



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente: LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Ibagué, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-008-2017-00154-01
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: NELSON JAVIER RIVERA GUZMÁN - OTROS
Apoderado: DIANA PATRICIA ÁLVAREZ RAMÍREZ
Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
Apoderado: RENUNCIÓ
Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderado: 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 Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 7 de mayo de 2021, 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 - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, con el fin de que sea declarada administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios morales, materiales y daño a la vida en relación causados con ocasión a la privación injusta de la libertad de Nelson Javier Rivera Guzmán.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y daño a la vida en relación.

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 Nelson Javier Rivera Guzmán debió soportar un proceso penal que culminó con preclusión de la investigación el día 28 de febrero de 2017 por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo – Tolima, por el delito de fabricación, tráfico y porte de estupefacientes.

2.2 Nelson Javier Rivera Guzmán estuvo privado de la libertad bajo detención intramural y domiciliaria desde el 19 de octubre de 2016 hasta el 31 de enero de 2017, es decir, 3 meses y 12 días, lo que ocasionó perjuicios morales, materiales y daño a la vida en relación a este y a su núcleo familiar.

2.3 Que el demandante se vio en la obligación de contratar los servicios de un profesional del derecho, con el fin de ejercer su defensa dentro del proceso penal que tuvo que afrontar por los punibles que se le endilgaron, por lo que tuvo que cancelar la suma

equivalente a 13 SLMV, la cual debe ser actualizada de acuerdo con las fórmulas establecidas por el Consejo de Estado.

2.4 Que con la privación injusta de la libertad se causaron graves perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación del detenido, a su compañera permanente, madre e hija, pues, debido a esta situación humillante e injusta, tuvo que abandonar su empleo durante el lapso que duró la investigación, hasta meses después de la fecha de su reclusión y de recuperar su libertad.

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.

Señala por ello, 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 la certeza suficiente para la condena.

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.

En este asunto, en la audiencia de imputación e imposición de medidas de aseguramiento que tuvo a su cargo el juez de control de garantías, con base en las pruebas aportadas, se podía inferir de manera razonada la responsabilidad del imputado en el delito endilgado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento contra el demandante, por manera que el resultado dañoso, resulta imputable a la actuación, por lo que hay ausencia de responsabilidad de la demandada ante la carencia de nexo causal.

¹ Ver contestación en páginas 135 al 144 del cuaderno principal del expediente digital.

3.2 FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN²

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 si bien, en principio, la Fiscalía y la Rama Judicial causaron el daño, se puede asegurar que el mismo solo le es imputable al demandante, pues, su causación estuvo determinada por el comportamiento que desplegó en los hechos con los cuales se expuso ha sufrido, *en tanto* que portaba una cantidad mayor a la autorizada por la ley para su consumo diario, razón por la cual se puede inferir que sí se encontraba en el deber jurídico de soportarlo.

Que el comportamiento del actor fue la causa única exclusiva y determinante en la producción del daño que alega en la presente demanda, razón por la cual habrá de exonerarse de total responsabilidad tanto a la Rama Judicial como a la Fiscalía General de la Nación, ya que las demandadas actuaron conforme al recaudo probatorio existente para las diferentes decisiones.

Que dentro del proceso penal no se pudo comprobar el dolo del procesado en la actuación, es decir, que dicha droga haya sido para su venta o distribución; sin embargo, no se debe dejar de lado que la culpa grave es la evaluación de un comportamiento en forma abstracta en los deberes de cuidado y diligencia, en este caso la conducta es haber conservado una cantidad de marihuana superior a la autorizada por la ley, lo cual se traduce en una conducta imprudente circunstancia que impide al demandante pedir a cargo del Estado una indemnización cuando fue él mismo quien tuvo la culpa en la aplicación de la medida restrictiva de su libertad.

Y propuso las excepciones de: Cumplimiento de un deber legal; Falta de legitimación en la causa por pasiva; Ausencia de nexo causal y Falta de legitimación por activa.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 07 de mayo de 2021, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que, no hay duda de que la aprehensión del demandante, la formulación de imputación y la imposición de la medida de aseguramiento en su contra solicitada por la Fiscalía y decretada por el Juzgado con funciones de garantías, fueron razonables, proporcionales y oportunas en esa etapa procesal, dado que, de la captura en flagrancia y del material probatorio legalmente obtenido en ese momento, se podía inferir la probable participación del actor en la comisión del delito denunciado.

