Ibagué, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación Nº.:¨	73001-33-33-006-2017-000093-01
Número Interno:	0231-2021
Medio de Control:	REPARACION DIRECTA
Demandante:	JOSE ANTONIO CONDE TOCORA y Otros
Demandado:	NACION – RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 187 y 247 del C.P.A.C.A., procede la Sala Oral de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambos extremos procesales en contra de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda impetrada a través de mandatario judicial por los señores **JOSÉ ANTONIO CONDE TOCORA, LEONOR TOCORA SIERRA, PAULA ANDREA CONDE TOCORA** en nombre propio y en representación de sus hijo **CRISTIAN GUTIÉRREZ CONDE; WILLIAM CONDE TOCORA** en nombre propio y en representación de sus hijos **WILLIAM STIVEN CONDE BARRAGÁN y JUAN ESTEBAN CONDE BARRAGÁN; RAÚL ANDRÉS CONDE TOCORA** en nombre propio y en representación de sus hijos **RAÚL ANDRÉS CONDE ROMERO y JULIO CESAR CONDE ROMERO;** y, **LUIS ALFONSO CONDE TOCORA**, contra La Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones (fols. 69 c. ppal. 1).

"(…)

1- Que LA NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION. RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL es responsable administrativamente de todos los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación ocasionados a JOSE ANTONIO CONDE. TOCORA, LEONOR TOCORA SIERRA; a PAULA ANDREA CONDE TOCORA. quien actúa en su nombre y en nombre y representación de CRISTIAN GUTIERREZ CONDE; a WILLIAM CONDE TOCORA, quien actúa en su nombre y en nombre y representación de WILLIAM ESTIVEN CONDE BARRAGAN y JUAN ESTEBAN CONDE BARRAGAN; a RAUL ANDRES CONDE TOCORA. quien actúa en su nombre y en nombre y representación de RAUL ANDRES CONDE ROMERO y JULIO CESAR CONDE ROMERO; a LUIS ALFONSO CONDE TOCORA. por la detención sufrida por JOSE ANTONIO CONDE TOCORA el día 23 de marzo de 2.016, recuperando su libertad el 11 de mayo de 2.016 en el municipio de San Luis (Tol.) y hechos subsiguientes.

2. - Que como consecuencia de la anterior declaración. LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL debe pagar en forma indexada a JOSE ANTONIO CONDE TOCORA. LEONOR TOCORA SIERRA; a PAULA ANDREA CONDE TOCORA, quien actúa en su nombre y en nombre y representación de CRISTIAN GUTIERREZ CONDE; a WILLIAM CONDE TOCORA. quien actúa en su nombre y en nombre y representación de WILLIAM ESTIVEN CONDE BARRAGAN y JUAN

ESTEBAN CONDE BARRAGAN; a RAUL ANDRES CONDE TOCORA. quien actúa en su nombre y en nombre y representación de RAUL ANDRES CONDE ROMERO y JULIO CESAR CONDE ROMERO; a LUIS ALFONSO CONDE TOCORA. la totalidad de los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación, de conformidad con la liquidación que de ellos se haga más adelante.

3. - Que la demandada cumpla la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

4. - Por las costas y gastos del proceso.

(…)"

2. Fundamentos fácticos (fols. 69-72 Cdo. Ppal 1)

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos relevantes:

- Indicó que el señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, debió soportar un proceso penal que culminó con preclusión de la investigación proferida el día 13 de julio de 2.016, por el Juzgado Penal con Funciones de Conocimiento del Guamo (Tol.), por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.

- Manifestó que, JOSE ANTONIO CONDE TOCORA estuvo privado de la libertad bajo detención intramural, desde el 23 de marzo de 2.016 hasta el día 11 de mayo de 2.016, es decir, 1 meses y 19 días, lo que ocasionó perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación a éste y a su núcleo familiar.

- Aseveró que JOSE ANTONIO CONDE TOCORA debió cancelar de su peculio el valor de los honorarios profesionales de abogado para la respectiva defensa penal que se adelantó en la Fiscalía 46 Seccional del Guamo (Tol.) y el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Conocimiento del Guamo (Tol.). radicado73319600048120160034. N.L 2.016-00077-00. por el delito fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, que de acuerdo con lo establecido por la Corporación Colegio Nacional de Abogados "CONALBOS" en Resolución No. 02 del 30 de Julio de 2.002, por medio la cual se estableció la tarifa de honorarios profesionales para el ejercicio de la profesión de abogado en derecho penal, corresponde a 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cifra que debe ser actualizada de acuerdo con las fórmulas de las matemáticas financieras empleadas por el honorable Consejo de Estado.

- Afirmó que la privación injusta de JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, causó graves perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación del detenido, su madre, sus hermanos y sus sobrinos, pues se encontraron ante una situación humillante e injusta, la cual se agravó pues el afectado, por circunstancias ajenas a su voluntad, debió dejar abandonado su empleo durante el lapso que duró la investigación, hasta meses después de la fecha de su reclusión y puesta en libertad.

- Agregó que el directo afectado se desempaña como agricultor con lo que devengaba un salario mínimo mensual de $737.716, el cual dejó de percibir desde el mismo instante en el que fue privado de la libertad (1 mes y 19 días), y por los siguientes 10 meses, tiempo que permaneció desempleado mientras encontraba un trabajo una vez fue puesto en libertad.

3. Contestación de la demanda:

3.1 Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial (fls. 92-103 Cdo ppal. 1)

Admitida la demanda mediante proveído del 21 de marzo 2017[1], la vocera judicial del Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial, descorrió oportunamente el traslado de la misma, precisando que con fundamento en las previsiones del artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, el Consejo de Estado profirió la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013, en la que, entre otros aspectos destacó que se ampliaba la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente con base en un título objetivo de imputación, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo del principio *in dubio pro reo*, de manera tal que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente, e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.

Por lo anterior destacó que cuando una persona es sometida a una medida privativa de la libertad y posteriormente es absuelta, sin importar la ley penal bajo la cual se tramitó el respectivo proceso penal, o la causal por la cual se profirió la absolución, habrá lugar a responsabilidad del Estado, en aplicación de la teoría del daño especial.

Precisó que la anterior orientación jurisprudencial varió a partir de la sentencia expedida el 10 de agosto de 2015, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio, Rad. 54001233100020000183401 (30134), donde se adoptó otra posición y cuyo eje está enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal, como podría ser la aplicación del *in dubio pro reo,* esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor.

En cuanto al caso *sub lite* precisó que, la sentencia absolutoria proferida dentro del presente asunto, por el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo - Tolima, se hizo con fundamento en que el Fiscal Seccional, retiró los cargos formulados en la acusación, conforme al artículo 332 N° 5 *(Ausencia de intervención de los imputados en el hecho investigado)* del C.P.P L/906/2004, y solicitó que se decretara la preclusión de la investigación penal a favor de José Antonio Conde Tocora.

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

Destacó que la teoría presentada por la Fiscalía al inicio del juicio oral no encontró respaldo en las pruebas legalmente recaudadas y arrimadas al proceso, por cuanto además tuvo falencias de tipo probatorio que conllevaron a que el Juez con Funciones de Conocimiento no pudiese emitir sentencia condenatoria ante el hecho de que no se encontraba demostrada la participación del convocante.

Subrayó que el Juez con Funciones de Control de Garantías actuó durante el proceso penal, cumplió las funciones que le asigna la ley 906 de 2004, las audiencias por él dirigidas fueron audiencias preliminares, en las cuales, no se discute la responsabilidad

---

[1] Ver fls. 74

penal de los imputados, por cuanto el Juez con Funciones de Control de Garantías trabaja con elementos 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 a los accionantes obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Finalmente propuso las excepciones que denominó inexistencia de perjuicios, ausencia de nexo causal, y la innominada o genérica.

3.2 Fiscalía General de la Nación (fls. 110-123 Cdo. Ppal 1)

Por conducto de mandataria judicial, el ente acusador dio respuesta oportuna a las pretensiones del extremo activo, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, considerando que no es posible declarar la responsabilidad de su representada, pues del análisis del presente proceso no se evidenció una actuación arbitraria, ni mucho menos existió error judicial o un defectuoso funcionamiento de la administración como pretende hacer ver el demandante en el presente proceso.

Asimismo, objetó la cuantía y juramento estimatorio de los perjuicios razonados por el apoderado de la accionante, señalando que frente a los perjuicios morales solicitados por el demandante los mismos deben ser tasados con base a los pronunciamientos del Consejo de Estado, esto en caso de considerar una sentencia condenatoria para la Entidad.

En cuanto a la solicitud de la parte demandante de la indemnización por los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, argumentó que el extremo demandante no prueba el rubro peticionado, por tanto, solicita se deniegue la pretensión anunciada o se tenga en cuenta como base el salario mínimo legal vigente para la respectiva liquidación. Igualmente, por el concepto de daño emergente, indicó que no es procedente el pago de una indemnización por este concepto, toda vez, que no es de recibo la simple mención que hace el demandante frente a la regulación de honorarios por 13 S.M.L.M.V. por parte del Colegio Nacional de Abogados.

Por último, propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la casusa por pasiva, ausencia de daño antijurídico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación, inexistencia del nexo de causalidad y cumplimiento de un deber legal.

4. La sentencia impugnada

Lo es la proferida el 15 de febrero de 2021 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de esta ciudad que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Luego de relacionar cada una de las pruebas allegadas al proceso penal y al expediente administrativo, indicó la jueza de instancia que surge razonable el reproche jurídico de la parte aquí demandante, en tanto y en cuanto las circunstancias en que se presentó la captura del señor José Antonio Conde Tocora, no tenían la fuerza suficiente como para determinar la necesidad de la privación de la libertad del acusado, máxime cuando no era éste quien portaba el arma de fuego incautada, siendo incontrovertible que el acto que se espera por parte del ente acusador y del juzgador es que se verifique mínimamente la conducta punible y como consecuencia, la necesidad de privar de la libertad a una persona.

Asimismo, señaló la juez de instancia que no es posible irrogar dolo o culpa grave al señor José Antonio Conde Tocora, o precisar que su conducta dio lugar a la investigación penal y la medida de aseguramiento, pues éste desconocía que su acompañante portaba un arma de fuego, sin que fuera además evidente la presencia de ésta, pues el señor Exequiel Galeano Muñoz la llevaba dentro de un bolso, y sólo al momento de la requisa se notó la presencia de ella, sin que exista

violación alguna al deber de cuidado, pues no podía exigírsele que se percatara del contenido del mencionado maletín, por no ser de su propiedad, siendo una carga que no se encontraba obligado a soportar.

Tales consideraciones, fueron más que suficientes para que la Juez de instancia estableciera el juicio de responsabilidad Estatal, abriendo paso a los pedimentos demandatorios y el correspondiente deber resarcitorio del Estado, por el ocasionamiento de un daño antijurídico imputable objetivamente al actuar Estatal.

