



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-005-2016-00386-01
Interno: 1358-2019
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ÁNGEL JADID ALAPE TOVAR – OTROS
Apoderada: JENNY PAOLA CASTILLO MARÍN
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
Apoderada: NANCY OLINDA GASTELBONDO DE LA VEGA
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada: CLAUDIA PATRICIA ACEVEDO VÁSQUEZ
TEMA: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 17 de octubre de 2019, por medio del cual se negaron 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 – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, con el fin de que sean declaradas administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios morales y materiales causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Wilson Alape Conde.

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 Wilson Alape Conde, es hijo de Ángel Jadid Alape Tovar y María Lucrecia Conde Aroca, pero quien ejerció como madre de crianza fue María Susana Gómez Mora, nieto de Euterino Alape y Crescencia Tovar, hermano de Leidy Esperanza Alape Conde, Edwin Said Alape Conde, Juan Pablo Alape Gómez, Einar Alape Gómez, Sindy Liliana Alape Gómez, María Fernanda Alape Gómez, Cristian Javier Alape Gómez, Willinton Alape Gómez, Luis Hernán Alape Gómez E Italia Marcela Alape Gómez; y por último, tío de Johan Camilo Alape Conde y Laura Sofia Herrada Alape.

2.2 Wilson Alape Conde, es compañero permanente de Maira Katerine Celis Llanos, y yerno de Fanory Llanos Tamara y Rulber Celis Aroca.

2.3 Wilson Alape Conde, tuvo que soportar un proceso penal que culminó con sentencia de preclusión de la investigación proferida el día 26 de Abril de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito con Función de conocimiento del Guamo (Tol.), por el delito de Tráfico Fabricación o Porte de Estupefacientes; por lo que estuvo privado de la libertad desde el 16 de Febrero de 2016 hasta el día 27 de Abril de 2016, es decir, 2 meses y 11 días, lo que ocasionó perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación a este y a su núcleo familiar.

2.4 Que el actor tuvo que contratar los servicios de un profesional del derecho para ejercer su defensa en el proceso penal, cancelando por honorarios la suma de \$ 1.000.000 en el año 2016, suma que debe ser actualizada.

2.5 Que debido a la privación injusta los demandantes padecieron perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación del detenido, pues, se encontraron ante una situación humillante e injusta, la cual se agravó porque la víctima directa tuvo que abandonar su empleo durante el lapso que duró la investigación hasta meses después de la fecha de su absolución.

2.6 Que Wilson Alape Conde, desarrollaba para el momento de los hechos oficios varios con los que devengaba un salario mínimo mensual, que actualmente corresponde a \$689.454, los cuales dejó de percibir desde el mismo instante en el que fue privado de la libertad, 2 meses y 11 días, y hasta 10 meses después de su absolución, permaneciendo en ese estado 12 meses y 11 días.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial¹.

Inicia explicando que respecto de la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha efectuado diversas interpretaciones partiendo de artículo 90 de la Constitución de 1991, que han pasado por la teoría de la responsabilidad subjetiva, en virtud de la cual, solamente se daba lugar a dicha responsabilidad cuando la actuación de los funcionarios judiciales estaba viciada por el error judicial; se pasó luego a la exigencia de probar la antijuridicidad de la medida privativa de la libertad, y a reconocer la antijuridicidad de la misma para eventos en que la absolución se realizaba en virtud de las causales del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, luego, se fincó la jurisprudencia no en la ilegalidad de la conducta del agente del estatal sino en la antijuridicidad del daño sufrido y por último se venía reconociendo la responsabilidad objetiva.

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.

De acuerdo a ello, afirma que la carga probatoria en este caso, se incrementa para el convocante a punto que le corresponde acreditar fehacientemente la ilegalidad de la detención, referida a que fue 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 apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente

¹ Ver contestación en los folios 184 al 190 Cuaderno Principal

arbitraria, derivada de un inadecuado ejercicio de la competencia investigativa por parte de la fiscalía, que haya conducido a una total ausencia probatoria, es decir, desvirtuando la existencia del fundamento probatorio, pues la simple privación de la libertad en este régimen, no supone automáticamente la falla del servicio.

En el asunto concreto, afirmó que no puede perderse de vista que la absolución proferida por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo - Tolima, se verificó al amparo de la causal "ii) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia", es decir, por una causal diferente a las contenidas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, por lo cual, los actos jurisdiccionales restrictivos de la libertad de la convocante, fueron actos legales y normales de la Administración de Justicia y no arbitrarios, razón por la cual; no hubo falla en el servicio, error jurisdiccional, ni mucho menos privación injusta de la libertad, y por lo mismo el carácter de "INJUSTO" que se requiere para que surja la responsabilidad administrativa.

Que la teoría presentada por la fiscalía al inicio del juicio oral, no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, de las cuales, no se obtuvo certeza suficiente para impartir condena, conforme con lo establecido en la Ley 906 de 2004, más aun, cuando la Fiscalía solicita la preclusión de la investigación en favor de WILSON ALAPE CONDE, por los cargos que la Fiscalía acusó.