² Ver páginas 151 al 175 cuaderno principal expediente digital

³ Ver Documento No. 06 dentro del expediente Juzgado – Expediente digital.

Afirmó que la decisión de precluir la investigación penal contra Nelson Javier Rivera Guzmán y que, por tanto, no definió su responsabilidad penal, se fundamentó en la falta de tipicidad de la conducta; no obstante, para esta instancia es claro que la Fiscalía General de la Nación contó, desde el inicio de la investigación, con suficientes elementos que le permitían inferir razonablemente la posible participación del demandante en la comisión de una conducta delictiva.

5. RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandante, indicó que la medida de aseguramiento impuesta obedeció a que la Fiscalía no atendió el hecho de que este era un simple consumidor y no 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 el acusado 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 1ª Seccional del Guamo, solo hasta el 6 de febrero de 2017, transcurridos más de 3 meses de la captura de Nelson Javier Rivera Guzmán, retiró el escrito de acusación en su contra y solicitó la preclusión de la investigación, la cual fue aceptada por el juez de conocimiento por hallarse probada la causal de preclusión prevista en el artículo 332 numeral 4º de la Ley 906 de 2.004, denominada “*Atipicidad De La Conducta.*”

Que, la Fiscalía General de la Nación debió realizar como acto previo a la captura de los directos afectados la evaluación del caso en particular, con el fin de determinar si se trataba de un adicto o de 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 al ente investigador le asiste un deber mínimo de corroborar la información aportada por los organismos de inteligencia y cotejarlos con otros medios de prueba previo a proceder a restringir la libertad de los particulares.

Y por otro lado, sostuvo que en relación con la condena en costas, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.C.A., conforme al artículo 306 debemos interpretar el artículo 188, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso; por lo que solicitó no condenar en costas a la parte vencida porque no existe prueba que la justifique.

Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia apelada y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 1º de julio de 2021. Mediante auto del día 25 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación.

⁴ Ver documento denominado “09DemandanteRecurso” Expediente digital

El recurso se tramitó de acuerdo a lo previsto en el artículo 247 del CPACA modificado por el artículo 67 de la **Ley 2080 de 2021**.

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 Nelson Javier Rivera Guzmán en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en lugar de residencia por el delito de Fabricación, Tráfico o Porte de Estupefacientes, para luego culminar el proceso con 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*, 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, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Saldaña con Funciones de Control de Garantías durante el 19 de octubre de 2016 al 31 de enero de 2017, es decir, 3 meses y 12 días.

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

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que Nelson Javier Rivera Guzmán 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

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

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

elevada por Fiscalía Primera Seccional del Guamo - Tolima⁷, con fundamento en que “(...) *esta persona está afectando su salud personal, pero no están afectando el bien jurídicamente tutelado que es la sociedad, porque son consumidores*”⁸, por lo que el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, concluyó que existió comportamiento contrario al ordenamiento jurídico pero que este carecía de antijuricidad.

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.

De las pruebas aportadas, 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.

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

⁷ Visto en los folios 194 y 195

⁸ Audio de la audiencia de preclusión celebrada el 28 de febrero de 2017-Expediente digital

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 la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁹, y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

Lo anterior, porque si bien la investigación penal culminó con preclusión por “Atipicidad del hecho investigado”, es importante señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se podrá aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la **conducta era objetivamente atípica**¹⁰; sin embargo, en este asunto la causal de libertad no corresponde a esta última, ya que el fundamento de la solicitud de preclusión de la Fiscalía, fue que quien cometió la conducta punible, esto es, Nelson Javier Rivera Guzmán, era un consumidor, y que solo afectaba su salud personal y no el bien jurídico tutelado que era la sociedad, por lo que el juez de conocimiento avaló dicha solicitud y concluyó que aunque el comportamiento desplegado por el imputado era contrario al ordenamiento jurídico, este no se podría predicar como típico porque carecía de antijuricidad.

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 Nelson Javier Rivera Guzmán 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.

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

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

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y 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).

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 soportarlo¹¹, 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 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 riesgo¹², que dada su gravedad excede

¹¹ 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”.

¹² 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.

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 sí quien la padeció es culpable o inocente*”¹³, 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*”¹⁴. 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 estatal¹⁵.

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013¹⁶, 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

¹³ 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.