En razón a lo anterior el Juzgado *a quo* declaró la responsabilidad de las entidades demandadas frente al cargo de privación injusta de la libertad y condenó a la Nación- Rama judicial y la Fiscalía General de la Nación al reconocimiento y pago de los perjuicios morales a favor de JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, LEONOR TOCORA SIERRA, PAULA ANDREA CONDE TOCORA, WILLIAM CONDE TOCORA, RAÚL ANDRÉS CONDE TOCORA y LUIS ALFONSO CONDE TOCORA, y por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, ordenó el pago de la suma de un millón cuatrocientos ochenta y tres mil novecientos veinticinco pesos ($1.483.925), a favor del señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA.

5. Fundamentos de la impugnación

5.1 Parte demandante

Oportunamente el apoderado del extremo activo recurrió la sentencia de primera instancia mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con el fin de que sean reconocidos los perjuicios morales a los sobrinos del señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, teniendo en cuenta que se encuentra demostrado en el *sub examine* el parentesco existente entre este y los sobrinos, según los registros civiles de nacimiento, además, en las declaraciones rendidas por los testigos ANA INES CAMPOS SANCHEZ y LAUREANO TOCORA ORTEGON, se indicó claramente la relación de afecto existente entre JOSE ANTONIO CONDE TOCORA y sus sobrinos, por lo tanto, tales pruebas establecen el vínculo afectivo con el directo afectado y sus familiares, así como la afectación sufrida por estos como consecuencia de la detención sufrida por el afectado.

Asimismo, manifestó su inconformidad con la liquidación de los daños materiales en la modalidad de lucro cesante, y la postura del *A quo* de no reconocer el incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales, además del reconocimiento de 10 meses más luego de que el accionante obtuviera su libertad, en consideración al tiempo que presuntamente tardaría en obtener un empleo.

Por último, indicó no estar conforme con la decisión de la jueza de instancia por no reconocer los honorarios que se cancelaron por concepto de servicios profesionales al abogado defensor, pues el directo afectado debió sufragar de su peculio los gastos que implican los honorarios profesionales del profesional del derecho que lo asistió en el curso del proceso penal; por tanto, dicho costo en justicia y equidad, también debe ser resarcido, de acuerdo con lo establecido por la Corporación Colegio Nacional de Abogados “CONALBOS” en Resolución No. 02 del 30 de Julio de 2.002, por medio la cual se estableció la tarifa de honorarios profesionales para el ejercicio de la profesión de abogado en derecho penal, que corresponde a 13 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

5.2 Fiscalía General de la Nación

Oportunamente el apoderado del ente acusador recurrió la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, reiterando todas las apreciaciones expresadas en la demanda y los alegatos de conclusión que fueron presentados en su oportunidad.

Precisó que, la investigación penal en la cual se vio involucrado el señor JOSÉ ANTONIO CONDE TOCORA tuvo su origen en la captura y en el informe de los Agentes de la Policía Nacional, quienes el día 22 de marzo de 2016 realizaron la captura en flagrancia del antes citado y tres personas más, a quienes se les halló en su poder dos armas de fuego, sin exhibir el permiso para porte o tenencia de las mismas, motivo por el cual fueron judicializados por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones.

Por lo anterior, consideró que en el momento de la imposición de la medida de aseguramiento estaban dados los requisitos para adoptarla, por lo tanto, no puede afirmarse que la misma fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria y mucho menos, que la privación de su libertad fue injusta.

Aclaró que la actuación penal surtida en contra del señor JOSÉ ANTONIO CONDE TOCORA, se adelantó de conformidad con la ley 906 de 2004, advirtiendo que dentro del sistema penal acusatorio, la Fiscalía General de la Nación es una parte más del proceso penal, y no es esta quien impone la medida de aseguramiento, sino que es al Juez de Control de Garantías a quien corresponde imponer la misma, lo que en efecto en el presente caso sucedió; existiendo entonces Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva de la Fiscalía, en atención a que la solicitud elevada por el delegado de la Fiscalía, cumplió con todos los requisitos exigidos por la Ley para solicitar la medida de aseguramiento, y es el Juez de Control de Garantías quien tenía la potestad de decretar o no la medida de aseguramiento previamente solicitada.

Respecto de la condena en costas, solicitó su revisión, pues arguye que las mismas deben estimarse de manera razonada conforme a justas reglas y claros lineamientos, pues no se trata de un mero requisito formal que deba ir en la sentencia; sino que debe obedecer a las razones jurídicas para la cual fueron instituidas.

5.3 Consejo Superior de la Judicatura – Rama Judicial

Reiteró que, las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal al que resultaron vinculados los accionantes, se emitieron en cumplimiento de la ley y la Constitución Política, y la medida de aseguramiento decretada en su contra, se dictó con fundamento en los elementos probatorios, e información legalmente obtenida, exhibida por la fiscalía, razón por la cual, no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por los accionantes y la actuación de la Rama Judicial, máxime cuando fue justamente el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento que absolvió al condenado de los cargos endilgados por la Fiscalía; declaración en virtud de la cual, el procesado recobró su libertad, de manera que no puede deducirse responsabilidad de la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por la actuación del Juez.

Así mismo, solicitó acoger la tesis con respecto a la exoneración de responsabilidad del Estado, en los casos en que al haber existido privación de la libertad de una persona la misma se encuentra justificada por haber influido la "culpa exclusiva de la víctima" en la producción del daño irrogado.

Por otra parte, solicitó sea revocada la decisión a través de la cual se condenó a esta entidad al pago de perjuicios morales y materiales, y adicionalmente la condena de costas y agencias en derecho, como aparece en el numeral 1º al 9º de la sentencia recurrida.

III. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 13 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales, y en aplicación al numeral 5º del artículo 247 del

CPACA modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, ingresó el expediente al Despacho el 10 de junio de 2021, para proferir sentencia, sin que las partes se hubieran pronunciado respecto de los recursos de apelación, ni alegatos de cierre.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Competencia.

Es competente esta colegiatura para desatar la apelación contra la sentencia proferida el pasado 15 de febrero de 2021 por el Juzgado Sexto (6°) Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según voces del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir que son apelables las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

Conforme con lo señalado en los recursos de alzada, corresponde a la Sala determinar, si se configuran o no todos y cada uno de los elementos constitutivos de responsabilidad administrativa en contra de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los presuntos daños y perjuicios reclamados por los demandantes, como consecuencia de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramural dictada en contra del señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, desde el 23 de marzo de 2.016 hasta el día 11 de mayo de 2.016, es decir, 1 meses y 19 días.

Si una vez realizado el estudio, la Sala considera que existe responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, determinará a continuación si resulta procedente el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios morales a los sobrinos del demandante, así como el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, teniendo en cuenta para su liquidación el incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales, y 10 meses más por el tiempo que tardó en conseguir empleo el señor Conde, una vez recobró su libertad, y finalmente, si resulta procedente el reconocimiento del daño emergente por los honorarios cancelados al abogado defensor en el proceso penal; perjuicios estos que fueron negados por la juez A- quo.

3. Tesis planteadas.

3.1. Tesis de la parte demandante.

Sostuvo que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN deben ser declaradas responsables de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales causados por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, durante el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2016 hasta el 11 mayo del mismo año, para un equivalente a 1 mes y 19 días, pues el proceso penal seguido en su contra culminó con la preclusión ordenada por el Juez Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento del Guamo – Tolima, previa solicitud de la Fiscalía 46 Seccional del Guamo.

3.2 Tesis de la parte demandada.

3.2.1. Nación – Rama Judicial.

Precisó que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL no puede ser declarada responsable, pues el proceso penal seguido en contra del demandante culminó con su absolución, dado el retiro de los cargos por parte de la Fiscalía Seccional, conforme al artículo 332 N° 5 *(Ausencia de intervención de los imputados en el hecho*

investigado) del C.P.P L/906/2004, y su solicitud de preclusión de la investigación penal a favor de José Antonio Conde Tocora.

3.2.2 Fiscalía General de la Nación.

Aseveró que no se configuran los elementos de la responsabilidad administrativa en cabeza del ente acusador, por cuanto la investigación seguida contra el señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA se surtió en vigencia de la Ley 906 de 2004, norma en la que la función de imponer medida de aseguramiento recae en el Juez de Control de Garantías, es decir, que si bien es cierto la Fiscalía solicitó la medida de aseguramiento, también lo es que fue el Juez Segundo Penal Municipal con funciones de Garantías de Espinal – Tolima, quien la decretó, privando de la libertad al señor Conde Tocora.

3.2.3 Tesis del Juzgado de Primera Instancia.

Consideró que las pretensiones incoadas en la demanda cuentan con vocación de prosperidad, pues en el curso del proceso se acreditó que la privación de la libertad de que fue objeto el señor José Antonio Conde Tocora tuvo el carácter de injusta, premisa frente a la cual no avizoró que independientemente de la antijuridicidad de la privación, haya sido la conducta del indiciado la que dio lugar a la investigación por haber actuado con dolo o culpa grave, por lo cual procedió a la indemnización de perjuicios a favor de los demandantes, respecto de los cuales sólo se reconoció los daños morales y materiales en la modalidad de lucro cesante, negando el reconocimiento de los demás, por no haberse acreditado la configuración de daños de otro tipo.

4. Tesis del Tribunal.

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, la Sala considera que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL y LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN deben ser declaradas patrimonial y administrativamente responsables de los daños y perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA LOZANO quien finalmente fue puesto en libertad, por que la Fiscalía retiró los cargos, conforme al artículo 332 N° 5 *(Ausencia de intervención de los imputados en el hecho investigado)* del C.P.P L/906/2004, y solicitó la preclusión de la investigación penal a favor de este.

En cuanto a los daños morales solicitados a favor de los sobrinos del señor JOSE ANTONIO CONDE y los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, se confirmará la decisión proferida por la Juez A quo, que negó el reconocimiento y pago de las mismas, asimismo, se confirmará la liquidación del lucro cesante realizada por la juez de instancia, en tanto negó el incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales y los 10 meses adicionales al tiempo que duró privado de la libertad, tiempo en que tardó en conseguir empleo, según lo afirma el demandante.

5. Desarrollo de la Tesis de la Sala.

5.1.- La responsabilidad patrimonial del Estado.

5.1.1. De la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012 y de 23 de agosto del mismo año.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "*superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen*".

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.

Cabe precisar adicionalmente que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*". Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "*atribución*", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta".

5.1.2. Evolución jurisprudencial del régimen de responsabilidad aplicable a asuntos de privación de la libertad

En torno a la privación injusta de la libertad, varias han sido las líneas jurisprudenciales diseñadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado sobre el tema:

i) Una primera, que podría calificarse de restrictiva, parte del entendido de que la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad de las personas se fundamenta en el error judicial, que se produce como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonada, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez, que causa perjuicios a sus coasociados[2]. Posteriormente, se dice que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención[3].

ii) Una segunda línea entiende que cuando se da la absolución porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró que, en tales eventos, la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad y que, en los casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se debe exigir al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado del carácter "*injusto*" e "*injustificado*" de la detención.

