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

Expediente:	73001-33-33-005-2016-00176-01
Interno:	1185-2018
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante:	NERY ÁNGEL BASTOS PALENCIA y JORGE IVÁN PALENCIA ARBOLEDA
Apoderado:	ULISES FIGUEROA RODRÍGUEZ
Demandado:	NACIÓN – RAMA JUDICIAL
Apoderada:	NANCY OLINDA GASTELBONDO DE LA VEGA
Demandado:	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Apoderada:	CLAUDIA PATRICIA ACEVEDO VÁSQUEZ
TEMA:	PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

I. SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandante y demandada Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación contra el fallo proferido por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué el día 19 de julio de 2018, por medio del cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

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

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

2. HECHOS

Las circunstancias fácticas pertinentes para el respectivo estudio son:

2.1 El 7 de abril de 2013, en las horas de la mañana Rafael Enrique Ávila García encontró debajo de la puerta de acceso a su residencia un sobre que contenía un escrito en donde se le exigía la suma de $500.000.00 para no atentar contra su vida, la cual debía de cancelar el día 10 o 13 de abril de 2013.

2.2 El 13 de abril de 2013, el aquí demandante fue abordado por Alejandro Ortiz Useche, cuyo nombre hasta ese momento desconocía, para proponerle que si le podía reclamar una suma de dinero que le iban a dejar con un señor en la Heladería Fuente Mar ubicada en el centro de la ciudad; sitio en donde laboraba como cuidandero de motos y carros y a su vez, realizaba mandados a las personas que del sector solicitaban sus servicios, lo

anterior a cambio del correspondiente pago, por lo que accedió a la propuesta, sin saber que se trataba de una extorsión.

2.3 El 13 de abril del 2013, el aquí demandante fue capturado en el momento en que recibía el dinero de manos del extorsionado, por parte del Gaula de la Policía Nacional

2.4 La audiencia preliminar se desarrolló ante el Juez Segundo Penal Municipal en función de Control de Garantías de la ciudad de Honda, en donde se legalizó la captura del actor; se le formuló imputación de cargos, y se le impuso medida de aseguramiento por el delito de Extorsión agravada en el grado de tentativa, oportunidad en donde no aceptó los cargos.

2.5 El 12 de mayo de 2014, realizado el juicio oral, ante el Juez de conocimiento, este anunció el sentido del fallo, el cual fue absolutorio, ordenando la libertad inmediata.

2.6 El 29 de mayo de 2014, se emitió la sentencia absolutoria porque no se logró demostrar que el acusado había cometido la conducta punible, es decir, desvirtuar la presunción de inocencia.

2.7 Que el daño consiste en la privación injusta de la libertad que tuvo que soportar Nery Ángel Bustos Palencia Bustos durante 13 meses y 3 días, lo cual le generó perjuicios no solo a la víctima directa sino a sus familiares.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial[1].

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

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 54001231000200000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del in dubio pro reo, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que el régimen subjetivo de la falla en el servicio, se aplica en los asuntos donde se haya establecido que la absolución del procesado se verificó por algunas de las siguientes causales: i) *In dubio pro reo*, ii) imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, iii) Imposibilidad de iniciar y/o proseguir la investigación penal, iv) En virtud de una causal que excluya la responsabilidad penal conforme al código penal, y v) Por prescripción de la acción penal.

[1] Ver contestación en los folios 75 al 80 del Cuaderno Principal No. 1

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 accionante

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

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

3.2 Fiscalía General de la Nación[2]

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

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

Que un requisito *Sine qua non* para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, se requiere de la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la Fiscalía General de la Nación, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados a Nery Ángel Bustos Palencia, por ello se hace necesario esgrimir como excepción la ausencia del daño con el fin de resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda, pues, si no hay daño antijurídico no hay lugar a reparación.

Que la eventual responsabilidad por la privación de la libertad de Nery Ángel Bustos Palencia**,** no se le puede atribuir a esta entidad, porque a pesar que solicitó la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, la decisión acerca de si la decretaba o no; esa función era del Juzgado con función de Control de Garantías, el cual una vez evaluada las pruebas allegadas así los decidió.

[2] Ver contestación en los folios 92 al 110 del Cuaderno principal.