¹⁴ Corte Constitucional. *Sentencia C-037 de 1996*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁵ 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)

¹⁶ 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)

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 2016¹⁷, 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 2018¹⁸, 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 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.

¹⁷ 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).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

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 2018¹⁹, 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 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

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

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.”*²⁰

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 2019²¹, 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

²⁰ 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)

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

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 2018²², 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 2019²³, **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.”*²⁴; 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.

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 2018²⁵,

²² 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)

²³ 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.

²⁴ 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

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)

antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020²⁶, 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 Estado²⁷:

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

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

“(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la

²⁶ 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.

²⁷ 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

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

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

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

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

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

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad

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

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

“(…) R.- Las reglas de unificación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Duración de la privación	Víctima directa en SMLMV
Entre un día y un mes	Suma fija de 5 SMLMV

Hasta 2 meses	<i>Hasta 10 SMLMV</i>
Hasta 3 meses	<i>Hasta 15 SMLMV</i>
Hasta 4 meses	<i>Hasta 20 SMLMV</i>
Hasta 5 meses	<i>Hasta 25 SMLMV</i>
Hasta 6 meses	<i>Hasta 30 SMLMV</i>
Hasta 7 meses	<i>Hasta 35 SMLMV</i>
Hasta 8 meses	<i>Hasta 40 SMLMV</i>
Hasta 9 meses	<i>Hasta 45 SMLMV</i>
Hasta 10 meses	<i>Hasta 50 SMLMV</i>
Hasta 11 meses	<i>Hasta 55 SMLMV</i>
Hasta 12 meses	<i>Hasta 60 SMLMV</i>
Hasta 13 meses	<i>Hasta 65 SMLMV</i>
Hasta 14 meses	<i>Hasta 70 SMLMV</i>
Hasta 15 meses	<i>Hasta 75 SMLMV</i>
Hasta 16 meses	<i>Hasta 80 SMLMV</i>
Hasta 17 meses	<i>Hasta 85 SMLMV</i>
Hasta 18 meses	<i>Hasta 90 SMLMV</i>
Hasta 19 meses	<i>Hasta 95 SMLMV</i>
20 meses o más	<i>Hasta 100 SMLMV</i>

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

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

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

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

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

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

65.7.- Para la determinación del monto final de la indemnización de las víctimas indirectas dentro de los topes máximos antes señalados, la cuantificación deberá

estar fundamentada en las pruebas que obren en el expediente y ella deberá ser motivada según lo probado en cada caso.

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

(...)

Los perjuicios morales sufridos por las víctimas indirectas

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

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

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

Madre: Crisanta Buitrago de Díaz²⁸

Padre: Esteban Díaz Gutiérrez²⁹.

Hijos: Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz³⁰.

Hermanos: Orlando Díaz Buitrago, Ovidio Díaz Buitrago, Octavio Díaz Buitrago, Urbano Díaz Buitrago, Dídimo Díaz Buitrago, Albeiro Díaz Buitrago y Evelio Díaz Buitrago³¹.

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

77.3.- En relación con la intensidad de los perjuicios sufridos por los demandantes Ferley Vargas Díaz y Daniel Vargas Díaz, hijos de la víctima directa, los testigos Gladis Yaneth Torres Buitrago, Jairo Ramírez Ducuara y Ana Rosa Lombo Bejarano señalaron que eran menores y convivían con ella cuando fue privada de la libertad, quedaron abandonados en <<manos de los vecinos>> y agregaron que la situación los afectó mucho porque ella era la <<cabeza del hogar>>. Estas circunstancias imponen decretar a su favor el tope máximo de

²⁸ F. 22, c. 2.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Fls. 17, 18, c. 1.

³¹ Fls. 20, 21, 23, 24, 25, 26 y 27, c. 2.