[2]Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 1992 (expediente 7058).

[3] Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio de 1994 (expediente 8666).

En el marco de esta segunda línea jurisprudencial, que se dio en vigencia del artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), se entendió que tal norma (el artículo 414) contenía dos preceptos[22]: el primero, previsto en su parte inicial, señalaba que "*quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios*", disposición que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad estatal por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual requería su demostración, bien por error o bien por ilegalidad de la detención; el segundo, en cambio, tipificaba los tres precitados supuestos -absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, los cuales, una vez acreditados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, evento en el que no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.

iii) Una tercera tendencia jurisprudencial morigera el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una carga que todas las personas deben soportar por igual, pues ello implica imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada; además, amplía el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad a los eventos en que el sindicado sea exonerado de responsabilidad en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo.*[4]

Es decir, la Sala ha venido acogiendo el criterio objetivo, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configura cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de *in dubio pro reo* o alguna causal de justificación penal[5], sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia.

En otras palabras, en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dieron los supuestos legales que determinan su desvinculación de la investigación penal, porque la absolución o la preclusión de la investigación obedeció a que el hecho no existió, a que el sindicado no lo cometió, o a que no era delito, o a la aplicación de la figura del *in dubio pro reo,* o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, esa Corporación entiende que se está frente a un daño imputable al Estado, por privación injusta de la libertad, el cual debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política; no obstante, también sostiene que, si se presenta un evento diferente a éstos, debe analizarse si la medida que afectó la libertad fue impartida "injustamente" (C-037/96), caso en el cual el ciudadano debe ser indemnizado por no estar en el deber jurídico de soportarla.

También ha precisado la Sección Tercera que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad, en casos de privación de la libertad, el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.[26]

Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que regía mayoritariamente en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con especial

---

[4] Sección Tercera, sentencia de 18 de septiembre de 1997 (expediente 11754).

[5] Sin embargo, se encuentran sentencias como la del 9 de septiembre de 2015 (expediente 38.226), por medio de la cual la Subsección A de la Sección Tercera, al pronunciarse sobre la privación de la libertad de una persona que, posteriormente, fue absuelta con fundamento en que su actuación obedeció al estado de necesidad, negó las pretensiones por considerar configurada la causal eximente de responsabilidad del Estado, consistente en el hecho de la víctima.

énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354) cuyos argumentos se permite la Sala sintetizar en los siguientes términos:

5.1.2.1 Régimen de responsabilidad patrimonial radicado en el artículo 90 de la Constitución Política.

En aquella oportunidad, la Sección Tercera señaló, entre otras cosas, que no es posible sostener que un precepto de carácter infraconstitucional (haciendo referencia al derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) limite el alcance del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado contenido en el artículo 90 de la Carta Política; no obstante, asintió la posibilidad de que una norma de dicha categoría legal precise los postulados constitucionales, resaltando que:

> *"No resulta constitucionalmente viable ni argumentativamente plausible, en consecuencia, sostener que un precepto con fuerza de ley —como el Decreto 2700 de 1991, concretamente en su artículo 414— pudiere contar con la virtualidad necesaria para restringir los alcances que a la responsabilidad del Estado le vienen determinados directamente desde el artículo 90 de la Carta Política, pues (sic) según lo han señalado tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional, los parámetros a los cuales se ciñe la responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas son los estructurados por el artículo 90 de la Carta, que pueden ser precisados,* ***mas no limitados****, por una norma infraconstitucional[6]; en otros términos y '[E]n (sic) definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, (sic) interpretaciones de normas infraconstitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene'[7], (sic) por consiguiente, ni el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ni alguna otra disposición de naturaleza legal podría constituir el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad. Tales dispositivos legales podrían precisar, pero de ninguna manera limitar y menos reemplazar la eficacia directa, vinculante y preferente de los dictados que contiene el artículo 90 de la Constitución Política".*

En esa ocasión, la Sala no se contrapuso a los argumentos expuestos en la transcrita sentencia y más bien confirmó la imposibilidad de otorgar o reconocer virtualidad jurídica a un precepto de carácter legal para limitar supuestos contemplados en la Constitución Política; de hecho, reiteró dicha postura jurisprudencial, al tiempo que ratificó que, en todo caso, tales supuestos sí pueden ser precisados y aclarados por el legislador, como ocurre -a su juicio - a la luz de los postulados del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, según el cual:

---

[6]"La jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo demás, así lo explicitó, de manera rotunda, en pronunciamiento posterior a la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996 -sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero-, en el cual dejó claro que, frente a las previsiones legales que regulen la responsabilidad del Estado, siempre puede -y debe- ser aplicado, directamente -cuando sea necesario-, el artículo 90 de la Constitución, como pilar fundamental del régimen colombiano de responsabilidad patrimonial de las autoridades públicas. Las disposiciones contenidas en normas infraconstitucionales que regulen la materia no excluyen, por tanto, la posibilidad -que es, al mismo tiempo, obligación- de que el juez de lo Contencioso Administrativo aplique todos los regímenes de responsabilidad que encuentren arraigo directo en el artículo 90 constitucional, en todos los casos, asimismo, encuadrables directamente en el tantas veces referido mandato superior.

En tales circunstancias, y conforme a todo lo anterior, se concluye que frente a la norma impugnada [que lo era el artículo 50 de la ley 80 de 1993, de conformidad con el (sic) *cual 'Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicio a sus contratistas'] son totalmente pertinentes las reflexiones efectuadas por la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 65 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*
"(…)
"Por todo lo anterior, la Corte considera que la expresión acusada no vulnera en sí misma la Constitución, siempre y cuando se entienda que ella no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Carta al ámbito contractual. En cambio, la disposición impugnada puede generar situaciones inconstitucionales si se concluye que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 es el único fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en materia contractual, por cuanto ello implicaría una ilegítima restricción del alcance del artículo 90 que, como se ha visto, consagra una cláusula general de responsabilidad que engloba los distintos regímenes en la materia. Por ello la Corte declarará la citada expresión exequible, pero de manera condicionada, pues precisará que el artículo 50 de la Ley 80 de 1993 no constituye el fundamento único de la responsabilidad patrimonial del Estado en el campo contractual, por lo cual el artículo 90 de la Constitución es directamente aplicable en este campo" (se deja destacado).

[7] Cfr. Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2.007, radicación 20001-23-31-000-3423-01, expediente 15.463, antes citada. En el mismo sentido, puede verse la sentencia, también de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 5 de diciembre de 2007, radicación 25000-23-26-000-1995-00767-01 (15128).

> *"Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios".*

Pero no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera:

> "… **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**" (Resaltado de la fuente).

5.1.2.2 Responsabilidad objetiva. Autonomía del Juez.

Como se recordará, la Sala Plena de la Sección Tercera del consejo de Estado, a través de la Sentencia de Unificación proferida el 15 de agosto de 2018 dentro del radicado 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), modificó la jurisprudencia de esa Sección en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y unificó criterios en torno al tena, ordenando que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar: *i*) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política; *ii*) 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que se hará, incluso de oficio-, 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 (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil); y *iii*) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

Advirtió, además, que en virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

Y, si bien es cierto, la Subsección "B" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver una acción de tutela[8], dejó sin efectos parcialmente la Sentencia 66001233100020100023501 (46947) del 2018, en la que la corporación unificó su jurisprudencia en relación con la responsabilidad del Estado frente a la privación injusta de la libertad, en esta nueva oportunidad el alto tribunal sostuvo que no siempre que alguien sea privado de su libertad y se beneficie con la preclusión de la investigación o con la declaratoria de su inocencia tiene derecho a ser indemnizado de manera automática, fundamentos que, además, sirvieron para negar la indemnización pretendida por la demandante, quien fue dejada en libertad tras la declaración de preclusión por la atipicidad de la conducta.

Precisamente, en la decisión objeto de amparo constitucional se afirmó que la detención de la demandante había sido originada por su propia conducta, aun cuando no se desconoció que la misma no era constitutiva de delito. Sin embargo, allí se concluyó que el actuar desarrollado por la ciudadana, al ser irregular, daba pie a la configuración de la "culpa de la víctima".

---

[8] Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 11001031500020190016901, Nov. 15/19.

Esa aseveración fue la que motivó la acción de tutela, la cual buscaba la protección del derecho a la presunción de inocencia y el debido proceso, considerando que la construcción de la causal de exoneración de responsabilidad fue realizada a partir de una conducta preprocesal, ignorando la existencia de una decisión por parte de la Fiscalía que ya había hecho tránsito a cosa juzgada.

Con la prosperidad de ese argumento, la Subsección advirtió que el juez de la responsabilidad no puede exonerar al Estado con base en la culpa de la víctima cuando la edificación de la causal se construye de esa manera. Así, respaldó la postura según la cual la exoneración solo se configura cuando una conducta de la víctima, posterior a los hechos y vinculada fundamentalmente a la marcha del proceso penal, puede considerarse como la causa de la detención.

Ahora bien, uno de los argumentos que esgrimió la Sección Tercera para apartarse de la Sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354), para adoptar la posición jurisprudencial que se modificó en sentencia de unificación proferida el 15 de agosto de 2018 dentro del radicado 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), fue precisamente la concerniente a la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad de las personas con ocasión de la instrucción de un proceso penal, señalando que no requiere para su operatividad de la concurrencia necesaria de un error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o de una determinada falla en el cumplimiento de las funciones a cargo del Estado.

Recalcó que la Sección Tercera de esa época consideró que no necesariamente se debía realizar un análisis de una falla constitutiva de error jurisdiccional o de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, en el marco de los asuntos de privación de la libertad que culminan con una decisión judicial diferente a la sentencia condenatoria, sea cual fuere el sustento fáctico y, en su lugar, estimó suficiente la acreditación del daño, esto es, la privación de la libertad; no obstante, dicho planteamiento se exhibió en esa sentencia como regla general que admitía la posibilidad de que en asuntos particulares, concurrieran elementos que permitieran declarar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio. La misma tesis o planteamiento encontró justificación en que, de efectuarse aquél análisis, sería menester determinar si el agente del Estado incurrió en culpa grave o dolo, lo cual conduciría a confundir la responsabilidad patrimonial de la Administración con la que le asiste a título personal al funcionario.

Enfatizó así, que comoquiera que no es plausible afirmar que un juicio de responsabilidad de carácter subjetivo en asuntos de privación de la libertad tiende a confundirse con un juicio de responsabilidad personal del agente, pues lo mismo habría de concluirse en todos aquellos casos llamados a ser resueltos bajo el régimen subjetivo de responsabilidad -lo cual no debe ocurrir-, no puede, por consiguiente, emplearse dicha aserción como herramienta o argumento para condicionar la aplicación e interpretación del artículo 90 Superior, como se hizo en la sentencia del 17 de octubre de 2013.