Y propuso las excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva; Ausencia del daño antijuridico e inimputabilidad del mismo a la Fiscalía General de la Nación e Inexistencia del Nexo de Causalidad.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, el 19 de julio de 2018, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que Nery Ángel Bustos Palencia sufrió una privación injusta de la libertad, al ser fue absuelto en el proceso penal, porque no se logró establecer más allá de toda duda razonable que fue el autor responsable de la conducta punible que se investigaba; dando lugar a un daño cierto, determinado y susceptible de ser cuantificado e indemnizado conforme a las pruebas documentales que reposan y que contienen las actuaciones judiciales llevadas a cabo en el proceso penal

El juez *a quo*, resolvió:

> *"(…)* ***PRIMERO.- DECLARAR*** *administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por los perjuicios ocasionados al señor NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la que fue objeto, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO.-*** *Como consecuencia de la anterior declaración CONDENAR a la NACIÓN -RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar al señor NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA la suma equivalente a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigente - S.M.L.M.V. por concepto de perjuicios morales.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho a su cargo y en favor de la parte demandante, la suma de setecientos tres mil ciento diecisiete pesos $703.117, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Por secretaría liquídese.*
>
> ***CUARTO: Negar*** *las demás pretensiones de la demanda.*
>
> ***QUINTO: ORDENAR*** *que las Entidades demandadas den cumplimiento a esta sentencia de en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.*
>
> ***SEXTO: PARA*** *el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. (…)"*

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1 LA PARTE DEMANDANTE

Sostuvo que su inconformidad gira en torno al no reconocimiento de perjuicios morales a favor de Jorge Iván Palencia Arboleda, en calidad de hijo de la víctima directa de la detención.

Que para Jorge Iván Palencia Arboleda su derecho al reconocimiento de los perjuicios morales, nace solo con el parentesco por consanguinidad, es decir, se presumen, como

[3] Ver providencia de primera instancia del folio 189 al 201 del cuaderno principal.

lo dispone el Consejo de Estado, debiendo la parte demandada demostrar probatoriamente que el hijo o el padre, son indignos, o la relación de afecto y de amor que se presume, es inexistente, algo que no ocurrió en este asunto; por lo anterior, se deben reconocer los perjuicios a este demandante.

Que, en relación al daño de índole material se ha informado en el proceso penal que Nery Ángel Bustos Palencia, al momento de su detención, se encontraba laborando como cuidador o celador de vehículos en el centro de la ciudad, de donde devengaba para subsistir como persona de manera digna, por lo menos devengaba el salario mínimo mensual legal vigente.

Que para establecer el monto de los perjuicios materiales sufridos por la víctima directa, se debe de tener en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos, pues, lo cierto es que la víctima directa, cuando fue capturado, desarrollaba una actividad productiva - vigilante de vehículos - y, cuando- menos, debió percibir un salario Mínimo mensual, por lo que no acertada la tesis del despacho al indicar, que no se tasarían los perjuicios materiales en la modalidad de *lucro cesante*, por no estar acreditados.

Así, la sentencia se deberá de revocar en este sentido, es decir, se deben de reconocer económicamente los meses en que estuvo en detención intramural la victima directa, conforme al salario mínimo mensual variable en los arios ya citados y, en los que no le fue posible laborar, suma que debe de indexarse a la fecha de la sentencia de segundo grado.

5.2 NACIÓN - RAMA JUDICIAL[4]

Sostuvo 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 de Purificación - Tolima quien absolvió al condenado de los cargos endilgados; declaración en virtud de la cual, el procesado recobró su libertad.

Explica que, en sentencia del 10 agosto de 2015 54001231000200000183401 (30134), el Consejo de Estado, adoptó otra posición y cuyo eje estaba enfocado a realizar un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustenta la exoneración penal, como podría ser la aplicación del principio del in dubio pro reo, esconde deficiencia en la actividad investigativa, de recaudo o valoración probatorio de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son los que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación.

Que se debe 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.

Que la conducta de la Rama Judicial estuvo ceñida a los postulados de buena fe, allegó la prueba documental que tenía en su poder sobre el particular y no hizo uso abusivo del derecho al ejercer su defensa y contradicción, en perjuicio del principio de lealtad procesal por el que deben estar revestidas las actuaciones de los extremos en un litigio, razones suficientes las anteriores, para determinar que, en este asunto

[4] Folios 401 al 404

específico, no hay lugar a condena en costas ni agencias en derecho, y al haberse decidido lo contrario se está haciendo más gravosa la situación jurídica y patrimonial de la Administración.

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

5.3 NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN[5]

Sostuvo que obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la carta Política y en la Ley 906 de 2004; y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales vigentes para la época de los hechos, por lo que realizó las tareas de investigación, por el punible de imputado.