Que la decisión del juez de conocimiento fue ajustada al principio de legalidad que debía rodear esta actuación, al, punto que, habiendo verificado el cumplimiento de los requisitos para la estructuración de la causal normativa que justificaba tal decisión, por tratarse de una decisión típicamente jurisdiccional, puso fin a la acción penal, dirimiendo de fondo el conflicto y disponiendo la libertad inmediata de los imputados.

Que no existe nexo causal, ya que la facultad para pedir la preclusión del acusado, está deferida por ley, de manera exclusiva y excluyente, a la Fiscalía (En cualquier momento, a partir de la formulación de la imputación el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, sino existiere mérito para acusar); motivo por el cual, no podía emitir fallo condenatorio, por cuanto no existían elementos materiales de prueba que comprometieran la responsabilidad del imputado; por ausencia de mérito para sostener una acusación.

De ahí que, asegura que el juez de control de garantías que actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la Ley 906 de 2004, por lo que las audiencias por el dirigidas fueron las preliminares, momento en el cual no se discute la responsabilidad penal del imputado, por cuanto el juez con funciones de control de garantías, trabajo con los elemento probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, elementos que no constituyen plena prueba y por ende, no son suficientes para discutir la responsabilidad, por lo cual la medida de aseguramiento impuesta al accionante obedeció a principio de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

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 requerimientos necesarios para convertirse en plena prueba y que fuese el soporte de una decisión condenatoria.

3.2 Fiscalía General de la Nación²

² Ver contestación en los folios 192 al 207 Cuaderno principal.

Sostuvo que se opone a las pretensiones de la demanda, porque no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió falla del servicio como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

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 no se evidenció falla en el servicio y, en consecuencia, no existe el daño aducido por el demandante, por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez, que dentro del plenario no se aportaron las pruebas que conllevaron a la responsabilidad patrimonial y administrativa de la demandada.

Que la Fiscalía ajustó sus decisiones a los presupuestos jurídicos, fácticos y probatorios, pues, no hay prueba que ponga de presente actuación subjetiva caprichosa, arbitraria y violatoria en forma manifiesta del derecho a la defensa; todo lo contrario, al sindicado se le brindaron todas las garantías procesales durante la instrucción que fue integral tanto en los hechos favorables como en los desfavorables a sus intereses.

Que en la investigación penal en la cual se vio involucrado el demandante, estaban dadas las condiciones para la imputación realizada por la Fiscalía y la privación de la libertad decretada por el Juez con funciones de Control de Garantías, pues, se logró inferir razonablemente que era autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, por lo tanto, haber proferido una decisión contraria a ello, en su momento, se habría tornado ilegal, puesto que para ese instante existían los suficientes elementos materiales y evidencia física para imputarle la conducta ya conocida.

Que le corresponde al Juez de Garantías estudiar la solicitud, analizar los elementos materiales probatorios, y evidencia física presentada por la Fiscalía, para luego sí establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento; es decir, finalmente, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

Que con base en los elementos probatorios recaudados la Fiscalía cumplió su función constitucional y legal de solicitar al juez con funciones de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 17 de octubre de 2019, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que para la fecha de ocurrencia de los hechos (15 de febrero de 2016) existió una conducta descrita como delito y la persona tenía la intención de realizarla, de tal suerte que este actuar fue determinante

³ Ver providencia de primera instancia del folio 258 al 266.

para la investigación penal y la imposición de la medida de aseguramiento en contra del demandante, y ello constituyó una culpa exclusiva de la víctima, que llevaría a exonerar a las entidades estatales por la presunta privación injusta de la libertad.

Que la actuación del demandante fue temeraria, al ADQUIRIR Y CONSERVAR bazuco (un derivado de la cocaína) en cantidad superior a la dosis personal, por lo que tuvo que demostrarse en el proceso penal que era un consumidor habitual de sustancias estupefacientes y que la sustancia que le fue hallada era para su consumo, por lo que se configuró una culpa exclusiva de la víctima, como quiera que su actuar fue gravemente culposo en los términos del artículo 63 del Código Civil, rompiendo el nexo causal entre el actuar de las autoridades y los presuntos perjuicios sufridos.

5. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante, indicó en su apelación que la medida de aseguramiento impuesta al actor obedeció a que la Fiscalía no atendió al hecho de que este no era un expendedor o traficante de droga, como quedó demostrado en el proceso penal, lo cual configuró la responsabilidad de la Administración, en vista de que si bien portaba más de la dosis establecida por el legislador como personal, la Fiscalía General de la Nación no logró demostrar que el porte de esa sustancia ilícita tenía como fin la venta o distribución.

Que la Fiscalía 10 Seccional del Guamo, solo hasta el 14 de Abril de 2016, es decir, transcurridos más de 2 meses de la captura de WILSON ALAPE CONDE solicitó la preclusión de la investigación, solicitud que fue resuelta por el Juzgado Penal del Circuito del Guamo, por medio de la cual se declaró la preclusión de la investigación por hallarse probada la causal prevista en el artículo 332 numeral 4° de la ley 906 de 2.004, denominada "Atipicidad del hecho investigado."