*indemnización, previsto en el 50% del perjuicio moral acordado para la víctima directa. Por lo tanto, se reconocerá a favor de cada uno de estos demandantes una reparación correspondiente a **15,75 salarios mínimos legales mensuales vigentes**.*

*77.4.- En relación con los padres de **Berenice Díaz Buitrago**, los testimonios recibidos hicieron referencia genérica al sufrimiento que la detención generó en toda su <<familia>>, por lo que el perjuicio en relación con ellos se cuantificará en el 40% del perjuicio moral acordado para la víctima directa, lo que equivale a **12,60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.** (...)”³²*

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, a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 13 de octubre de 2016, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Nelson Javier Rivera Guzmán, por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en la que el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Saldaña – Tolima, impuso medida de aseguramiento en lugar de residencia.	Documental: Acta de audiencia preliminar del 13 de octubre de 2016 (página 41 al 47 del cuaderno Juzgado Penal Guamo – Expediente digital)
2. El 3 de febrero de 2017, el Fiscal Primero Seccional de Guamo presentó escrito de solicitud de preclusión ³⁴ ante el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo.	Documento: Escrito de preclusión (Páginas 57 al 59 cuaderno Juzgado Penal del Guamo – Expediente digital)
3. El día 28 de febrero de 2017, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo decretó la preclusión de la investigación penal y declaró la extinción de la acción penal. ³⁵	Documento: Acta de audiencia de preclusión (Fol. Páginas 66-67 cuaderno 02 Juzgado Penal del Guamo-Expediente digital)

³² Consejo De Estado-Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera; Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá D. C., Veintinueve (29) De Noviembre De Dos Mil Veintiuno (2021), Radicación Número: 18001-23-31-000-2006-00178-01(46681)

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)

³⁴ Páginas 57 al 59 cuaderno Juzgado Penal del Guamo – Expediente digital

³⁵ Páginas 66-67 cuaderno 02 Juzgado Penal del Guamo-Expediente digital

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que la demanda sea declarada responsable de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Nelson Javier Rivera Guzmán, dentro del proceso penal adelantado como autor del delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes.

Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no hay duda de que la aprehensión del demandante, la formulación de imputación y la imposición de la medida de aseguramiento en su contra solicitada por la Fiscalía y decretada por el Juzgado con funciones de garantías, fueron razonables, proporcionales y oportunas en esa etapa procesal, dado que, de la captura en flagrancia y del material probatorio legalmente obtenido en ese momento, se podía inferir la probable participación del actor en la comisión del delito denunciado.

Inconforme con esa decisión, la parte demandante en su recurso de apelación afirmó que la medida de aseguramiento impuesta obedeció a que la Fiscalía no atendió el hecho de que este era un simple consumidor y no 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 el acusado 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, tanto así que tuvo que precluir la investigación por hallarse probada la causal prevista en el artículo 332 numeral 4º de la Ley 906 de 2.004, denominada “*Atipicidad De La Conducta.*”

Y por otro lado, sostuvo que en relación con la condena en costas, para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.C.A., conforme al artículo 306 debemos interpretar el artículo 188, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso; por lo que solicitó no condenar en costas a la parte vencida porque no existe prueba que la justifique.

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; ii) 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 y Porte de Estupefacientes, medida de aseguramiento impuesta por

el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Saldaña-Tolima.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de derechos del capturado (Fol. 8); Audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento realizada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Saldaña-Tolima³⁶ y certificado del 10 de mayo de 2017, emitido por el Director y Asesor Jurídico del INPEC.³⁷

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que Nelson Javier Rivera Guzmán estuvo privado de la libertad en establecimiento carcelario, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **19 de octubre de 2016 al 31 de enero de 2017, es decir, 3 meses y 12 días.**

7.2. De la imputación.

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

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que Nelson Javier Rivera Guzmán 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 - Tolima⁴⁰, con fundamento en que “(...) *esta persona está afectando su salud personal, pero no están afectando el bien jurídicamente tutelado que es la sociedad, porque son consumidores*”⁴¹ y en la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, la cual se encuentra contenida en el acta de audiencia de preclusión y en el audio de la audiencia, se consignó que se avalaba la solicitud porque si bien el comportamiento estaba contrario al ordenamiento jurídico, carecía de antijuridicidad.⁴²

“(...) RESUELVE: DECRETAR la PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN en favor de (...) y en favor de NELSON JAVIER RIVERA GUZMÁN; con C.C. 1.109.492.251 de Saldaña, hijo de Jesús Enrique Rivera y Claudia Guzmán, nació el 19 de enero de 1994, edad 22 años, analfabeta, se dedicada oficios varios, soltero, residente en la Calle 14 No. 13-69 de Saldaña, de la conducta

³⁶ Página 41 docuemnto 02 cuaderno juzgado penal del Guamo- Expediente digital

³⁷ Página 19 cuaderno principal – expediente digital

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

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

⁴⁰ Visto en los folios 194 y 195

⁴¹ Audio de la audiencia de preclusión celebrada el 28 de febrero de 2017-Expediente digital

⁴² Visto en los folios 23-24.

punible de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, por atipicidad de la conducta, como lo señala el artículo 332 numeral 4 ley 906 de 2014. Como consecuencia, se decreta la EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL por la conducta punible reseñada. Ordenar la CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO en favor de EDWIN GERSON AL VAREZ SERRANO Y NELSON JAVIER RIVERA GUZMAN. La presente decisión hace tránsito a cosa Juzgada (...)”