Que, de acuerdo con el acervo probatorio obrante en ese momento procesal, solicitó como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de control de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en ultimas si todo se ajusta a derecho, es el Juez de Control de Garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento.

Que la absolución de Nery Ángel Bustos Palencia, no se dio porque se hubiere demostrado su inocencia en los hechos por los cuales fue investigado penalmente, sino que el mismo obedeció a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, según se indicó en la sentencia de fecha absolutoria de fecha 29 de mayo de 2014.

Que la entidad no incurrió en error judicial con el hoy demandante y por lo tanto no está llama a responder administrativa y patrimonialmente en el *sub judice*, por cuanto no existió omisión, ni extralimitación por parte de la entidad en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales y al no haberla, no debió demandarse.

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

6. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El proceso fue radicado en esta Corporación el 20 de septiembre de 2018. Mediante auto del día 25 del mismo mes y año, se admitió el recurso de apelación, y el 8 de octubre de 2018, se corrió traslado a las partes, por término de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público, por un término igual, para que rindiera su concepto; oportunidad en la que la parte demandada Rama judicial, reiteró los argumentos expuestos en sus respectivos escritos.

7. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

[5] Folios218 al 226

Sostuvo que la sentencia de primera instancia debe ser revocada al no estructurarse la totalidad de elementos para la declaratoria de responsabilidad estatal, pues, aunque se configuró un daño antijurídico, no sucede lo mismo con su imputación.

Que de las pruebas aportadas al expediente se demuestra que las actuaciones de la Fiscalía General como del juzgado Promiscuo Municipal se constituyen son la producción del daño, sin embargo, ello no es suficiente para predicar su imputación, dado que en dicha decisión incide causalmente la conducta de la propia víctima y no de cualquier manera, sino en un aspecto sustancial, al punto de poder ser considerada "causa adecuada" del mismo, ya que fue el propio demandante quien acudió al encuentro con el señor Ávila García, recibió un dinero para luego encontrarse con el señor Ortiz Useche, momentos en que fueron capturados por miembros de la Policía Nacional quienes habían montado un operativo y tenían identificado en forma previa el dinero que sería entregado.

Que lo anterior, permite colegir que en este caso es el comportamiento de la víctima el que incide causalmente en la materialización de la decisión penal, por tanto, se estructura uno de los eventos de exoneración de la responsabilidad estatal.

Que es claro que el comportamiento de la víctima -causa adecuada- puede catalogarse como culposo civilmente hablando, pues, pese a que se trata de una persona de la cual no se observa un nivel de preparación académica o una experiencia laboral calificada, una diligencia mínima permite colegir que una gestión de esa índole entraña cierta anormalidad y, por ende, debe evitarse, pues no resulta lógico - conforme a la experiencia y las reglas de la lógica- que un desconocido en ese momento para el ahora demandante, como se pregona en la demanda, le solicite una tarea de esta índole que indudablemente conlleva un grado de confiabilidad, siendo igualmente poco normal que se envié a un desconocido a recoger un dinero, pues aún esto resultaría extraño para la propia persona que lo entrega.

Que la solicitud de la Fiscalía y la decisión del Juez penal, no resulta subjetiva, caprichosa o alejada del ordenamiento jurídico que permitiera estructurar una falla del servicio, pues, no se está en presencia de hipótesis de inexistencia del hecho o atipicidad de la conducta, dado que el delito existió y el ahora demandante participó en su realización y aunque su comportamiento no alcanzó relevancia penal en virtud del principio de presunción de inocencia, sin dudas, al momento de su detención su actuación origina la acción penal y justifica jurídicamente la decisión de privación de su libertad.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Deberá la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

- Determinar si existe responsabilidad patrimonial del Estado por la investigación penal adelantada en contra de Nery Ángel Bastos Palencia en la que se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, para luego culminar el proceso con absolución por aplicación de la duda a favor del procesado.

3. TESIS DE LA SALA

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

En el *sub-lite*, encuentra demostrado el daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad, toda vez que al demandante efectivamente se les restringió su libertad en razón al punible de Extorsión Agravada, medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Segundo Penal con Funciones de Control de Garantías durante el **14 de abril de 2013 al 16 de mayo de 2014, es decir, 1 año, 1 mes y 2 días.**

Indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional[6] y del Consejo de Estado[7], en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Nery Ángel Bustos Palencia fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por aplicar la duda a favor del procesado, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio.

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

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

Conforme al delito imputado al demandante, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, porque la extorsión específicamente contempla una pena de 192 a 288 meses, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos

---

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

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

exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de las medidas privativas de la libertad.