En cuanto a la autonomía e independencia que se debe predicar frente a los funcionarios judiciales, destacó la sentencia que, si se observa detenidamente el escenario en el que el agente judicial debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona, lo dicho en los últimos párrafos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquél (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales –sea el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta

la posibilidad de que se repita en contra suya, esto es, de quien impuso la medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

Consideró inaceptable la imputación de responsabilidad al Estado en ambos casos, aduciendo que es evidente que en alguno de ellos ésta será injusta, ante lo cual debe ponerse de presente que también aquél tiene derechos que igualmente le deben ser protegidos, cosa que no sucede cuando la conclusión es que debe responder patrimonialmente y de manera inevitable tanto por la imposición de la medida como por no imponerla.

- **El principio de presunción de inocencia**

La postura hoy vigente de la Sección Tercera del Consejo de Estado también se edificó sobre el principio de la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

> *"(….)*
>
> ***d.*** *Todos los argumentos hasta ahora desarrollados cobran mayor fuerza si se tiene en cuenta que tanto el fundamento como los intereses o derechos que se encuentran en juego en asuntos como el sub examine, radicado (sic) en cabeza de la persona preventivamente privada de la libertad mientras se surten la investigación penal o el correspondiente juicio, cuya absolución posteriormente se decide en aplicación del beneficio de la duda, corresponde (sic), ni más ni menos, que a* ***la presunción constitucional de inocencia****, como garantía consustancial a la condición humana y de la cual, en este tipo de casos, el sindicado goza al momento de ser detenido, la mantiene durante todo el tiempo por el cual se prolonga su privación de la libertad y, en la medida en que nunca puede ser desvirtuada por el Estado, cuando se pone término, definitivamente, al procedimiento penal, la conserva incólume, de manera tal que, sin solución de continuidad, una persona a la que la Carta Política le atribuye y le ha mantenido, sin ambages, la condición de inocente, tuvo que soportar -injusta y antijurídicamente- quizás la más aflictiva de las restricciones a su derecho fundamental a la libertad.*
>
> *"Además, desde la perspectiva de la presunción constitucional de inocencia resultaría abiertamente contradictorio sostener, de una parte, que en materia penal al procesado que estuvo cautelarmente privado de su libertad y que resultó absuelto y, por tanto, no condenado –cualquiera que hubiere sido la razón para ello, incluida, por supuesto, la aplicación del principio in dubio pro reo, pues como lo ha indicado la Sección Tercera, no existen categorías o gradaciones entre los individuos inocentes (total o parcialmente inocentes)*[9]*– el propio Estado lo debe tener como inocente para todos los efectos, acompañado siempre por esa presunción constitucional que jamás le fue desvirtuada por autoridad alguna y por lo cual no podrá registrársele anotación en sus antecedentes judiciales con ocasión*

---

[9] "Al respecto, se ha sostenido lo siguiente: '*La Sala no pasa por alto la afirmación contenida en la providencia del Tribunal Nacional que hizo suya el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de que la conducta de los implicados no aparecería limpia de toda 'sospecha', pues entiende, que frente a la legislación procesal penal colombiana, la sospecha no existe y mucho menos justifica la privación de la libertad de una persona.*
'(…)
'La duda, en materia penal, se traduce en absolución y es ésta precisamente a la luz del art. 414 del C.P.P. la base para el derecho a la reparación. Ya tiene mucho el sindicado con que los jueces que lo investigaron lo califiquen de 'sospechoso' y además se diga que fue la duda lo que permitió su absolución, como para que esta sea la razón, (sic) *que justifique la exoneración del derecho que asiste a quien es privado de la libertad de manera injusta.*
'(…)
'Ante todo la garantía constitucional del derecho a la libertad y por (sic) *supuesto, la aplicación cabal del principio de inocencia. La duda es un aspecto eminentemente técnico que atañe a la aplicación, por defecto de prueba, del principio In dubio pro reo. Pero lo que si* (sic) *debe quedar claro en el presente asunto es que ni la sospecha ni la duda justifican en un Estado social de Derecho la privación*(sic) *de las personas, pues* (sic) *se reitera, por encima de estos aspectos aparece la filosofía garantística del proceso penal que ha de prevalecer.*

Aquí, como se ha observado, sobre la base de una duda o de una mal llamada sospecha que encontrarían soporte en un testimonio desacreditado, se mantuvo privado de la libertad por espacio de más de tres años al demandante, para final pero justicieramente otorgársele la libertad previa absolución' (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11.754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves)".

de ese determinado proceso penal; sin embargo, de otra parte, en el terreno de la responsabilidad patrimonial, ese mismo Estado, en lo que constituiría una contradicción insalvable, estaría señalando que el procesado sí estaba en el deber jurídico de soportar la detención a la cual fue sometido, cuestión que pone en evidencia entonces que la presunción de inocencia que le consagra la Constitución Política en realidad no jugaría papel alguno –o no merecería credibilidad alguna– frente al juez de la responsabilidad extracontractual del Estado e incluso, en armonía con estas conclusiones, se tendría que aceptar que para dicho juez tal presunción sí habría sido desvirtuada, aunque nunca hubiere mediado fallo penal condenatorio que así lo hubiere declarado".

A juicio del órgano de cierre, el anterior argumento pierde fuerza en tanto que el principio de la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva. Por un lado, la imposición de esta clase de medida busca asegurar la comparecencia del sindicado al proceso (como lo admite el ordenamiento jurídico) y, por otro lado, aquel principio sólo resulta desvirtuado una vez se agotan los trámites propios del proceso penal, mediante la decisión de declaratoria de responsabilidad en firme, pues, de conformidad con el artículo 29 de la Constitución, "*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable",* garantía refrendada en tratados internacionales ratificados por Colombia como la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en el artículo 8, dispone que *"toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad",* y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual prescribe que *"toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"* (artículo 14.2).

Entonces, como las medidas preventivas y las privativas de la libertad son de carácter cautelar, mas no punitivo -pues, según el numeral 3 del artículo 37 del Código Penal, *"la detención preventiva no se reputa como pena*"- puede asegurarse que no riñen, de manera alguna, con la presunción de inocencia, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, dado que esa presunción se mantiene intacta mientras a la persona investigada *"no se le haya declarado judicialmente culpable"* (art. 29 C.P.), esto es, *"mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"* (Convención Americana sobre Derechos Humanos) o, lo que es lo mismo, *"mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"*[10], a pesar de lo cual es válidamente posible limitarle su libertad en forma temporal, tal como lo prevén la Constitución (art. 28[11]) y la ley (v.gr. artículo 308 del actual Código de Procedimiento Penal). en efecto, en sentencia C-689 de 1996, al decidir sobre la constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 228 de 1995[12], la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

"La presunción de inocencia, en la cual descansa buena parte de las garantías mínimas que un Estado democrático puede ofrecer a sus gobernados, no riñe, sin embargo, con la previsión de normas constitucionales y legales que hagan posible la aplicación de medidas preventivas, destinadas a la protección de la sociedad frente al delito y a asegurar la comparecencia ante los jueces de aquellas personas en relación con las cuales, según las normas legales preexistentes, existan motivos válidos y fundados para dar curso a un proceso penal, según elementos probatorios iniciales que hacen imperativa la actuación de las autoridades competentes.

"La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no

[10] Declaración Universal de derechos Humanos, artículo 11.

[11] Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.
"La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.
"En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles" (se subraya).

[12] Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones".

quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

"La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal"[37] (Se subraya).

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión *"o que no cumplirá la sentencia"* contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

"En síntesis … las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia … desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva".

- **La medida de aseguramiento de detención preventiva y la presunción de inocencia**

El Consejo de Estado rectificó la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Advirtió igualmente que, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388[39] del Decreto 2700 de 1991, 356[40] de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308 del Código de Procedimiento Penal hoy vigente; pero, dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, toda vez que para ello se requiere plena prueba de la responsabilidad. Así, las decisiones que se profieren en cada una de las etapas de la investigación tienen requisitos consagrados en disposiciones adjetivas distintas y, por ello, unos son los requisitos sustanciales que se exigen para que proceda la imposición de la medida de detención preventiva (contemplados en los artículos recién citados), otros los que se dan para calificar el mérito del sumario a través de la resolución de acusación (artículos 441 y 442 del Decreto 2700 de 1991, artículos 397 y 398 de la Ley 600 de 2000 y artículos 336 y 337 de la Ley 906 de 2004) y otros -bien distintos- los existentes para condenar, pues para esto último es preciso, como ya se dijo, tener total convicción, esto es, certeza plena de la responsabilidad del enjuiciado en la comisión del ilícito.

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de *in dubio pro reo*, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

Ciertamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, el sustento fáctico y jurídico de la detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que, pese a la falta de pruebas o indicios el Estado adopte la decisión de aplicar al investigado esa medida restrictiva de su libertad y le imponga efectivamente dicha carga y otras, en cambio, son las circunstancias que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, se concluye que no hay lugar a dictar una sentencia condenatoria.

En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, *per se¸* de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.

- **El derecho a la libertad y el carácter excepcional de su restricción**

Otro de los pilares que sostienen la tesis de la mencionada sentencia del 17 de octubre de 2013 se expone en ella es su carácter excepcional, sobre el cual advirtió el Consejo de Estado que la excepcionalidad que se pregona supone, en sí misma, que el bien jurídico de la libertad no tiene el carácter de absoluto[13] y que, por lo tanto, la imposición de medidas que lo limitan resulta legítima, siempre y cuando se den todos los presupuestos legales que así lo permitan o lo exijan. Con todo,

[13] "En efecto (…) considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.
Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos 'absolutos', el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los 'derechos absolutos' tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho" (Corte Constitucional, sentencia C-475 de 1997).

aclaró que la nueva postura adoptada por la Sala no pretende debatir sobre la preponderancia del derecho fundamental a la libertad, ni mucho menos sobre la excepcionalidad que se predica respecto de la limitación de tal derecho, pues ello es incuestionable; sin embargo, lo que sí se quiere poner de presente, por un lado, es que las medidas a través de las cuales se puede restringir la libertad son, igualmente, de carácter constitucional, si se tiene en cuenta que el artículo 28 de la Carta Política dispone que las personas pueden ser detenidas o arrestadas en virtud de mandato escrito del juez, *"con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley"*[14] y, por otro lado, que la detención, a propósito de su carácter preventivo y excepcional, se impone con estricto cumplimiento de los requisitos que ella exige, mientras se define la responsabilidad del investigado.

Concluyó así la alta Corporación insistiendo que resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesta, incluso, por la aplicación del sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar -o solicitar al Juez- medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria o la detención preventiva u otras que –en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación– implican la pérdida jurídica de la libertad, como, por ejemplo, la prohibición de salir del país[56] del antiguo C.P.P.), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso –como lo exigen las normas transcritas– y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 -el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley-, se vea obligado a pagar cuando deba levantar la medida, que para nada implica la imposición de una sanción o condena.

6. Caso Concreto.

6.1 Prueba documental

- Registro Civil de Nacimiento de José Antonio Conde Tocora (Fls. 13 c.p.).