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegaron las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Saldaña- Tolima, radicadas bajo el No. 735856000000201600140, 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 – 13 de octubre de 2016 - por lo que la investigación fue adelantada contra Nelson Javier Rivera Guzmán por el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de estupefacientes, por la Fiscalía, 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 Saldaña (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 28 de febrero de 2017.

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 13 de octubre de 2016⁴³, 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 Saldaña, y se impuso medida de aseguramiento de detención en lugar de residencia a Nelson Javier Rivera Guzmán 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 del Código Penal.

El 3 de febrero de 2017, el Fiscal Primero Seccional de Guamo presentó escrito de solicitud de preclusión⁴⁴ ante el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del Guamo, quien el día 28 de febrero de 2017, decretó la preclusión de la investigación penal y declaró la extinción de la acción penal.⁴⁵

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 Nelson Javier Rivera Guzmán, en su momento tuvo respaldo en:

- Informe de Policía de Vigilancia en casos de Captura en Flagrancia FPJ-5 del 13 de octubre de 2016,⁴⁶ en la que se consignó:

“(…) SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 00:53 HORAS DEL DIA DE HOY 13-10-2016, NOS ENCONTRABAMOS DE PATRULLA-DE VIGILANCIA CON EL INDICATIVO DE DELTA SIETE MOVIL, LA CUAL ES CONFORMADA POR EL PATRULLERO.OSCAR FERNANDO REINOZO Y PATRULLEROJUAN DIEGO CERON RIASCOS, EN LA MOTOCICLETA DE SIGLAS 220577 MOMENTOS EN LOS CUALES REALIZANDO LABORES DE PATRULLAJE POR EL SECTOR DE LA URBANIZACION ROBERTO

⁴³ Página 41 al 45 cuaderno Juzgado Penal del Circuito del Guamo- Expediente digital

⁴⁴ Páginas 57 al 59 cuaderno Juzgado Penal del Guamo – Expediente digital

⁴⁵ Páginas 66-67 cuaderno 02 Juzgado Penal del Guamo-Expediente digital

⁴⁶ Páginas 4 al 6 del cuaderno de Juzgado Penal Guamo-Expediente digital

LEIVA DONDE SE OBSERVAN DOS SUJETOS QUE SE ENCONTRABAN CARRERA 9 CENTRE CALLE 9 Y10 EN DOS BICICLETAS A LOS CUALES SE LES SOLICITA UN REGISTRO PERSONAL (REQUIZA) Y CORRESPONDEN A LOS NOMBRES DE NELSON JAVIER RIVERA GUZMAN CON CEDULA 110949251 DE SALDAÑA -TOLIMA Y ERVIN YERSON ALVAREZ SERRANO CON CEDULA 1.109.494.710 DE SALDAÑA-TOLIMA CABE RESALTAR QUE EN EL MISMO LUGAR DONDE SE ENCONTRAN LOS DOS SUJETOS ANTES MENCIONADOS SE ENCUENTRA EN EL SUELO (01) UNA BOLSA PLASTICA DE COLOR VERDE Y BLANCO A RAYAS QUE EN SU INTERIOR CONTIENE UNA SUSTANCIA NATURALDE COLOR VERDOSA, QUE POR SU OLO Y CARACTERISTICAS, SE ASEMEJAN A LA MARIHUANA. ASÍ MISMO A SIMPLE VISTA POSIBLEMENTE SUPERA LA DOSIS PERSONAL, MOTIVO POR EL CUAL SE PROCEDE A DARLE A CONOCER SUS DERECHOS COMO CAPTURADOS, ASI MISMO SE PIDE APOYO AL SEÑOR SUBTENIENTE FABIAN REYES COMANDANTE DE ESTACION PARA TRANSPORTALOS EN EL VEHICULO DE SIGLAS 220793 Y YA QUE SE ENCONTRABA EN LAS INSTALACIONES POLICIALES SE LES MATERIALIZA PARA SU RESPECTIVA JUDICIALIZACIÓN, FUE NOTIFICADA DE LA CAPTURA LA FISCAL 36 LOCAL DE SALDAÑA. SE LE INFORMA AL CTI, Y LA SEÑORA PERSONERA DE ESTE MUNICIPIO DE SALDAÑA SE LE FUERON RESPETADOS SUS DERECHOS, ASI MISMO FUE TRATADO DIGNAMENTE”

