIGADA, RELACIONADO CON INFORMACION DE INTELIGENCIA DE LUIS EDUARDO RAYO ALIAS MARLON, JHON JARO FERREIRA MENDOZA ALIAS ESTIVEN, FLOR ENNY GUERRERO CASTAÑEDA ALIAS YURI O LA NEGRA, JAIRO HOYOS OMER ALIAS SALCEDO, GEOVANY DIAZ BERMUDEZ ALIAS CARNE ASADA Y ALIAS POIVIPILIO DIAZ REINOSO. TESTIGO DE ACREDITACION: Capitán ALEXANDER CUENCA GALINDO.

17. OFICIO NUMERO 951436-3 FECHADO SEPTIEMBRE 25 DE 2011, FIRMADO POR EDILBERTO FORERO SOTELO, DIRECTOR SECCIONAL DAS TOLIMA, RELACIONADO CON INFORMACION DE INTELIGENCIA DE ALIAS ESTIVEN, ALIAS MARLON, ALIAS SALCEDO, ALIAS YURI, ALIAS CARNE ASADA Y ALIAS POMPILIO. TESTIGO DE ACREDITACION: IVAN OLAYA SANCHEZ, SIJIN GRUTE.

DECLARACIONES SOLICITADAS:

- 1.- IVAN OLAYA SANCHEZ.** SIJIN DETOL, COMANDO POLICIA TOLIMA
- 2.- JOSE ENRIQUE GUERRERO MORALES.** SIJIN DETOL, COMANDO POLICIA TOLIMA

- 3.- **ALEXANDER CUENCA GALINDO. INSTALACIONES SEXTA BRIGADA DEL EJÉRCITO NACIONAL, CANTON PIJAO, IBAGUE.**
- 4.- **LUCERO VAQUIRO ORTIZ. SE CITARA A TRAVES DE LA FISCALIA**
- 5.- **JONATHAN MAURICIO MORA CEBALLOS. SE CITARÁ A TRAVES DE LA FISCALIA**
- 6.- **PEDRO GENTIL ARIAS RAMIREZ. SIJIN DETOL, COMANDO POLICIA TOLIMA**
- 7.- **ROBERTO MURCIA SOGAMOSO. SECCION INFORMATICA FORENSE CTI IBAGUE**
- 8.- **JAKELINE CARMONA SERNA. SIJIN DETOL, COMANDO POLICIA TOLIMA**
- 9.- **LUIS BERNARDO CORAL HERNANDEZ. SECCION ANALISIS CRIMINAL CTI IBAGUE.**
- 10.- **EDISON OLIVER GUZMAN RUIZ. SIJIN DETOL, COMANDO POLICIA TOLIMA (...)**

Luego, se evidencia que el conocimiento de este asunto, le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Ibagué; quien adelantó la etapa de juicio oral y el 23 de septiembre de 2014, profirió sentencia absolutoria.

En ese orden de ideas, corresponde en este punto realizar, en primer lugar, el análisis de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida que ordenó la detención preventiva, y así determinar si el daño de la privación se configura antijurídico.

De acuerdo a ello, conforme a las pruebas antes relacionadas y los elementos materiales probatorios y evidencia física presentados ante el juez de control de garantías con los que la Fiscalía solicitó imposición de medida de aseguramiento,⁴³ es posible inferir, en primer lugar, que el delito de Rebelión imputado a Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes, en su momento tuvo respaldo en:

- Entrevista del 3 de agosto de 2011, de Lucero Vaquiro Ortiz, desmovilizada del Frente 21 de las FARC, quien aseguró que los imputados ingresaron a ese grupo al margen de la ley, desde el año 2007, que eran conocidos con los alias de Isidro Alape “el enano” y Bilman Useche por el alias de “mincho”, y que la última orden que se les dio directamente el Comandante “Marlon”, fue infiltrar al Ejército Nacional para obtener información.
- Reconocimiento fotográfico realizado por Lucero Vaquiro Ortiz.
- Oficio No. 001262 del 6 de septiembre de 2011, suscrito por Alexander Cuenca Galindo oficial de Judicialización de la Sexta Brigada del Ejército Nacional que da cuenta del ingreso de los imputados a las filas del Ejército Nacional.

Cabe mencionar que la decisión de imposición de medida de aseguramiento fue apelada por los sujetos procesales, y el 30 de noviembre de 2011, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento de Ibagué, resolvió la apelación, confirmando la decisión.⁴⁴

De acuerdo a ello, y conforme a las pruebas aportadas al proceso, se puede inferir que se cumplían dos requisitos del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, específicamente, respecto del peligro para la comunidad, porque según artículo 310 *ibídem*, resulta suficiente para que se consolide este aspecto, la gravedad y modalidad de la conducta punible, la cual

⁴³ Conforme al audio de la audiencia concentrada de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, del 8 de septiembre de 2011, contenido en el CD visto en el folio 447

⁴⁴ Folios 236 al 237

para ese momento, correspondió al delito de Financiamiento al terrorismo y Rebelión, se configuró el numeral 1º del artículo 310 de la Ley 906 de 2004⁴⁵.

Además de ello, conforme al delito imputado al demandante, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, específicamente una pena de 8 años a 13 años de prisión, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de la medidas privativa de la libertad.