- Registros Civiles de Nacimiento de PAULA ANDREA CONDE TOCORA, WILLIAM CONDE TOCORA, RAÚL ANDRÉS CONDE TOCORA y LUIS ALFONSO CONDE TOCORA. (Fls.14, 15, 16 y 17 c.p.)

- Registros Civiles de Nacimiento de CRISTIAN GUTIÉRREZ CONDE, WILLIAM STIVEN CONDE BARRAGAN, JUAN ESTEBAN CONDE BARRAGAN, RAÚL ANDRÉS CONDE ROMERO y JULIO CESAR CONDE ROMERO (Fls. 18 a 22).

- Acta de derechos del capturado, reporte de iniciación-FPJ-1-, informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia –FPJ- 5- (Fl. 26, 28 c.p., 2-8, 62-65, 69, 74 c. 2)

- Acta de audiencia preliminar (fls. 40-42 c.p, 135-137 c.2)

- Formato de interrogatorio de indicado –FPJ-27- (Fl. 34 c.p, 45, 46, 129-131 c.2).

- Interrogatorio de indicado –FPJ-27- (fls. 41-42, 123- 125 c.2)

- Acta de audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento (Fls. 43-45 c.p, 138 -140 c.2).

[14] Como lo disponían, por ejemplo, los artículos 396 y 397 del Decreto 2700 de 1991 y el artículo 357 de la Ley 600 de 2000.

- Formato de solicitud de preclusión y oficio 331 del 18 de mayo de 2016 (Fl. 141-145 c2).

- Acta de Audiencia de Preclusión de la investigación y audio de la misma (CD Fl. 154 minuto 35:48 al 37:50 y 40:39 al 40:55 y fls. 155- 157 del c.2)

- Constancia expedida por el Director del COIBA mediante la cual certifica que el señor JOSÉ ANTONIO CONDE TOCORA estuvo privado de la libertad en el Complejo Carcelario y Penitenciario con Alta y Mediana Seguridad de Ibagué "Picaleña" COIBA desde el 23 de marzo de 2016 al 11 de mayo de 2016. (fl. 57 C.2)

- Testimonios de los señores ANA INES CAMPOS Y LAURENTINO TOCORA ORTEGON recepcionados por el juez de conocimiento en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de abril de 2019.

- **Ana Inés Campos**

Manifestó que a José Antonio lo detuvieron inocentemente, estuvo preso por que lo acusaron que se había robado dos motos y que portaba armas. Indicó que la familia del señor Tocora está conformada por la mamá hermanos y sobrinos y son muy unidos, para las fechas especiales se reúnen. Agregó que José Antonio se encuentra triste después de salir de la cárcel, porque hay gente que lo señala de haberse robado esas motos. Afirmó que el señor Tocora se desempeñaba en actividades de cultivo para la época de los hechos, y de él dependían su madre sus hermanos y sobrinos.

- **Laurentino Tocora**

Aseveró que José Antonio estuvo privado de la libertad, y la familia estuvo muy preocupada y le tocó colaborarle con el pago del abogado. Indicó que su grupo familiar está conformado por su mamá hermanos y sobrinos, una familia muy humilde y unida, él responde por la mamá, los hermanos y los sobrinos. Agregó que el señor Tocora es jornalero, y de él dependían económicamente la mamá, los hermanos y sobrinos que viven con él en la casa.

6.2 Análisis sustancial

6.2.1 El daño antijurídico

De acuerdo con lo que se ha establecido por el legislador y por la misma jurisprudencia, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse como antijurídico, pues solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *"realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado"*[15].

En el *sub examine*, según se desprende del líbelo introductorio, el daño que se pretende sea reparado consistió en la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA dentro del proceso penal llevado en su contra por el delito de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.

Así, de acuerdo con la referencia probatoria atrás efectuada, el señor JOSE ANTONIO CONDE estuvo en detención preventiva intramural, desde el día 23 de marzo de 2016 hasta el 11 mayo del mismo año, razón por la cual se concluye, que evidentemente estuvo sometido a dicha medida de aseguramiento de privación de su libertad por un periodo de 1 mes y 19 días.

[15] Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885

Con sustento en lo anterior se deja por definido el daño, en tanto existe prueba del periodo durante el cual, el perjudicado estuvo privado de la libertad, tal como lo dispuso el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Espinal, por solicitud de la Fiscal 46 Especializada del Guamo.

En este orden de ideas, esta Corporación considera que, en efecto, el daño causado es antijurídico, ya que si bien, el procedimiento penal adelantado no adolece de irregularidad alguna y las decisiones tomadas corresponden a lo estatuido en la Ley y el ordenamiento jurídico en general, debe entenderse empero que la privación cautelar de la libertad es vista como excepcional, en tal sentido, si la investigación penal no se concretó en sentencia condenatoria sino que se **absolvió o precluyó** la investigación como es el caso, se torna injusta tal restricción del derecho.

En este punto es preciso indicar que: *"(…) siempre que la administración de justicia absuelva a una persona que ha estado vinculada a un proceso penal, se configura un daño que puede ser catalogado de antijurídico puesto que no está en la obligación de soportarlo, es decir, el ordenamiento jurídico no le impone la obligación de tolerar los perjuicios".*[16]

6.2.2. La imputación y el nexo de causalidad.

El artículo 322 de la Ley 600 de 2000, norma procesal penal vigente para la época de los hechos, dispone que, frente a la posible comisión de un delito y de manera previa a la apertura de la instrucción, la Fiscalía General de la Nación podrá iniciar una etapa de indagación preliminar, con el fin, entre otros supuestos, de determinar si efectivamente la conducta de la que ha tenido conocimiento está descrita en la ley penal como punible o para individualizar e identificar a los posibles autores o partícipes de la conducta[17].

Asimismo, dicha normativa prevé que una persona puede ser capturada en los siguientes eventos: cuando es sorprendida al momento de cometer una conducta punible o es sorprendida con objetos, instrumentos o huellas que den cuenta de la comisión de dicha conducta, es decir, en estado de flagrancia -artículo 345-; cuando se trate de una persona cuya captura haya sido públicamente requerida por autoridad competente -artículo 348-; o cuando se emita una orden de captura con los datos necesarios para la identificación del individuo y el motivo por el cual se requiere -artículo 350-.

Después de la vinculación formal al proceso penal, la detención podrá mantenerse hasta el momento en que se defina la situación jurídica del sindicado, únicamente si subsisten o surgen razones para considerar que hay lugar a imponer medida de aseguramiento[18]. Esto quiere decir que, si después de realizada la diligencia de

---

[16]Responsabilidad Extracontractual del Estado, Responsabilidad patrimonial por privación de la libertad: Enrique Gil Botero, sexta edición. Ed. Themis S.A0.: Bogotá, 2013. P. 478-479

[17] Ley 600 de 2000, Artículo 322. *Finalidades.* "*En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible*".

[18] Ley 600 de 2000, Artículo 341. Restricción a la libertad del indagado. "*Si terminada la indagatoria subsisten o surgen razones para considerar que hay lugar a imponer medida de aseguramiento, dentro de la misma diligencia podrá el funcionario judicial ordenar la privación de la libertad mientras se le define su situación jurídica, librando la correspondiente boleta de encarcelación al establecimiento de reclusión respectivo.// En el evento en que no se ordene inmediatamente la privación de la libertad, en caso de presentación espontánea sin que medie*

indagatoria, no hay indicios ni pruebas que justifiquen la detención, el sindicado deberá ser dejado en libertad, por lo menos, hasta la definición de su situación jurídica, de modo que sus derechos fundamentales se restrinjan en la menor medida posible.

A partir del expediente penal, se advierte:

- El "informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia – FPJ-5", en el cual se leen los siguientes hechos:

"(…)

*SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 23:00 HORAS DEL DIA 22-03-2016, EL PERSONAL DE LA SEGUNDA SECCION EMCÁR 22 DETOL, CUANDO NOS ENCONTRÁBAMOS REALIZANDO PLAN DE REGISTRO E IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS Y VEHÍCULOS EN LA VÍA QUE CONDUCE DEL MUNICIPIO DEL GUAMO AL MUNICIPIO DE ORTEGA, SE RECIBE UNA LLAMADA TELEFÓNICA DE PARTE DE UN CIUDADANO DE ESTA LOCALIDAD, QUIEN NOS INFORMA QUE CERCA DE LA VEREDA EL LIMONAR SE MOVILÍZABAN UNOS SUJETOS EN DOS MOTOCICLETAS UNA DE COLOR ROJO Y OTRA DE COLOR AZUL CON NEGRO AL PARECER ARMADOS, UNA VEZ QUE SE RECIBE LA INFORMACIÓN POR PARTE DE ESTE CIUDADANO DE "INMEDIATO NOS DESPLAZAMOS HASTA EL LUGAR INDICADO, AL LLEGAR AL SITIO CONOCIDO COMO EL CRUCE DE LA VEREDA LIMONAR SE OBSERVAN A DOS MOTOCICLETAS CON LAS MISMAS CARACTERISTICAS FISICAS APORTADAS POR EL CIUDADANO, DONDE SE MOVILIZABAN CUATROS PERSONAS, MOTIVO POR EL CUAL SE PROCEDE HACER UNA SEÑAL DE PARE A ESTOS DOS VEHÍCULOS TIPO MOTOCICLETAS QUIENES EFECTIVAMENTE OBEDECEN A LA SEÑAL HECHA ÉSTOS FUNCIONARIOS Y DETIENEN LAS DOS MOTOCICLETAS, SEGUIDAMENTE SE PROCEDE A EFECTUARLE UN REGISTRO PERSONAL AL SEÑOR QUE SE IDENTIFICÓ CON EL NOMBRE DE (**EXEQUIEL GALEANO MUÑOZ CON ' CEDULA 17.657.145 DE FLORENCIA A QUIEN SE LE HALLO EN EL INTERIOR DE UN BOLSO TIPO CARRIEL DE COLOR CAFÉ, CON LOGO PRADA: 01 ARMA DE FUEGO TIPO REVOLVER CALIBRE 32 MARCA SMITH WESSON COLOR PAVONADO CON 06 CARTUCHOS DE CALIBRE 32 DE MARCAS INDUMIL** Y W-W 32SYW LONG, ALOJADOS EN SU TAMBOR, CON CACHA ANATÓMICA DE COLOR NEGRO CON NÚMERO DE SERIE 702867 Y 02 CARTUCHOS SUELTOS DENTRO DEL MISMO BOLSO, QUIEN NO PRESENTO NINGÚN TIPO DE DOCUMENTO SALVOCONDUCTO O PERMISO PARA PORTE, QUIEN VENÍA EN COMPAÑÍA DEL SEÑOR QUIEN SE IDENTIFICÓ CON EL NOMBRE DE JOSE ANTONIO CONDE TOCARÁ CON CEDULA DE CIUDADANÍA I. 109.492.402 DE SALDAÑA QUIEN TAMPOCO PORTA NINGUNO PERMISO DE PORTE O TENENCIA PARA ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, ESTAS DOS PERSONAS SE MOVILIZABAN EN LA MOTOCICLETA YAMAHA SZR DE PLACAS FST83D DE COLOR AZUL, DANDO CONTINUIDAD AL PROCEDIMIENTO POLICIA SE PROCEDE A EFECTUAR UN REGISTRO PERSONAL A LAS OTRAS DOS PERSONAS QUE SE MOVILIZABAN EN LA MOTOCICLETA PULSAR NS 200 DE PLACAS GGP99D DE COLOR ROJO QUIENES SE IDENTIFICARON CON EL NOMBRE DE **DELIO HUMBERTO MOLINA BONILLA DE CEDULA DE CIUDADANÍA 93.153.593 DE SALDAÑA QUIEN SE LE HALLO EN EL INTERIOR DE UN BOLSO DE CUERO DE COLOR NEGRO TIPO CARRIEL 01 ARMA "TIPO PISTOLA AL PARECER DE FOGUEÓ CON 01 PROVEEDOR CON 07 CARTUCHOS Y 01 YA PERCUTADO Y JUNTÓ A ÉSTA ARMA 07 CARTUCHOS 9 MILÍMETROS DE MARCAS INDUMIL IM**,..MUNICIÓN DÉ-GUERRA,QUIEN SE MOVILIZABA EN COMPAÑÍA DE OTRA PERSONA QUE FUE IDENTIFICADO CON EL NOMBRE HUBER ALFONZO CANDÍA MANRIQUE DE CEDULA DE CIUDADANÍA 1,122.626.225 DE BARRANCA DE UPIA MÉTA, QUIENES TAMPOCO PRESENTAN NINGUNA PERMISO PARA PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO O MUNICIONES, MOTIVO POR EL CUAL SE PROCEDE DE FORMA INMEDIATA A DARLES A CONOCER LOS DERECHOS QUE TIENE COMO PERSONA LEGALMENTE PRIVADA DE LA LIBERTAD SIENDO LAS 22:54 HORAS DEL DÍA 22 DE MARZO DEL 2016,. POR EL DELITO DE FABRICACIÓN, TRÁFICO Y PORTE DE*