- Acta de incautación de elementos del 13 de octubre de 2016,⁴⁷ en la que se consignó:

“(...) 01 bolsa plástica a rayas color verde y blanco y en su interior una sustancia vegetal color verde por su olor y características se asemeja a la marihuana”

- Reporte de iniciación FPJ-1 del 13 de octubre de 2016 suscrito por Policía Judicial, en la que se consignó⁴⁸:

“(...) REPORTA LA POLICIA DE SALDAÑA TOLIMA QUE A LAS 00;50 HORAS DEL DIA DE HOY 13 DE OCTUBRE DIO CAPTURA A DOS PERSONAS POR PORTE DE SUSTANCIA CONTROLADAS”.

- Informe Ejecutivo FPJ-3 del 13 de octubre de 2016, en el que consta⁴⁹:

“(...) Reportó la Policía Nacional e la Estación de Policía de Saldaña, el PT REINOSO que dio Captura a dos Señores que transportaban sustancia vegetalmy parecida a la marihuana, una vez se tiene conociimnewto se procede a los actos urgentes y se traslada a la localidad de Saldaña, se realiza arraigo e individualización registro decadctilar, solicitud antecedentes y tarjeta alfabética y se sustancia vegetalmy parecida y se recibe el EMP Y EF, con registro cadena de custodia, y demás actuaciones.”(sic)

⁴⁷ Página 11 del cuaderno de Juzgado Penal Guamo-Expediente digital

⁴⁸ Página 12 del cuaderno de Juzgado Penal Guamo-Expediente digital

⁴⁹ Páginas 13 al 16 cuaderno Juzgado Penal Guamo- Expediente digital

- Interrogatorio del indiciado Erwin Gerzon Álvarez Serrano del 13 de octubre de 2016, en el que se consignó⁵⁰:

“(…) PREGUNTADO: indique es este despacho si conoce los motivos por el cual se encuentra rindiendo esta versión libre y espontánea asistido por su Abogado de confianza. CONTESTADO: Si, porque me atraparon con droga, con marihuana, es mía yo la compre, esa misma noche, yo la compre porque yo consumo marihuana desde la edad de los 8 años, hasta la fecha de hoy, no he tratado de dejar de consumir pero no he podido, la he dejado por un tiempo, pero vuelvo a consumir, yo consumí anoche marihuana a eso de las doce de la noche y ya iba para la casa, y llevaba marihuana para el resto de semana, yo iba con NELSON JAVIER RIVERA GUZMAN, los dos somos consumidores, yo le regalo para que consuma y me acompañe a consumir, por eso estábamos los dos y veníamos de consumir y la policía nos paró y yo alcance a descargar la bolsa de la marihuana, y la policía nos capturo a los dos, por eso estoy acá; la marihuana yo solo la comparto con NELSON JAVIER RIVERA GUZMAN, yo no vendo, yo no tráfico con estas cosas, solo la compro para mi dosis personal, yo me declaro adicto a la marihuana desde los 8 años de edad que la vengo consumiendo, mi madre es sabedora que yo soy adicto a la marihuana, yo no he recibido tratamiento para este problema, no he ido a ninguna fundación a rehabilitarme porque me da pena, no he hecho el deber, yo no la compre la marihuana, me la regalaron n Saldaña por el lado del campin. Yo soy muy trabajador, le ayudo a mi padre a vender empañadas, y tengo un hijo de 7 años de edad, yo soy soltero, no le hago mal a nadie, no robo, no tengo problemas con nadie. Así mismo hago Saber ante despacho que me comprometo a presentarme a la hora y fecha que su señoría las señales y la autoridad que me requiera en este proceso, Igualmente dejo como dirección de Residencia en la CR 17 CON CALLE 36 B/ 20 DE Julio Saldaña Tolima, casa residencial y al Abonado Numero Celular;3138722682. (...)”