Que, la Fiscalía General de la Nación debió realizar como acto previo a la captura del directo afectado la evaluación del caso en particular, con el fin de determinar si se trataba de un adicto o de un distribuidor de sustancias psicoactivas, comoquiera que no puede pretender el ente investigador endilgar el delito de tráfico, fabricación y porte estupefacientes a un simple consumidor; contrario sensu, en su labor investigativa y antes de proferirse orden de captura debió recolectar los elementos o información que pudiera ser requerida al interior de la investigación, la cual debió concluir que, al tratarse de un consumidor, el conducto regular a seguir era ordenar su remisión a un centro médico y no proceder con la judicialización, con el fin de verificar su estado de adicción o dependencia y proceder con el tratamiento respectivo.

Que por las circunstancias en las que le fue encontrado el estupefaciente al directo afectado, se puede deducir que este no tenía la más mínima intención de cometer conducta contraria a derecho; por lo que es injusto que la Fiscalía acusara a WILSON ALAPE CONDE, agravando la situación del directo afectado al prolongar la privación de su libertad desde el día 17 de febrero de 2016 hasta el 27 de Abril de 2016, de acuerdo con certificado expedido por el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario del Guamo (Tol.), es decir, el tiempo que el afectado permaneció privado de la libertad fue de 2 meses y 10 días.

Por lo tanto, solicitó revocar la sentencia apelada y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

⁴ Ver los folios 248 al 276 Cuaderno Principal

El proceso fue radicado en esta Corporación el 20 de noviembre de 2019. Mediante auto del día 26 del mismo mes y año, se admitió el recurso de apelación, y el 12 de diciembre de 2019, 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 las partes reiteraron los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

6.1. Concepto del Ministerio Público:

Sostuvo que en este caso no se está efectuando una valoración del comportamiento de los demandantes desde la perspectiva del derecho penal ni cuestionando la decisión del Juez que decidió la preclusión de la investigación en virtud del retiro de la acusación, sino que el análisis se efectúa desde la óptica de la responsabilidad civil inspirada en principios y fundamentos completamente distintos, los cuales permiten evidenciar que el actuar de Wilson Alape Conde puede ser catalogado como culposos (civilmente hablando), más aun, tratándose de un consumidor de estupefaciente, del cual se deduce claramente que conoce los límites permitidos en este tipo de productos, por tanto, tiene pleno conocimiento de las consecuencias que puede generar llevar o portar estupefacientes por fuera de dicho marco autorizado.

Que el comportamiento culposos de la víctima, es lo que incide causalmente en la materialización de la decisión penal, por tanto, se estructura una causal de exoneración de la responsabilidad estatal; sin que se desconozcan las discusiones teóricas que pueden emerger en este tipo de asuntos, incluso desde la perspectiva de su estudio en el marco de la antijuridicidad del daño — como lo ha planteado el Consejo de Estado— pero evidenciado que en este caso la decisión del Juez penal se fundó en la solicitud de preclusión por parte de la Fiscalía, al considerar que la conducta era atípica — lógicamente discutible — el análisis debe realizarse no desde el daño y su antijuridicidad, sino desde la órbita causal de su producción.

Que tal como lo señaló el *A-quo* se estructuró el hecho exclusivo y determinante de la víctima, como causal de exclusión de la responsabilidad estatal.

Por tanto, solicitó se confirme la sentencia apelada y se nieguen las pretensiones.

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 Wilson Alape Conde en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, para luego culminar el proceso con la preclusión de la investigación.

3. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la sentencia apelada, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

En el *sub-lite*, 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 Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes, por solicitud de la Fiscalía 67 Local de Natagaima-Tolima, e impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Natagaima- Tolima;⁵ desde el 15 de febrero de 2016 al 27 de abril de 2016, es decir, 2 meses y 17 días.

Indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional⁶ y del Consejo de Estado⁷, 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.

Como se indicó anteriormente, el Consejo de Estado en providencia del 06 de agosto de 2020, proferida dentro del expediente con radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, expresó que con el fin de determinar si un daño podía catalogarse como antijurídico y adicionalmente, ser imputable a la administración, resultaba necesario examinar el carácter injusto de la privación de la libertad, a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, puesto que, el hecho que una persona resultara privada de la libertad y a la postre, terminara con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que era 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 Wilson Alape Conde fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con preclusión de la investigación por atipicidad del hecho investigado.

Revisadas las diligencias, 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.

⁵ Visto en el CD que contiene audiencia concentrada del día 16 de febrero de 2016 (legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento) (Fol. 195)

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁷ 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).