---

citación ni orden de captura, se ordenará suscribir diligencia de compromiso, mientras se resuelve la situación jurídica".

ARMAS DE FUEGO, POSTERIORMENTE SE CONDUCEN LAS CUATRO PERSONAS EN CALIDAD DE CAPTURADOS HASTA LAS INSTALACIONES DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA GUAMO, PARA DAR CONTINUIDAD AL PROCESO DE JUDICIAUZACIÓN POR PARTE DEL PERSONAL DEL SIJIN GUAMO(…)"[19] *Resalta la Sala.*

- Asimismo, se observa el interrogatorio realizado el 26 de abril de 2016 a los imputados, de los que se extraen los siguientes apartes[20]:

Interrogatorio al señor EXEQUIEL GALEANO MUÑOZ

"(…) PREGUNTADO: manifieste al despacho quienes portaban las armas de fuego. CONTESTADO: DELIO MOLINA y yo, PREGUNTADO: manifieste al despacho que tipo de armas eran. CONTESTADO: el arma que portaba yo era un revolver 32 corto marca SMITH & WESSON y DELIO portaba una pistola deportiva. PREGUNTADO: manifieste al despacho, por que portaba esa arma de fuego y como la obtuvo. CONTESTADO: la obtuve porque me la encontré dentro del parqueadero el cual administro (…) PREGUNTADO: manifieste al despacho si usted tenía conocimiento si DELIO portaba el arma deportiva. CONTESTADO: no señor tampoco me di cuenta si él tenía sino hasta que la policía nos capturo (…)"

Interrogatorio al señor DELIO HUMBERTO MOLINA BONILLA

"(…) PREGUNTADO: *manifieste al despacho quienes portaban las armas de fuego. CONTESTADO: yo portaba el arma deportiva de fogueo que es una pistola Walter p99, y EXEQUIEL portaba el revolver 32. PREGUNTADO: manifieste al despacho que tipo de armas eran CONTESTADO: la mía la deportiva como manifesté anteriormente es una Walter p 99 de fogueo y EXEQUIEL el revolver 32. PREGUNTADO: manifieste al despacho porque portaba ese arma y como lo obtuvo: CONTESTADO: yo compre el arma en un almacén ubicado en la calle 9 con carrera 9 en Bogotá, con factura y permiso porque yo trabajo hace 17 años en un parqueadero publico pero hace 8 años tengo uno propio (…) PREGUNTADO: manifieste al despacho si usted tenía conocimiento si EXEQUIEL portaba el arma de fuego CONTESTADO: no en ningún momento, porque no hubiera andado con él.(…)"*

Interrogatorio al señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA

"(…) PREGUNTADO: manifieste al despacho quienes portaban las armas de fuego. CONTESTADO: Exequiel portaba el arma revolver y DELIO portaba el arma deportiva. PREGUNTADO: manifieste al despacho que tipo de armas eran. CONTESTADO: era un revolver el que cargaba EXEQUIEL y DELIO cargaba una pistola tipo deportiva. PREGUNTADO: manifieste al despacho si usted tenía conocimiento si EXEQUIEL y DELIO portaban las armas. CONTESTADO: no señor yo no sabía que ellos tenían esas armas. (…)"

- Audiencia de revocatoria de medida de aseguramiento del 6 de mayo de 2016, por solicitud del defensor del señor Conde Tocora, de la cual se corrió traslado a la Fiscalía, sin que presentara oposición al respecto, por cuanto se estableció que quien portaba el arma de fuego era el señor Exequiel Galeano Muñoz, disponiéndose por parte del Juzgado 2 Promiscuo Municipal con Función de garantías del Guamo, la libertad inmediata del señor José Antonio Conde Tocora. [21]

- Solicitud de la Fiscalía 1 Seccional de Guamo, de la preclusión de la investigación, en la que señaló[22]:

[19] Ver fol. 63 Cdo pruebas demandante
[20] Ver fols. 117-125 Cdo pruebas demandante.
[21] Ver fol. 135-137 cdo pruebas demandante
[22] Ver fol. 145 Cdo pruebas demandante

"*Cumpliendo instrucciones impartidas por el despacho de la fiscalía primera seccional, comedidamente me permito Allegarle el respectivo formato de Solicitud de Preclusión, expedido por esta delegada dentro de las diligencias No. 733196000481201680034, adelantadas en contra de JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, DELIO HUMBERTO MOLINA BONILLA Y HUBER ALFONSO CANDIA, por el punible de Porte de Armas de Fuego y Municiones. Lo anterior teniendo en cuenta, que esta delegada cuenta con elementos materiales probatorios que permiten inferir la Atipicidad de la Conducta/Antijuridicidad Material y la Ausencia de intervención de los imputados en el hecho investigado…*

- Audiencia de preclusión de la investigación, realizada el 13 de julio de 2016, ante el Juzgado Penal del Circuito con Función de Conocimiento del Guamo, en la que se expone[23]:

"…*de las mismas entrevistas de los imputados José Antonio Conde Tocora y Huber Alfonso Candia, se infiere que ellos desconocían que sus dos compañeros portaban ese tipo de elementos, en efecto Huber Alfonso Candia refirió "Delio le encontraron un arma deportivo y a Exequiel un arma de fuego, ahí nos capturaron no sabía que ellos tenían esas armas, nunca les observé, me vine a dar cuenta en la requisa que nos hizo la policía, no sé porque las tenían ni para que, además ellos nunca hablaron de ellas" en igual sentido José Antonio manifiesta "la policía nos hizo pare, nos realizaron una requisa, a Delio le encontraron un arma deportivo y a Exequiel un revolver calibre, a mí y Huber no nos encontraron nada, no sabía que ellos tenían arma, no se para que las empleaban" así las cosas, no cabe duda que estas dos personas, quienes al, quienes el día de los hechos departían con Exequiel Galeano y Delio Humberto Molina desconocían totalmente que ellos portaban elementos de fuego, que fueron incautados esa noche de los hechos, razón suficiente para que se por probada la ausencia de intervención de estas dos personas en el hecho investigado, sin descontar que en el porte de armas también se da la coautoría, pero esta debe ser debidamente probada…así las cosas, al estar plenamente demostradas las causales de preclusión de investigación invocadas por la delegada del ente acusador, es que se precluirá ésta actuación procesal penal*…"

De lo anterior, no se advierten motivos serios para haber solicitado y decretado la medida preventiva de aseguramiento intramural, toda vez que había pocos elementos "incriminatorios", en contra del señor JOSE ANTONIO CONDE, pues, por el solo hecho de estar en compañía de los señores Exequiel y Delio, quienes portaban las armas, tal como lo advirtió la Fiscalía, no era posible construir algún indicio serio acerca de la presunta comisión del delito por parte del imputado.

Por lo tanto, considera la Sala que en el momento de la imposición de la medida de aseguramiento no se encontraban reunidos los requisitos para adoptarla, por lo tanto, no puede afirmarse que la misma fue apropiada, razonable, proporcionada y no arbitraria y mucho menos, que la privación de su libertad fue justa.

Ahora bien, como se indicó con antelación, el material probatorio allegado al plenario permite establecer que el señor JOSE ANTONIO CONDE fue privado de su libertad el 23 de marzo de 2016 que dicha privación se extendió hasta el 11 de mayo de del mismo año, esto es, por un término de 1 mes y 19 días, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones,como consecuencia de la solicitud de medida de aseguramiento formulada la Fiscal 46 Seccional del Guamo y ordenada por el Juez Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Espinal.

No obstante lo anterior, el 13 de julio de 2016 el Juez Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Guamo, acogiendo las solicitudes de la Fiscalía, precluyó la investigación en contra del señor José Antonio Conde por los cargos formulados por la Fiscalía conforme al artículo 332 N° 5

[23] Ver fol. 156,157 Cdo pruebas Demandante

(Ausencia de intervención de los imputados en el hecho investigado) del C.P.P L/906/2004.

Así pues, de conformidad con las consideraciones expuestas por el fallador penal, resulta claro que la decisión proferida en favor del demandante tuvo como fundamento la ausencia de intervención del imputado en el presunto hecho punible, con lo cual se configura una de las situaciones que el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 contemplaba como presupuesto para la indemnización de perjuicios por la privación injusta de la libertad.

En tales condiciones, es evidente que la privación de la libertad del señor JOSE ANTONIO CONDE configuró para los accionantes un verdadero daño antijurídico, toda vez que no se hallaba en la obligación legal de soportar la limitación a la libertad a él impuesta en razón de las decisiones adoptadas por la Rama Judicial, todo lo cual comprometió la responsabilidad del Estado, en aplicación de lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política.

Al respecto, la Sala insiste que en casos como éste, no corresponde a la parte actora acreditar nada más allá de los conocidos elementos que configuran la responsabilidad: actuación del Estado, daño antijurídico e imputación, extremos que en sentir de esta Sala de decisión se encuentran suficientemente probados en el expediente, pues fue a raíz de una solicitud de la Fiscalía y una decisión de la administración de justicia, en cabeza de la Rama Judicial, la que determinó que el señor CONDE TOCORA estuviera privado de su libertad, hasta cuando se revocó dicha medida; en cambio, es a la parte accionada a quien le corresponde demostrar, mediante pruebas legales y regularmente traídas al proceso, si se ha dado algún supuesto de hecho en virtud del cual pudiere entenderse configurada una causal de exoneración.