- Informe de investigador de campo FPJ-11 del 13 de octubre de 2016, suscrito por Policía Judicial⁵¹:

“(…) MATERIAL RECIBIDO:(…) (01) BOLSA PLASTICA A RAYAS COLOR BLANCA Y VERDE EN SU INTERIOR UNA SUSTANCIA VEGETAL, POR SU OLORES Y CARACTERISTICA EJA A LA MARIHUANA. (...)”

PESO NETO: CIENTO SETENTA Y OCHO PUNTO CINCO (178.5) GRAMOS.

(...)

De cada sustancia vegetal, se toma una mínima cantidad de la sustancia 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 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. (...)”

⁵⁰ Páginas 23 al 25 del cuaderno Juzgado Penal Guamo- Expediente digital

⁵¹ Páginas 29 al 33 del cuaderno Juzgado Penal Guamo- Expediente digital

Realizada la prueba de identificación preliminar homologada PIPH se tiene que la sustancia. Índico un resultado preliminar positivo para cannabís y derivados. (...)”

- Entrevista FPJ-14 Del 13 de Octubre De 2016, de Juan Diego Cerón Riascos, Agente de Policía⁵²:

“(...) La Hora de la captura fue a las 00:50 horas en el barrio Urbanización Roberto Leyva CR 9 ENTRE CALLE 9 Y 10 de Saldaña, me encontraba de patrulla de vigilancia con el señor patrullero, observo a dos sujetos sospechosa, estaba ahí parados al lado de las dos bicicletas a quienes se le solicita un registro personal, y consulta antecedentes y en presencia de ello había una bolsa en el suelo de color verde con blanca a rayas, el compañero OSCAR REINOSO se verifica la bolsa en la cual contenía una sustancia vegetal, con olor característico a la marihuana-por lo cual se procede a Capturar a los dos estaba al lado izquierdo de la vía por Cra 9 y la bolsa el en suelo vía pública , el suelo esta pavimentado, buen alumbrado público, el sector es poblacho, no se logró observar arrojo, no mire, no sé nada como van las vías, se quedaron callados y se procede a leerles los derechos del capturado, ninguno de los dos quiso decir de quien era la marihuana, solo manifestaron que estaba consumiendo marihuana y bazuco y que eso era la dosis de ellos. No se observa más gente al alrededor. PREGUNTADO: Indique en este despacho si tiene corregir en la presente diligencia. CONTESTADO: No, Nada (...)”

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 arbitraria.

⁵² Páginas 34 al 35 del cuaderno Juzgado Penal Guamo- Expediente digital

Así las cosas, en cuanto a la responsabilidad de la administración respecto a la comisión del daño que se endilga en su contra, en este asunto no se puede predicar una conducta contraria a derecho por parte de las entidades demandadas, ya que la medida de aseguramiento a la que fue sometido en su momento 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 la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado⁵³, y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

Lo anterior, porque si bien la investigación penal culminó con preclusión por “Atipicidad del hecho investigado”, es importante señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se podrá aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la **conducta era objetivamente atípica**⁵⁴; sin embargo, en este asunto la causal de libertad no corresponde a esta última, ya que el fundamento de la solicitud de preclusión avalado por el juez de conocimiento fue que quien cometió la conducta punible, esto es, Nelson Javier Rivera Guzmán, era un consumidor, como lo expresó la Fiscal al momento de sustentar la solicitud de preclusión.

Al respecto, es importante recordar que el concepto de conducta punible se encuentra regulado en el artículo 9° de la Ley 599 de 2000, en el que se dispone: “(...) *Para que la*

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

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas y 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).

conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”, es decir, que uno de los elementos es la tipicidad la cual a su vez, se conforma por la tipicidad objetiva y subjetiva, entendiendo que la primera se refiere a que se deben de reunir las exigencias del respectivo tipo penal, en relación con el sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento(tipo objetivo), y la segunda, se refiere la manera en que se despliega la conducta, esto es, dolo, culpa o preterintención (tipo subjetivo)⁵⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha indicado frente a la tipicidad de la conducta, lo siguiente:

“(…) “Se entiende por atipicidad la adecuación de un comportamiento a la descripción de una conducta contenida en la ley penal. Por consiguiente, para que pueda pregonarse la configuración de esta categoría jurídica resulta necesario que la identidad entre el proceder investigado y la genérica consagración el tipo sea integral, es decir, que todos los aspectos considerados en la norma concurren en la acción u omisión investigada, pues si falta cualquier elemento de los contemplados en la norma no se concreta el delito y la actuación deviene atípica.