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 las pruebas antes relacionadas es posible inferir, en primer lugar, que el delito Trafico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, imputado a Wilson Alape Conde, en su momento tuvo respaldo en: i) Informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia -FPJ-5 del 15 de febrero de 2016;⁸ ii) Oficio del 15 de febrero de 2016 suscrito por Integrante ARES 11 del Batallón de Infantería Número 18 del Coronel Jaime Rooke, dirigido a la Estación de Policía de Natagaima-Tolima;⁹ iii) Acta de incautación de elementos varios de la Policía Nacional, en la que consta que a Wilson Alape Conde el 15 de febrero de 2016 a las 16:20 horas, se le incautaron: una mochila color café, 1 arma blanca tipo cuchillo, 2 bolsas sobres de marihuana, 34 sobres plásticos bazuco, 20 monedas de \$, para un total de \$10.000;¹⁰ iv) Informe Ejecutivo FPJ-3 suscrito por Policía Judicial,¹¹ v) Entrevista FPJ-14 suscrita por Jhon Jairo Amaya,¹² vi) Informe investigador de campo FPJ-11 del 15 de febrero de 2016, suscrito por Criminalística del CTI, Fernando Aranda Molano,¹³ vii) Informe de investigador de campo en el que se realizó la fijación fotográfica de los elementos incautados;¹⁴ viii) Informe de investigador de laboratorio -FPJ-13 del 16 de febrero de 2016.¹⁵

Por tanto, 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, con una posible pena de 64 meses a 108 meses 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.

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 del actor 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 los circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo con funciones de Control de Garantías de Saldaña - 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.**

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que el actor Wilson Alape Conde padeció 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.

⁸ Visto en los folios 143 al 144

⁹ Visto en el folio 145

¹⁰ Visto en el folio 146

¹¹ Visto en los folios 148 a 150

¹² Visto en el folio 155 al 157

¹³ Visto en los folios 158 al 164

¹⁴ Visto en los folios 165 al 168

¹⁵ Visto en el folio 172 al 173

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 soportarlo¹⁶, 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 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

¹⁶ 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”.

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 riesgo¹⁷, 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”*¹⁸, 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”*¹⁹. Al respecto, 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 estatal²⁰.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁰ 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)

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013²¹, 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 2016²², 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 2018²³, 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 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

²¹ 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)

²² 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).

²³ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

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 2018²⁴, 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 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

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)

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.”*²⁵

²⁵ 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)

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 2019²⁶, 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 2018²⁷, 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 2019²⁸, **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.”*²⁹; 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.

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.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

²⁷ 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)

²⁸ 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.

²⁹ 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

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 2018³⁰, antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020³¹, 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 Estado³²:

“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

³⁰ 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)

³¹ 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.

³² 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

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)

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.*”³³

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. Que el 16 de febrero de 2016, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Wilson Alape Conde, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes, dentro del proceso con radicado No. 733196099040201600033, en la que el Juzgado Primero Promiscuo de Natagaima – Tolima, impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.	- Documental: CD (Fols. 194)
2. Que el 11 de marzo de 2016, la Fiscalía Primera Seccional de Guamo, presentó escrito de acusación en contra de Wilson Alape Conde como autor de la conducta punible de Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes.	Documento: Escrito de acusación (Fols. 184-180)
3. El 12 de abril de 2016, la Fiscalía Primera Seccional de Guamo, presentó escrito de preclusión ante el juez de conocimiento.	Documento: escrito de preclusión (Fol. 193-195)
4. El 26 de abril de 2016, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Guamo, decretó la preclusión de la investigación y la extinción de la acción penal, además de ordenar la libertad inmediata de Wilson Alape Conde.	Documento: Acta de audiencia de preclusión (Fol. 23-24) Documento: Boleta de libertad No. 1203 del 26 de abril de 2016 (Fol. 25)

7. CASO CONCRETO.

³³ 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)

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las entidades accionadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, con ocasión a la privación injusta de la libertad de Wilson Alape Conde.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que para la fecha de ocurrencia de los hechos (15 de febrero de 2016) existió una conducta descrita como delito y la persona tenía la intención de realizarla, de tal suerte que este actuar fue determinante para la investigación penal y la imposición de la medida de aseguramiento en contra del demandante, y ello constituyó una culpa exclusiva de la víctima, que llevaría a exonerar a las entidades estatales por la presunta privación injusta de la libertad.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante en su recurso de apelación afirmó que la medida de aseguramiento impuesta al actor obedeció a que la Fiscalía no atendió al hecho de que este no era un expendedor o traficante de droga, como quedó demostrado en el proceso penal, lo cual configuró la responsabilidad de la Administración, tanto así, que 2 meses después de la captura la Fiscalía solicitó la preclusión de la investigación por la causal prevista en el artículo 332 numeral 4° de la ley 906 de 2.004, denominada "Atipicidad del hecho investigado", la cual fue aceptada por el juez de conocimiento.

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 Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes, por solicitud de la Fiscalía 67 Local de Natagaima-Tolima, e impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Natagaima- Tolima³⁴.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de derechos del aprehendido – FPJ-6 (Fol. 147), Informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia – FPJ-5 (Fol. 143-144) Acta de audiencia concentrada de legalización de la captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento celebrada el 16 de febrero de 2016 (cd visto en el folio 194), y boleta de libertad No. 012 del 26 de abril de 2016 (Fol. 25).