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

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

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

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado[8], y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

---

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

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Fundamento normativo de la responsabilidad del Estado.

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

4.1.1 ***El daño Antijurídico***, considerado como aquel menoscabo o detrimento que sufre una persona y que puede ser patrimonial o extrapatrimonial; sin embargo, para que genere responsabilidad debe ser cierto, personal y antijurídico. Es cierto, cuando efectivamente ocurre, de tal suerte que el hipotético no puede ser indemnizado; personal, en la medida que solo el afectado está legitimado para reclamarlo; y antijurídico, cuando la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo[9], concepto que, por lo demás, se encuadra dentro de los principios constitucionales de solidaridad (Art. 1º), igualdad (Art. 13) y garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Arts.2º y 58).

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

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

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

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

---

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

Por su parte el riesgo excepcional, se configura cuando la administración en desarrollo de una obra o actividad de servicio público, emplea recursos o medios que colocan a los administrados o a sus bienes en una situación de riesgo[10], que dada su gravedad excede las cargas que normalmente deben soportar los ciudadanos y al materializarse el riesgo, se produce un daño indemnizable.

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

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

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

El alcance de la modalidad de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ha sido un tema tratado de forma activa en la jurisprudencia del Consejo de Estado, determinando que su configuración opera cuando la persona que padece la detención es absuelta de responsabilidad penal, ya sea porque el hecho investigado no existió, o porque éste no era constitutivo de delito, o no fue posible demostrar su autoría o participación en la conducta punible, o, porque se demostró plenamente su inocencia, o, bien sea por el principio de *in dubio pro reo,* o por preclusión de la investigación al demostrar alguna causal de exoneración de responsabilidad penal. Bajo esta premisa, *"el elemento determinante, del carácter justo o injusto de la privación de la libertad, tiene soporte en si quien la padeció es culpable o inocente"*[11]*,* es decir, si tenía el deber jurídico de soportarla, o si, por el contrario, el Estado le impuso una carga que afectó sus derechos fundamentales sin tener como respaldo fundamentos fácticos y jurídicos de la responsabilidad penal.

Frente a este tópico, con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, específicamente en el artículo 68, se estableció que el carácter injusto de la privación de la libertad surge como *"una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria"*[12]. Al respecto, frente a la determinación de los casos en donde se presenta privación injusta, el Consejo de Estado puntualizó que la interpretación y aplicación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 no podía constituir una restricción al contenido del artículo 90 de la Constitución Política, por el contrario, debía ser considerado como un complemento dentro del sistema normativo de responsabilidad estatal[13].

De acuerdo a la evolución jurisprudencial sobre la materia, encontramos que a través de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013[14], la Sección Tercera del Consejo

---

[10] Clasificadas por la jurisprudencia como actividades relacionadas con la conducción de redes de energía eléctrica, manejo y transporte de explosivos, uso de armas de fuego y conducción de vehículos automotores.
[11] Orejuela Pérez, Ervin Marino. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación legal e injusta de la libertad. En: Justicia Juris. Vol. 6. N° 12. octubre de 2009 – marzo de 2010, pág. 79 – 91. ISSN. 1692-8571.
[12] Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
[13] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)
[14] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354)

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

En ese mismo sentido, en sentencia del 14 de julio de 2016[15], el Consejo de Estado manifestó que la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad deriva de todos los eventos en los cuales el procesado privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación a su favor y, cuando en el proceso se determine que*:* i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica, siempre y cuando no hubiere mediado una falla en el ejercicio de la función jurisdiccional en cuyo caso podrá aplicarse un régimen subjetivo de responsabilidad.

De otra parte, la Corte Constitucional a través de sentencia SU-072 de 2018[16], en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, reiteró lo manifestado por esa Alta Corte en sentencia C-037 de 1996, respecto de que, se debe examinar la actuación que dio lugar a la medida restrictiva de este derecho fundamental, pues, en su criterio, no resulta viable la reparación automática de los perjuicios en dichos eventos, entonces, independiente del título de imputación, el juez administrativo debe estudiar si la privación es injusta o no, haciéndose indispensable que el estudio se enmarque en la determinación de si la medida que privó de la libertad al acusado fue razonable, proporcional y legal, y en esos términos preciso:

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

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

---

[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección «A». Sentencia del 14 de julio de 2016. Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación: 66001-23-31-000-2010-00149-01 (42476). En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).
[16] Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, Mag. Ponente José Fernando Reyes Cuartas.

efectuar mayores disquisiciones para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma.