En este caso, la Sala no advierte la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, causal eximente de responsabilidad posible en materia de privaciones injustas de la libertad. El demandante principal, en efecto, no desplegó ninguna actuación de la cual se pudiese predicar su incidencia en la causación del daño.

En el caso concreto, la Sala considera que no se configuró un hecho de la víctima, toda vez que, no está acreditado que el señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA, hubiera incurrido en un incumplimiento de los deberes de conducta que les eran exigibles, pues del material probatorio que obra en el expediente, no se advierte que haya desplegado actuaciones que puedan considerarse como anómalas o contrarias a los deberes como ciudadano que hace parte de una sociedad.

Dicho de otra manera, para la Sala no existe evidencia de una actuación de la víctima directa que pueda considerarse contraria a la conducta que le era exigible, esto es, hay una ausencia de pruebas que permitan afirmar que procedió de una forma dolosa o gravemente culposa, que fuera determinante para el inicio de la investigación y la posterior imposición de la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva.

En este orden de ideas, y conforme con lo acreditado en el plenario se colige que en el proceso penal se determinó que el señor JOSE ANTONIO CONDE no cometió la conducta punible por la que fue investigado y privado de su libertad; por ende, puede afirmarse, que no se probó que hubiera cometido los delitos que le fueron imputados por la Fiscalía.

Por lo anterior y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas descritas, se impone concluir que el señor CONDE TOCORA no estaba en la obligación de soportar el daño que el Estado le irrogó y por tanto, éste debe calificarse como antijurídico, lo cual determina la consecuente obligación para la Administración de indemnizar o resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

Ahora bien, corresponde a la Sala establecer si el daño causado a los demandantes por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor CONDE TOCORA jurídicamente le es imputable a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL y RAMA JUDICIAL.

En cuanto a la responsabilidad de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL y RAMA JUDICIAL, vale la pena precisar que la decisión de imponer restricción a la libertad en el sistema penal acusatorio establecido mediante la Ley 906 de 2004, no corresponde exclusivamente a la voluntad de los jueces penales, ya que esta es una determinación que se encuentra conformada por varios actos procesales como son la previa solicitud por parte de la Fiscalía y la providencia emitida por el juzgador.

En otros términos, en la lógica del actual procedimiento penal, para poder limitar el derecho a la libertad de un individuo se requiere un acto jurisdiccional complejo, el cual cuenta con la intervención de varios operadores jurídicos, lo que constituye una marcada diferencia con el antiguo compendio adjetivo penal, ya que este ponía en cabeza del ente investigador toda la responsabilidad respecto a este tipo de situaciones. Frente a la responsabilidad de estas dos entidades, el H. Consejo de Estado en un caso con fundamentos fácticos similares al asunto examinado concluyó, que ante una privación injusta de la libertad materializada en el marco del sistema procesal penal actual, el fenómeno que se presenta frente a la determinación de limitar la libertad es el de la concausalidad o la confluencia de causas determinantes en la producción del daño. Al respecto esa Corporación comentó:[24]

> *"Al respecto la Sala estima pertinente aclarar que, si bien es cierto que el Juez de Garantías no estaba obligado a aceptar la solicitud de medida de aseguramiento elevada por la Fiscalía General de la Nación, esta circunstancia no es suficiente para negar el vínculo causal entre esta petición y la privación de la libertad.*
>
> *Cierto es que la sola solicitud de la Fiscalía no basta para explicar, en el orden causal, la decisión del Juez de Garantías y por ende no se puede reputar causa suficiente de la privación de la libertad. Pero tampoco se puede desconocer que la actuación del Juez no explica, por sí sola la privación, en tanto y en cuanto está necesariamente condicionada a la existencia de la solicitud por parte del ente acusador e investigador. Sin intervención de la Fiscalía no hay lugar a la intervención del Juez, ni por lo tanto, se da la medida de aseguramiento. En el esquema del sistema penal acusatorio adoptado por la Ley 906 de 2004, la actuación del Juez nunca es oficiosa y por lo tanto no se explica en sí misma.*
>
> *De lo anterior se colige que en el caso de las medidas de aseguramiento contempladas en el nuevo sistema procesal penal no es posible identificar una causa eficiente, de la que se pueda predicar la suficiencia. En efecto, la acción de la Fiscalía no produce efectos sin la intervención del Juez de Garantías, ni éste puede intervenir si el ente acusador no lo faculta previamente presentando solicitud de legalización de la captura y la adopción de medida de aseguramiento. En otras palabras, en el modelo actual, la privación de la libertad se explica únicamente en términos de concausalidad. La actuación estatal que priva de la libertad es, pues, un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del Juez de Garantías. La actuación de la Fiscalía influye efectivamente en la determinación de la privación de la libertad. Es causalidad eficiente real, pero no absoluta".*

La Sala reitera la argumentación anterior al considerar que en el caso concreto, la decisión de privar de la libertad al señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA se produjo con ocasión de la solicitud que presentó la Fiscalía General de la Nación al Juez de Control de Garantías que conoció del proceso penal surtido en contra del actor de manera primigenia, razón por la cual ambas demandadas tuvieron incidencia directa y necesaria en la causación del daño reclamado a través del presente medio de control.

---

[24] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia de 29 de febrero de 2016, exp. 38420, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Cabe destacar que con la modificación constitucional introducida por el Acto Legislativo N°. 03 de 2002 a los artículos 116, 250 y 251 de la Carta Política de 1991, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN fue despojada de gran parte de sus atribuciones jurisdiccionales en la medida en que a partir de ella, perdió la capacidad de decisión final sobre la libertad del procesado, no decreta ni valora pruebas, ni tampoco decreta medidas de aseguramiento, pues el poder de decisión pertenece a los jueces penales en su doble connotación, sea éste de garantías, cuando ejerce el control de legalidad sobre las actuaciones de la Fiscalía y cuando adopta medidas de aseguramiento o, el de conocimiento, al momento de recibir la acusación de la Fiscalía, valorar pruebas pedidas por el acusador y, proferir sentencia condenatoria o absolutoria.

Sin embargo, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no está plenamente desprovista de autoridad jurisdiccional, pues por mandato constitucional (**artículo 116 de la C. Pol. modificado por el A.L. 03/02**), dentro de los entes del Estado que administran justicia, además de los jueces y magistrados, se encuentra enlistado dicho ente investigador, como un órgano que hace parte de la RAMA JUDICIAL del poder público, determinación que según lo precisado por la H. Corte Constitucional[25], apareja importantes consecuencias como la calidad de funcionarios judiciales de los fiscales y la sujeción a los principios de autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones judiciales, que les han sido asignadas por la propia Carta de 1991.

Por su parte, la Ley **906 de 2004** que adoptó el sistema acusatorio, oral y público, reiteró dentro de los órganos que administran justicia en lo penal, a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en determinadas y excepcionales funciones judiciales (artículo 31 Ley 906/04), tales como ordenar registros, allanamientos, incautaciones, interceptaciones de comunicaciones y **capturas** en los casos allí previstos.

Y si bien, las funciones jurisdiccionales de la Fiscalía son excepcionales[26] porque es el juez penal quien mediante providencia judicial decide definitivamente sobre la libertad del procesado, en cabeza de aquella continúa el ejercicio del poder punitivo del Estado, conserva la potestad de investigación y acusación y, se le atribuyó el poder de señalamiento o de disposición del proceso, mediante el cual puede determinar que es y no es delito digno de llevarse a juicio – *principio de oportunidad*-. En este sentido, señala el artículo 200 de la Ley 906 de 2004:

> *"Artículo 200.* ***Órganos de indagación e investigación****. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querella, petición especial o por cualquier otro medio idóneo.*
>
> *En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en este código. Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegado".*

Dentro de sus principales actuaciones en el proceso penal se encuentra la formulación de la imputación al procesado, la petición de imposición de la medida de aseguramiento y la presentación de la acusación contra los presuntos infractores al ordenamiento penal, aunado a que en ella recae siempre la carga de la prueba.

---

[25] Sentencia C-1092 de 2003, MP. Álvaro Tafur Galvis

[26] Con la reforma de la ley estatutaria de la Administración de Justicia contenida en la ley 1285 de 2009 la Fiscalía General de la Nación ejerce EXCEPCIONALMENTE función jurisdiccional.

Cabe resaltar que la formulación de la imputación, que se realiza con fundamento en las evidencias o elementos materiales de prueba recaudados por el ente investigador con la colaboración de la Policía Judicial, **es un acto privativo de la Fiscalía General de la Nación** que no admite objeción del juez, como privativo también lo es la petición de imposición de la medida de aseguramiento ante el Juez de control de garantías, lo que significa que, aun siendo el juez el que decide sobre la imposición de la medida de aseguramiento, **sin petición previa del ente investigador, no puede el juez *motu proprio* decretar la privación de la libertad de un individuo, ni tampoco practicar prueba alguna sin la intervención del Fiscal**.

Lo anterior para significar que no es apropiado concluir, que con la puesta en marcha del sistema de enjuiciamiento penal adversarial, la Fiscalía es ajena a una imputación de responsabilidad bajo el título de privación injusta de la libertad, o que no tenga vocación de representar al Estado cuando se reclama la producción de un daño antijurídico en los términos del artículo 90 constitucional, pues en su cabeza radica el ejercicio del poder punitivo del Estado, llevando a juicio a los presuntos infractores de la ley penal, solicitado la imposición de las medidas de aseguramiento restrictivas de la libertad y acusando a dichos infractores ante el juez de conocimiento, razón por la que la excepción de *falta de legitimación en la causa por pasiva* propuesta por esta entidad, no tiene vocación de prosperidad.

Por consiguiente, debe concluirse inequívocamente que el daño irrogado al demandante es imputable fáctica y jurídicamente, la primera como una conclusión lógica de causalidad, pues la privación de su libertad obedeció exclusivamente a la solicitud de la Fiscalía encargada del asunto, y a la decisión de adoptarla por parte del juez de control de garantías de turno, por cuanto de no haberse impuesto la medida domiciliaria de aseguramiento al señor JOSE ANTONIO esta nunca hubiera sido sustraído de su derecho a la libertad y por consiguiente no se encontraría en este escenario, lo que anuda el nexo causal de la responsabilidad Estatal para el caso *sub examine*; la segunda razón obedece a la atribución jurídica de este daño tanto a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL en el sentido de que a pesar de que el procedimiento adelantado por los mismos *a priori* no presenta ningún tipo de irregularidad, no se justifica que se retenga a una persona para que posteriormente se deba otorgarle la libertad por que el ente acusador solicite la preclusión de la investigación, por la ausencia en la intervención de hecho imputado.