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Wilson Alape Conde estuvo privado de la libertad efectivamente en los límites temporales determinados por el *a quo*, los cuales tampoco fueron discutidos por las partes, por lo que esta Sala puede determinar

³⁴ Visto en el CD que contiene audiencia concentrada del día 16 de febrero de 2016 (legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento) (Fol. 195)

que la privación de la libertad - daño - se presentó del **15 de febrero de 2016 al 27 de abril de 2016, es decir, 2 meses y 17 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional³⁵ y del Consejo de Estado³⁶, 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.

Como se indicó anteriormente, el Consejo de Estado en providencia del 06 de agosto de 2020, proferida dentro del expediente con radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, expresó que con el fin de determinar si un daño podía catalogarse como antijurídico y adicionalmente, ser imputable a la administración, resultaba necesario examinar el carácter injusto de la privación de la libertad, a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, puesto que, el hecho que una persona resultara privada de la libertad y a la postre, terminara con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, sino que era 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 Wilson Alape Conde fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con preclusión de la investigación por atipicidad del hecho investigado, lo anterior conforme a la solicitud de preclusión elevada por Fiscalía Primera Seccional del Guamo - Tolima³⁷ con fundamento en que “(...) se sustentó la petición en la causal de atipicidad se estableció que esta persona es adicta, se extingue la acción penal a su favor, se ordena la libertad inmediata siempre y cuando no esté solicitado por otro despacho” y en la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, la cual se encuentra contenida en el acta de audiencia de preclusión en la que se consignó:³⁸

“(...) RESUELVE: DECRETAR la PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PENAL a favor de WILSON ALAPE CONDE, (...), apodado “POCHOLO”, hijo de Ángel Alape y María Lucrecia Conde, nació el 5 de septiembre de 1992, edad 24 años, unión libre con María Katherine Celes (...) por la conducta punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, porque la fiscalía probó la causal invocada – atipicidad del hecho investigado-señalada en el artículo 332, numeral 4 Ley 906 del 2004, y por las razones expuestas, como consecuencia de lo anterior se declara la

³⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁶ 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).

³⁷ Visto en los folios 194 y 195

³⁸ Visto en los folios 23-24.

EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL por la conducta punible reseñada. Como consecuencia de lo anterior, se REVOCAR (sic) la medida de aseguramiento de detención preventiva, impuesta el 16 de febrero del 2016, por el Juez Primero Promiscuo Municipal de Natagaima Tolima, y su libertad inmediata, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad. La presente decisión hace tránsito a cosa juzgada. (...)

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó CD que contiene las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Natagaima- Tolima, radicadas bajo el No. 733196099040201600033, 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 – 15 de febrero de 2016 - por lo que la investigación fue adelantada contra Wilson Alape Conde por el delito de Tráfico , Fabricación o Porte de estupefacientes, por la Fiscalía 67 Local de Natagaima-Tolima (Tolima), autoridad que solicitó la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Natagaima (Tolima), pero finalmente, el conocimiento del proceso penal, le correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Conocimiento de Guamo (Tolima), operador judicial que luego, en virtud a la solicitud elevada por la Fiscalía Primera Seccional del Guamo, decretó la preclusión de la investigación y en consecuencia la extinción de la acción penal el 26 de abril de 2016.

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, se observa que el 16 de febrero de 2016, se desarrolló la audiencia preliminar de la legalización de la captura en flagrancia, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Natagaima, en la cual se indicó como hechos que dieron origen a la captura en flagrancia del demandante, los siguientes que constan en el informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia FPJ-5:

“(…) SIENDO LAS 16:07 EL CUAL NOS ENCONTRÁBAMOS REALIZANDO PATRULLAJE POR EL CASCO URBANO DE NATAGAIMA, POR EL BARRIO 20 DE JULIO, CUANDO LA COMUNIDAD DEL SECTOR NOS INFORMÓ QUE POR LA RIVERA DEL RIO MAGDALENA ESTABAN VENDIENDO VICIO, BAJAMOS POR UNA PENDIENTE AL RIO MAGDALENA, CUANDO OBSERVAMOS A TRES SUJETOS EN ACTITUD SOSPECHOSA, DONDE DE INMEDIATO NOS ACERCAMOS SE LES SOLICITO UN REGISTRO A PERSONAS, A LOS SEÑORES QUIENES MANIFESTARON LLAMARSE CAMILO LOAIZA MATONA, EL SEÑOR ANDRÉS FELIPE NAVARRO Y EL SEÑOR WILSON ALAPE CONDE, QUIEN PORTABA UNA MOCHILA DE COLOR CAFÉ, QUE EN SU CONTENIDO SE LE HALLÓ UNA BOLSA PLÁSTICA TRASPARENTE, CON 34 SOBRES, QUE POR SU OLOR, CONTEXTURA SE ASEMEJA AL BAZUCO, Y OTRA BOLSA PLÁSTICA CON 02 SOBRES QUE POR SU OLOR, CONTEXTURA SE ASEMEJA A LA MARIHUANA, UN CUCHILLO, Y 10.000 MIL PESOS EN MONEDAS DE 500 PESOS MONEDA COLOMBIANA, AL PARECER DEL PRODUCIDO DE LA VENTA DE ESTA SUSTANCIA. SE DEJA COMO OBSERVACIÓN, QUE ESTE SUJETO AL SER SORPRENDIDO, INTENTA PONER RESISTENCIA, PARA NO SER CONDUcido, DE INMEDIATO FUE TRASLADADO A LA ESTACIÓN DE POLICÍA NATAGAIMA, COMO A LOS OTROS SUJETOS, EL CUALES FUERON IDENTIFICADOS COMO MENORES DE EDAD Y ENTREGADOS A SUS PADRES DE FAMILIA”