Entonces, de conformidad con las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y con la información con la que contaba para el momento la Fiscalía General de la Nación y el Juez de Control de Garantías, considera la Sala que existían los suficientes elementos de prueba que podían identificar la autoría de los actores en la conducta delictiva por la cual se investigó, teniéndose así por cumplida la exigencia para imponer la medida de aseguramiento, máxime cuando su captura se consolidó en flagrancia y dentro del trámite del proceso penal se tiene que el indagado no aportó prueba alguna que acreditara que su actuación se amparó en una causal de ausencia de responsabilidad capaz de desvirtuar las circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Ibagué - Tolima, siendo proferida con la observancia de las normas procesales vigentes para la época de su expedición y no vulneró el debido proceso del actor; lo que permite concluir a la Sala la inexistencia de antijuridicidad del daño alegado por privación injusta de la libertad.**

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento los demandantes, estuvo plenamente sustentada en la normatividad que regula el procedimiento a seguir en el tipo de investigación a que estaba siendo sometido, como en el material probatorio que fue exhibido por la Fiscalía ante el Juez de Control de Garantías.

Bajo ese panorama, constatándose la legalidad de la medida, al cumplir con los requisitos determinados en las normas aplicables, era razonable y proporcional ante los hechos y pruebas consolidadas para ese momento que la Fiscalía solicitara la medida de aseguramiento en establecimiento carcelario y el juez de control de garantías aceptara la imposición de la misma, pues, no podía exigírseles que en dicha etapa preliminar contarán con la suficiencia probatoria propia de un juicio, para imponer la medida restrictiva de la libertad, y en este entendido la detención no resultaría arbitraria, ajustándose entonces, a los parámetros de orden constitucional y legal vigentes para el momento de su imposición.

⁴⁵ Artículo 310 de la Ley 906 de 2004: *Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad será suficiente la gravedad y modalidad de la conducta punible, además de los fines constitucionales de la detención preventiva. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:*

1. **La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.**
2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.
3. El hecho de estar acusado, o de encontrarse sujeto a alguna medida de aseguramiento, o de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.
4. La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.
5. Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.
6. Cuando se utilicen medios motorizados para la comisión de la conducta punible o para perfeccionar su comisión, salvo en el caso de accidentes de tránsito.
7. Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.
8. Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.

De acuerdo a ello, para la Sala, es indiscutible que la Fiscalía y el Juzgado de control de garantías contaron con los medios de pruebas suficientes que comprometían la responsabilidad de Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes en la posible conducta punible imputada, para así, por un lado, imponer la medida de aseguramiento cumpliendo con la carga legal para su imposición, siendo legítima, razonada y proporcional la decisión determinada, y luego, privarlo de su libertad; por otro lado, porque la Fiscalía contó con las pruebas necesarias y suficientes para presentar su escrito de acusación, basando su decisión en argumentos razonables, lógicos y coherentes con el material probatorio existente hasta ese momento procesal.

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁴⁶, y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que los demandantes Bilman Useche Pava e Isidro Alape Reyes padecieron un daño, pero el mismo adolece de ser antijurídico, comoquiera que es imputable a su propio actuar, pues, constituyó el elemento efectivo y determinante para la imposición de la medida de aseguramiento, y en tal sentido, la obligación de repararlo desaparece totalmente.

Así pues, a pesar de que la Fiscalía General de la Nación no probó su teoría acusatoria, lo cierto, en todo caso, es que la conducta debía ser investigada, siendo adecuado conforme los elementos materiales probatorios, imponer la medida de aseguramiento.

8. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la falta de acreditación de un daño antijurídico por la privación de la libertad, las pretensiones elevadas en la presente demanda, se negarán, y por ello, se revocará la sentencia del 28 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

El CPACA en el artículo 188 señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que este compilado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso para la liquidación y ejecución de las agencias en derecho.

⁴⁶ “19. Esta Sala, atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 estima que la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: 1. En primer lugar, se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad del accionante; 2. En segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad bajo una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; 3. En tercer lugar, y solo en el caso de no probarse la existencia de una falla en el servicio, la responsabilidad se analiza bajo un régimen objetivo (daño especial). 4. En cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay lugar a declarar la responsabilidad estatal, ya fuere bajo un régimen de falla o uno objetivo, se procede a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; 5. Por último, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; 6. Finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.”

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de ambas instancias siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente para cada una de las instancias como agencias en derecho y se ordenará a la secretaría del *a-quo* que liquide tales costas, conforme a las reglas mencionadas.

10. OTRAS CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 28 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, y en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA., para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho por cada una de las instancias.

TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

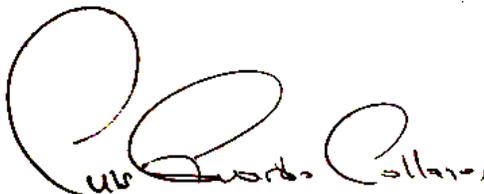
Los Magistrados⁴⁷,



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

⁴⁷ Advierte la Sala de esta Corporación que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19, la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos – Artículo 12 del Decreto 491 de 2020 -, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura establecidas – distancia social y aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos -, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.