En consideración de lo anterior, y en claro respeto por el precedente judicial vertical esta Corporación acogerá la posición jurisprudencial antes expuesta y en ese orden CONFIRMARA la sentencia del *a-quo* que declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, por los perjuicios causados al señor JOSE ANTONIO CONDE TOCORA con ocasión a la privación injusta de la libertad de la que fue víctima, al demostrarse por el juez natural la ausencia de intervención del imputado en el hecho

7. Indemnización de perjuicios.

7.1. Perjuicios extrapatrimoniales

7.1.1. Daño Moral

Los perjuicios morales son considerados como los dolores o padecimientos que se presentan como resultado de los daños infligidos a una persona y constituyen un sacrificio de intereses netamente inmateriales que justifican un resarcimiento.

En cuanto a la existencia y forma de manifestarse el daño moral, puede obedecer a diversas expresiones concretas, como, por ejemplo, el dolor que sufre la víctima a causa de situaciones que lesionan bienes personales (vida, integridad física o moral, dignidad, libertad, buen nombre, honor, etc.), sin que se excluya la

posibilidad de coexistencia de perjuicios; o bien, presentarse ante situaciones que los ponen en peligro, amenazan a la integridad o perturban su goce, por lo que el daño moral no necesariamente está vinculado al dolor físico o somático producto de lesiones, sino también, por el aspecto psicológico respecto de la situación de los bienes.[27]

Así las cosas, el perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

Precisado lo anterior, argumenta el apoderado de la parte demandante en el escrito de alzada, su desacuerdo con la decisión del *A quo,* en cuanto negó el reconocimiento de los perjuicios morales a los sobrinos del demandante.

Es así que respecto de los demandantes CRISTIAN GUTIÉRREZ CONDE, WILLIAM STIVEN CONDE BARRAGAN, JUAN ESTEBAN CONDE BARRAGAN, RAÚL ANDRÉS CONDE ROMERO y JULIO CESAR CONDE ROMERO quienes, según la demanda, son los sobrinos del señor JOSE ANTONIO CONDE, la Sala encuentra acreditado su parentesco para con la víctima, pues se allegaron, en copia auténtica, los correspondientes certificados de los registros civiles de nacimiento.

No obstante, lo anterior, dado el grado de parentesco de los demandantes anteriormente reseñados, la acreditación, de esa sola circunstancia no resulta suficiente para tener por demostrado el dolor moral, por lo cual resulta necesario que se demuestre el padecimiento sufrido como consecuencia de la privación injusta– en este caso del tío-, pues dicho dolor no se infiere con la simple acreditación del vínculo de consanguinidad.

Al respecto encuentra la Sala que no obra en el expediente medio probatorio que acredite contundentemente la causación de un perjuicio moral, pues en las declaraciones rendidas no se logra evidenciar el daño padecido por los mismos con lugar a la privación injusta de la libertad del señor CONDE TOCORA.

Así las cosas, la Sala confirmará la decisión apelada en este tópico.

7.2. Perjuicios patrimoniales.

7.2.1. **Daño emergente**

A título de daño emergente, la parte demandante en el recurso de alzada solicitó la suma de 13 S.M.L.M.V por concepto de pago de honorarios de abogado por la representación del señor José Antonio Conde Tocora dentro del proceso penal, basando su solicitud en la tabla del Colegio Nacional de Abogados.

Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, el Consejo de Estado ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios .

No obstante, lo anterior, en un nuevo pronunciamiento del 18 de julio de 2019 mediante sentencia de unificación el Consejo de Estado-Sección Tercera preciso:

---

[27] Responsabilidad Extracontractual del Estado, Enrique Gil Botero, Sexta Edición, Editorial Temis, pág. 178.

"(…) En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.

Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio(…)."

Con fundamento en la anterior jurisprudencia y teniendo en cuenta que al proceso no se arribó el paz y salvo de honorarios y la debida factura o el equivalente a esta, la Sala confirmará la decisión de la juez de instancia, en cuanto negó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, en la medida de que no existe prueba alguna de que efectivamente se haya realizado el pago de los mismos.

7.2.2. Lucro cesante.

Por último, pretende la parte en su recurso de impugnación, se le reconozca por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante consolidado, además de lo liquidado por la juez a quo, el 25% por concepto de prestaciones sociales, y el reconocimiento de 10 meses más luego de que el accionante obtuviera su libertad, en consideración al tiempo que presuntamente tardaría en obtener un empleo.

En relación con las anteriores pretensiones, cabe tener en cuenta que la Sección Tercera del H. Consejo de Estado,[28] estableció que en los casos de privación injusta de quien desempeñaba actividad lucrativa independiente, el período indemnizable comprende únicamente el tiempo que duró la detención (desde la captura o aprehensión física con la medida de aseguramiento hasta que se recobró la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal, lo último que ocurra), es decir, sin que se adicione a este los 8.75 meses, en virtud de la presunción del tiempo que se tarda un colombiano en obtener un empleo., en razón a lo anterior, ha de negarse todo reconocimiento por dicho concepto, como quiera que no se allegó al plenario , documento alguno que permita tener certeza que el señor JOSE ANTONIO CONDE, para la época de los hechos se desempeñaba como un trabajador dependiente.

Por otro lado, respecto al 25% adicional por concepto del estimativo de las prestaciones sociales, al respecto la Subsección "A" de 19 Sección Tercera del Consejo, de Estado en sentencia proferida el 30 de agosto de 2017 en el proceso con radicación número 68001-23-31-000-2009-00044-01(42884) y ponencia de la Consejera Doctora Marta Nubia Velázquez Rico (E), explicó:

"Ahora bien, se tomará como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual actualmente vigente ($737.717), en tanto que resulta más favorable que el que regía en la época de los hechos, sin que en este caso a dicha cifra se le incremente un 25%, por concepto de prestaciones sociales, .por cuanto, se itera, la actividad económica que ejercía el aquí demandante era la de una persona independiente que se dedicaba al comercio de hidrocarburos en la estación de servicio llamada "El Cucharo".

[28] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno-, sentencia del 18 de julio de 2019, Número interno: 44572

Bajo ese entendido, se precisa que toda vez que las prestaciones sociales son un beneficio al Cual tienen derecho, únicamente; las personas que se encuentran bajo una relación laboral, mas no así los contratistas o quienes se dediquen a actividades productivas independientes, para la Sala, cuando la víctima no acredita que al momento de la restricción de su libertad era un trabajador dependiente, dicho reconocimiento resulta improcedente.

Al respecto, la Sección Tercera de esta Corporación, mediante sentencia fechada el 4 de octubre de 2007, por medio de la cual fijó su postura acerca del reconocimiento de este concepto, dijo lo siguiente:

"(...) la Sala fija su posición, en el sentido de aumentar el salario base de liquidación en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas, en atención. a que se encontró debidamente acreditado que las víctimas eran trabajadores dependientes" (se destaca).

En el mismo sentido, la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha indicado lo siguiente:

"Estos documentos dan cuenta de que el demandante se dedicaba a labores relacionadas con .la construcción de, obra, pero no arrojan certeza sobre los ingresos que le reportaban.

Como sólo quedó demostrado que Pedro Israel Leitón Farján ejercía una actividad laboral productiva, sin que pudiera establecerse el monto devengado32, se tomará el salario mínimo mensual vigente como el ingreso base de liquidación"

"No hay lugar a adicionar, como lo hizo el Tribunal, el 25% porque el demandante no era empleado, sino que laboraba como constructor independiente y porque su adición supondría el estudio de cuestiones desfavorables para la entidad" (se destaca). En conclusión, la siguiente será la liquidación que, por concepto de lucro cesante consolidado, efectuará la Sala sin el reconocimiento del 25% por prestaciones sociales: (...)" -Subrayas del original y negrilla fuera del texto

Criterio que fue reiterado recientemente por la misma subsección en sentencia proferida el 19 de febrero de 2018 en el proceso con radicación número 05001-23-31-000-2006-02041-01(49033) y ponencia de la Consejera Doctora María Adriana Marín; sobre el particular expuso:

"Al respecto, si bien en el plenario se tiene por probado la actividad económica que desplegaba el hoy actor, dado que en las providencias penales que se expidieron en su investigación y en los testimonios de los señores Juan Camilo Higuita Higuita, Luis Alberto Zapata Bernal, Ángela María Osorio Cañas, practicados en este proceso (fls. 218 a 220 c. 1), siempre se aludió a que se desempeñaba como "ayudante de construcción", lo cierto es que se echa de menos material probatorio tendiente a probar sus ingresos; no obstante, para la Sala es pertinente acudir a la presunción respecto de que toda persona en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo legal mensual vigente, sin que en este caso a dicha cifra se le incremente un 25%, por concepto de prestaciones sociales, por cuanto la actividad económica que ejercía el aquí demandante era la de una persona independiente.

Lo anterior es así por cuanto las prestaciones sociales son un beneficio al cual tienen derecho, únicamente, las personas que se encuentran; bajo una relación laboral, mas no así los contratistas o quienes se dediquen a actividades ¡productivas independientes, para la Sala, cuando la víctima no acredita que al momento de la restricción de su libertad era un trabajador dependiente, dicho reconocimiento resulta improcedente35. " -(Resaltado. fuera de texto).

En ese orden de ideas, se reitera que no demostró que el señor CONDE TOCORA era trabajador dependiente y por ello, conforme a la jurisprudencia citada, no tiene derecho al reconocimiento del 25% por concepto de prestaciones sociales.

Así las cosas, habrá de confirmarse lo decidido por la juez *a quo*, en cuanto negó el reconocimiento del 25% por concepto de prestaciones sociales y los 10 meses

más, luego de que el accionante obtuviera su libertad, en consideración a que este sería el tiempo que tardaría en obtener un empleo.

8. Condena en costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código General del Proceso.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, previendo de forma especial en el numeral 3º:

> "*En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda instancia*. (Resaltado de la Corporación).

Por su parte, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, sobre el tema de la condena en costas, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que se aplica un criterio objetivo valorativo, exponiendo en sentencia calendada el 26 de julio de 2018[29], las siguientes conclusiones:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, **con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.** Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. PSAA16-10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, no procede la condena en costas en esta instancia, en la medida que ninguno de los apoderados recurrentes intervino en esta instancia.

---

[29] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de primera instancia, proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Ibagué (Tolima), que accedió parcialmente a las pretensiones incoadas en el libelo introductorio

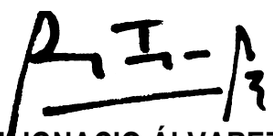
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión el día de hoy.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Se suscribe esta providencia con firmas electrónica y escaneada, ante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretada por el Gobierno Nacional con el fin de evitar la propagación de la pandemia del COVID-19 –coronavirus-en Colombia. No obstante, se deja expresa constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por cada uno de los magistrados que integran la Sala de Decisión a través de la plataforma tecnológica Teams y correos electrónicos institucionales

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0a28d84e8752de53b7734319938b6e4f1036bc89c52ac509bafdccd07e0fc547**

Documento generado en 27/08/2021 11:26:33 AM