Dentro del proceso, se evidencia que en la audiencia concentrada celebrada el día 16 de febrero de 2016, se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario a Wilson Alape Conde por parte del Juez de control de garantías; por el delito

de autor del delito de Fabricación, tráfico o porte de estupefacientes, prevista en el artículo 376 inciso 2º del Código Penal, por el verbo rector de “portar”.

Luego, el 11 de marzo de 2016 el Fiscal Primero Seccional de Guamo presentó escrito de acusación en contra de Wilson Alape Conde (Fol. 184-192), como autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes, con base en los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada:

- Testimonios de: Daniel José Álvarez, Uniformado Adscrito a la Estación de Policía De Natagaima; Cabo Primero Jhon Jairo Amaya Álvarez, Adscrito Al Ejercito Nacional, Batallón Jaime Rooke; Investigador: William Alexander Ramírez Campos, Adscrito Al Cuerpo Técnico De Investigaciones Del Guamo.
- Perito: Fernando Aranda Molano, Adscrito al Cuerpo Técnico De Investigaciones Del Guamo
- Informe de la Policía De Vigilancia Del 15 De Febrero De 2016 Y Sus Anexos, Suscrito Por El Patrullero Daniel José Álvarez
- Informe Ejecutivo del 15 de febrero de 2016 y sus anexos, suscrito por el investigador del C.T.I. William Alexander Ramírez
- Informes Investigadores De Campo del 15 de febrero de 2015 Suscritos por el Perito Fernando Aranda, Adscrito Al C.T.I. Del Guamo
- Informe Investigador De Laboratorio del 16 de febrero de 2016 suscrito por el Perito Arbey Betancourt Cano, Adscrito Al C.T.I. De Ibagué

No obstante, lo anterior, el día 12 de abril de 2016, la Fiscal Primera Seccional del Guamo, presentó solicitud de preclusión ante el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, quien el día 26 de abril de 2016, decretó la preclusión de la investigación penal y declaró la extinción de la acción penal.³⁹

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 las pruebas antes relacionadas es posible inferir, en primer lugar, que el delito Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, imputado a Wilson Alape Conde, en su momento tuvo respaldo en:

- i) Informe de la Policía de Vigilancia en casos de captura en flagrancia -FPJ-5 del 15 de febrero de 2016, en el que consta⁴⁰:

“(…) SIENDO LAS 16:07 EL CUAL NOS ENCONTRÁBAMOS REALIZANDO PATRULLAJE POR EL CASCO URBANO DE NATAGAIMA, POR EL BARRIO 20 DE JULIO, CUANDO LA COMUNIDAD DEL SECTOR NOS INFORMÓ QUE POR LA RIVERA DEL RIO MAGDALENA ESTABAN VENDIENDO VICIO, BAJAMOS POR UNA PENDIENTE AL RIO MAGDALENA, CUANDO OBSERVAMOS A TRES SUJETOS EN ACTITUD SOSPECHOSA, DONDE DE INMEDIATO NOS ACERCAMOS SE LES SOLICITO UN REGISTRO A PERSONAS, A LOS SEÑORES QUIENES MANIFESTARON LLAMARSE CAMILO LOAIZA MATONA, EL SEÑOR ANDRÉS FELIPE NAVARRO Y EL SEÑOR WILSON ALAPE CONDE, QUIEN PORTABA UNA MOCHILA DE COLOR CAFÉ, QUE EN SU CONTENIDO SE LE HALLÓ UNA BOLSA PLÁSTICA TRASPARENTE, CON 34 SOBRES, QUE POR SU OLOR, CONTEXTURA SE ASEMEJA AL BAZUCO, Y OTRA BOLSA PLÁSTICA CON

³⁹ Visto en los folios 23 al 24

⁴⁰ Visto en los folios 143 al 144

02 SOBRES QUE POR SU OLOR, CONTEXTURA SE ASEMEJA A LA MARIHUANA, UN CUCHILLO, Y 10.000 MIL PESOS EN MONEDAS DE 500 PESOS MONEDA COLOMBIANA, AL PARECER DEL PRODUCIDO DE LA VENTA DE ESTA SUSTANCIA.