Ahora, la conducta debe ajustarse a las exigencias materiales definidas en el respectivo precepto de la parte especial del estatuto penal (tipo objetivo), tales como sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento; y de otra, debe cumplir con la especie de conducta (dolo, culpa o preterintención) establecida por el legislador en cada norma especial (tipo subjetivo)”⁵⁶.

Así las cosas, en el caso particular, para acreditar el yerro en la decisión confutada le correspondía demostrar a la recurrente la atipicidad objetiva y/o subjetiva de la conducta endilgada, de manera alternativa o concurrente pero siempre más allá de toda duda”⁵⁷

Analizando lo anterior, se puede inferir que la atipicidad objetiva se presenta cuando no se reúnen las exigencias del tipo penal, en relación al sujeto activo, acción, resultado, causalidad, medios y modalidades del comportamiento y la atipicidad subjetiva, hace relación a la intencionalidad o manera en la que despliega su actuar el sujeto activo, es decir, existe un comportamiento, pero este no reúne las condiciones del dolo, la culpa o preterintención.

Para el caso de los consumidores de estupefacientes a quienes se les ha imputado la conducta de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: *“(…) En todo caso, la función de esos ingredientes subjetivos, distintos al dolo, es la de definir el riesgo jurídicamente relevante, esto es, sirven para confirmar o rechazar la tipicidad de la conducta en el plano material dentro del proceso de imputación objetiva. (...) De esa manera, en relación con el delito de Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, el recurso a los elementos subjetivos diferentes del dolo, tiene el propósito de efectuar una restricción teleológica del tipo penal, pues no obstante que el contenido objetivo del verbo rector llevar consigo remite a la realización de la conducta penalmente relevante con el solo acto de portar las sustancias estupefacientes, psicotrópicas o drogas sintéticas, el desarrollo jurisprudencial atrás relacionado ha*

⁵⁵ CSJ, Auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664.

⁵⁶ CSJ, Auto de 23 de febrero de 2016, Rad. 46664.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal, 24 de mayo de 2017, AP3329-2017-Radicación N° 50063

reducido el contenido del injusto a la demostración del ánimo por parte del portador de destinarla a su distribución o comercio, como fin o telos de la norma”

Es decir, que el juez de conocimiento en este caso declaró la atipicidad del hecho investigado; sin que sea posible endilgar responsabilidad al Estado por la privación de la libertad del demandante bajo el régimen de responsabilidad bajo el régimen objetivo, porque no se trató de un proceso penal que terminara por atipicidad objetiva de la conducta.

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 Nelson Javier Rivera Guzmán 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 Nelson Javier Rivera Guzmán 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 7 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, 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.

La parte actora apeló lo relacionado a la condena en costas, con el argumento para hacer compatible el C.G.P. con el C.P.C.A., conforme al artículo 306 se debe interpretar el artículo 188, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso; por lo que solicitó no condenar en costas a la parte vencida porque no existe prueba que la justifique.

Frente a la inconformidad antes mencionada, se debe indicar que no es de recibo que en esta jurisdicción en materia de imposición de costas se aplica el Código General del Proceso, toda vez que, del mismo artículo 188, antes referido, se desprende que se hace tal remisión **solo** en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 1º de abril de 2016 emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la

Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comento reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia del 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia apelada el Juez condenó en costas a la parte demandante, lo cual resulta razonable puesto que las entidades demandadas debieron desplegar todo un proceso judicial para ejercer su derecho de defensa y contradicción dentro de este proceso.

Así las cosas, se insiste que no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Ahora, vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche; es decir, que se confirma la condena en costas impuesta en primera instancia.

Por otra parte, 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 7 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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.

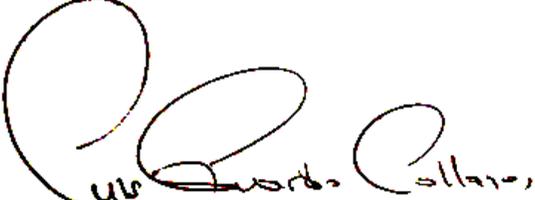
TERCERO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las constancias secretariales correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados⁵⁸,

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
(Ausente con permiso)


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA


LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

⁵⁸ 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.