SE DEJA COMO OBSERVACIÓN, QUE ESTE SUJETO AL SER SORPRENDIDO, INTENTA PONER RESISTENCIA, PARA NO SER CONDUcido, DE INMEDIATO FUE TRASLADADO A LA ESTACIÓN DE POLICÍA NATAGAIMA, COMO A LOS OTROS SUJETOS, EL CUALES FUERON IDENTIFICADOS COMO MENORES DE EDAD Y ENTREGADOS A SUS PADRES DE FAMILIA”

- ii) Oficio del 15 de febrero de 2016 suscrito por Integrante ARES 11 del Batallón de Infantería Número 18 del Coronel Jaime Rooke, dirigido a la Estación de Policía de Natagaima-Tolima, en el que se consignó, lo siguiente:⁴¹

“(…) Respetuosamente me permito hacer entrega del señor WILSON ALAPE CONDE identificado con numero de V031.142.652 de Natagaima, siendo las 16:07 el cual nos encontrábamos realizando patrullaje por el casco urbano de Natagaima, por el barrio 20 de julio, cuando la comunidad del sector nos informó que por la rivera del rio magdalena estaban vendiendo vicio, bajamos por una pendiente al rio magdalena, cuando observamos a tres sujetos en actitud sospechosa, donde de inmediato nos acercamos se les solicito un registro a personas, a los señores quienes manifestaron llamarse camilo Loaiza matona, el señor Andrés Felipe navarro y el señor WILSON ALAPE CONDE, quien portaba una mochila de color café, que en su contenido se le halló una bolsa plástica trasparente, con 34 sobres, que por su olor, contextura se asemeja al bazuco, y otra bolsa plástica con 02 sobres que por su olor, contextura se asemeja a la marihuana, un cuchillo, y 10.000 mil pesos en monedas de 500 pesos moneda colombiana, al parecer del producido de la venta de esta sustancia.

Se deja como observación, que este sujeto al ser sorprendido, intenta poner resistencia, para no ser conducido, de inmediato fue trasladado a la estación de policía Natagaima, como a los otros sujetos, el cuales fueron identificados como menores de edad y entregados a sus padres de familia, el señor WILSON ALAPE CONDE fue entregado a funcionario policiales para su judicialización.”

- iii) Acta de incautación de elementos varios de la Policía Nacional, en la que consta que a Wilson Alape Conde el 15 de febrero de 2016 a las 16:20 horas, se le incautaron: una mochila color café, 1 arma blanca tipo cuchillo, 2 bolsas sobres de marihuana, 34 sobres plásticos bazuco, 20 monedas de \$, para un total de \$10.000.⁴²

- iv) Informe Ejecutivo FPJ-3 suscrito por Policía Judicial, en el que consta⁴³:

“(…) Según se logró conocer que en patrullaje realizado por el casco urbano por un destacamento del batallón Jaime Rooke, los cuales fueron informados por la comunidad que a orillas del rio magdalena, por el sector del barrio 20 de julio estaban vendiendo vicio, de inmediato fueron la patrulla en las motos en donde al llegar observaron a tres sujetos, a los que al solicitarle un registro personal, uno de los muchachos tenía una muchila terciada en la cual se le encontró una bolsa pequeña con 34 sobres que por su contextura se asemeja al bazuco, y dos bolsitas que en su interior contenía una sustancia vegetal similar a la

⁴¹ Visto en el folio 145

⁴² Visto en el folio 146

⁴³ Visto en los folios 148 a 150

marihuana, de inmediato se le avisa a la estación de policía de natagaima quienes le dicen que los lleven hasta las instalaciones en donde entregan a los dos menores a sus padres y al señor WILSON ALAPE CONDE le leen los derechos del capturado”.

- v) Entrevista FPJ-14 suscrita por Jhon Jairo Amaya, quien indicó⁴⁴:

“(…)CON EL DESTACAMENTO ARES 11 ADSCRITO AL BATALLÓN DE INFANTERÍA No 18 CORONEL JAIME ROOKE DE LA SEXTA BRIGADA, NOS ENCONTRAMOS REALIZANDO LABORES DE PATRULLAJE EN EL CASCO URBANO DE NATAGAIMA POR EL BARRIO 20 DE JULIO, SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 16:07 HORAS NOS INFORMA LA COMUNIDAD DE QUE A ORILLAS DEL RÍO MAGDALENA EN EL SECTOR DEL BARRIO 20 DE JULIO ESTAN VENDIENDO VICIO, DE INMEDIATO EN COMPAÑÍA DE LOS SOLDADOS CAICEDO MELO EDER, VANEGAS OSPINA OSCAR, SÁNCHEZ VIDAL JUAN, GONZÁLEZ, IBAÑEZ BAJAMOS EN LAS MOTOS HASTA EL SECTOR EN DONDE OBSERVAMOS 3 SUJETOS EN ACTITUD SOSPECHOSA A LOS CUALES LES SOLICITAMOS UN REGISTRO A PERSONAS EN DONDE AL SUJETO WILSON ALAPE CONDE TENIA UNA MOCHILA TERCIADE EN SU CUERPO EN LA CUAL SE LE ENCONTRÓ UNA BOLSITA PEQUEÑA QUE CONTENIA 34 SOBRES QUE POR SU COLOR Y CONTEXTURA SE ASEMEJA AL BAZUCO, TAMBIEN 2 BOLSITAS QUE EN SU INTERIOR CONTENÍAN UNA SUSTANCIA QUE POR SU COLOR Y CONTEXTURA SE ASEMEJA A LA MARIHUANA, DE IGUAL FORMA SE ENCONTRÓ UNA PUÑALETA Y \$10.000 EN MONEDAS DE DENOMINACIÓN \$500, LAS OTRAS DOS PERSONAS QUE ESTABAN CON WILSON ALAPE CONDE TAMBIÉN SE LES EFCTUÓ EL REGITRO A PERSONAS Y A ELLOS NO SE LES ENCONTRÓ NADA EXTRAÑO, DE INMEDIATO YO COMUNIQUÉ LA SITUACIÓN A LA ESTACIÓN DE POLICÍA DE NATAGAIMA DONDE ME DICEN LOS AGENTES DE POLICÍA QUE TRASLADÉ A LOS SUJETOS HASTA LAS INSTALACIONES POLICIALES, EL SUJETO WILSON ALAPE CONDE SE REHUSA A SER TRASLADADO ENTONCES EN COMPAÑÍA DE LOS SOLDADOS PROCEDEMOS A MONTARLO EN LA MOTO JUNTO CON LOS OTROS DOS SUJETOS Y LOS LLEVAMOS HASTA LAS INSTALACIONES POLICIALES UNA VEZ ALLÍ QUEDAN A DISPOSICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE LA POLICÍA NACIONAL(…)”

- vi) Informe investigador de campo FPJ-11 del 15 de febrero de 2016, suscrito por Criminalística del CTI, Fernando Aranda Molano, en el que se aprecia⁴⁵:

“(…) Se toma una (01) muestra, que se embala en bolsa de papel, se rotula con el adhesivo No F-01227111 este a su vez se introduce en una bolsa de manila numerada con el consecutivo F-01 244805, finalmente la bolsa se asegura con la cinta de seguridad No F-01246909, la que será enviada por el suscrito al laboratorio de Química del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con sede en Ibagué, para su estudio técnico científico. Mediante oficio 282.-(...)”

De la sustancia vegetal, se toma una mínima cantidad, se somete a la siguiente prueba: Se coloca una mínima cantidad de sustancia sospechosa en un tubo de ensayo. Seguidamente se añade diez (10) gotas del reactivo Duquenois y se agita durante un minuto. Se añade de igual forma diez (10) gotas de reactivo

⁴⁴ Visot en el folio 155 al 157

⁴⁵ Visto en los folios 158 al 164

Ácido clorhídrico, se deja en reposo un minuto. Se observa la aparición de un color que está en la gama del azul al violeta oscuro en la parte inferior del tubo, Indica prueba preliminar positiva de cannabis y derivados. (...)”

- vii) Informe de investigador de campo en el que se realizó la fijación fotográfica de los elementos incautados.⁴⁶
- viii) Informe de investigador de laboratorio -FPJ-13 del 16 de febrero de 2016, en el que consta⁴⁷:

“(..).La sustancia se somete a la siguiente prueba: Se toma la mínima cantidad de sustancia en una lámina escavada: se agregaron 3 gotas de agua (se agito) le añadimos 2 gotas de tanred: se obtuvo precipitado amarillo lechoso, lo que nos indica prueba preliminar positiva para alcaloides. A mínima cantidad en una lámina escavada: se agregaron 5 gotas de Scott: se obtuvo un precipitado azul turquesa, lo que indica resultado parcial positivo. Luego se añadió dos gotas del reactivo ácido clorhídrico se agito desapareciendo el precipitado azul turquesa tomándose en una solución de color rosado. Finalmente se añadió 5 gotas del reactivo cloroformo, se agito observándose la coexistencia del color turquesa y el rosado lo que nos indicó prueba preliminar positiva para cocaína y sus derivados(...)”

Por tanto, 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, con una posible pena de 64 meses a 108 meses 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 del actor 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 los circunstancias jurídicamente relevantes de su imputación, **por consiguiente resultaba justificada y proporcional la medida de aseguramiento que fue impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo con funciones de Control de Garantías de Saldaña - 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.**

Aunado a lo anterior, se considera que la medida de aseguramiento a que fue sometido en su momento el hoy demandante, estuvo plenamente sustentada y justificada, atendiendo la naturaleza del delito que se estaba investigando; sin que haya sido arbitrara.

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

⁴⁶ Visto en los folios 165 al 168

⁴⁷ Visto en el folio 172 al 173

aseguramiento a la que fue sometido en su momento el aquí demandante, 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 Wilson Alape Conde 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.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que el actor Wilson Alape Conde padeció 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.

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, tal como lo concluyó el *a quo*, por ello, se confirmará la sentencia del 17 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, pero conforme a los argumentos expuestos en la presente decisión.

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.

Por lo anterior, se condenará a la parte demandante en las costas de segunda instancia siempre y cuando se encuentre acreditado en el proceso. Para el efecto, se señalará un (1) salario mínimo mensual legal vigente 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: CONFIRMAR la sentencia del 17 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia 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.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados⁴⁸,

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
(Ausencia con licencia)


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA


LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

⁴⁸ 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.