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

Luego, la Sección Tercera del Consejo de Estado rectificó su postura a través de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018[17], en la cual explicó detenidamente las razones para apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora había sostenido el órgano de cierre, indicando lo siguiente:

> *"En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.*
>
> *En otras palabras, bajo la óptica de la actual posición jurisprudencial, basta que haya una privación de la libertad y que el proceso penal no culmine en condena, cualquiera que sea la razón, para que quien la sufre se haga merecedor de recibir una indemnización, así la medida de aseguramiento de la que fue objeto se haya ajustado a derecho y a pesar, incluso, de las previsiones de los artículos 90 de la Constitución Política, 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 68 de la Ley 270 de 1996, esto es, sin importar que el daño producto de ella (la privación de la libertad) sea antijurídico o no (se parte de la base de que ella es* per se *antijurídica) y casi que sin reparar en si fue la conducta del investigado la que llevó a su imposición.*
>
> *En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) "se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo", de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño"*.

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

> *"En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de*

---

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

ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

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

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

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

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

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

Dicha premisa entonces exigía al operador judicial demostrar para estos eventos que el daño (detención) *"cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad*."[18]

Finalmente, esta postura jurisprudencial fue reiterada en la sentencia de unificación emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 18 de julio de 2019[19], en la cual determinó los parámetros indemnizatorios del perjuicio material en materia de privación injusta de la libertad, e indicó sobre el título de imputación lo siguiente:

---

[18] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)
[19] Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado. 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572)

> *"La Sala indicó que, para tal fin, se torna imprescindible para el juez verificar, en primer lugar, si quien fue privado de la libertad incidió en la generación el daño alegado, por haber actuado con culpa grave o dolo, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.*
>
> *(…)*
> *De no hallarse en el proceso ningún elemento que indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, se debe realizar el análisis de responsabilidad a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, bajo el título de imputación pertinente al caso concreto y se debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño."*

Sin embargo, debe advertirse que la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018[20], fue debatida en sede de tutela a través de providencia de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, calendada el 15 de noviembre de 2019[21], **si bien dejó sin efectos la sentencia de unificación** (15 de agosto de 2018), esa decisión atendió a particularidades especificas del caso, limitando su análisis a que "*La Sala amparará el derecho al debido proceso, particularmente en lo referente a la presunción de inocencia, dejará sin efectos la sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado (exp. 46947) y dispondrá que en la sentencia de reemplazo se valore la culpa de la víctima sin violar su presunción de inocencia; y por las razones explicadas al determinar el problema jurídico, se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia en la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado.[22]";* lo que permite concluir que **desapareció formalmente** el criterio de unificación plasmado en la sentencia del 15 de agosto de 2018 con ponencia del Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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

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

Ahora bien, recientemente la Sección Tercera del Consejo Estado dio cumplimiento a la tutela y profirió en reemplazo de la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018[23],

---

[20] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)
[21] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Magistrado Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01, accionante: Martha Lucía Ríos Cortés y otros, contra Consejo de Estado, Sección Tercera.
[22] Aparte extraído de la conclusión de la sentencia antes resaltada. calendada el 15 de noviembre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01
[23] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SALA PLENA, consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

antes anunciada, la sentencia del 6 de agosto de 2020[24], a través de la cual no se impuso criterios de unificación, pero se concluyó con base en las posturas de la Corte Constitucional contenidas en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 que *"el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración."*

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

Conforme a lo anterior, y al dar una lectura integral a la providencia antes anunciada, que reemplazo la dejada sin efectos, es posible concluir que la Sección Tercera del Consejo de Estado mantiene un criterio conceptual respecto de la responsabilidad en materia de privación injusta de la libertad, consistente en que el carácter injusto debe analizarse desde el estándar de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida privativa de la libertad, lo que en cada caso deberá ser objeto de análisis; postura que se ha replicado con posterioridad en varias decisiones que han sido proferidas por el Consejo de Estado[25]:

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

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

> *"(…) La Corte Constitucional y el Consejo de Estado exigen, como primer requisito para declarar la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la demostración del daño antijurídico. En efecto,* ***la privación de la libertad dentro de un proceso penal que termina con una sentencia absolutoria***

---

[24] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Magistrado Ponente: José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46.947), actor: Martha Lucía Ríos Cortes y otros.
[25] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil veinte (2020), Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00436-01(50944), Actor: RICARDO ALFONSO ARZUAGA SALAZAR Y OTROS; Radicación número: 08001-23-31-000-2005-02812-01(47386) Actor: JORGE ENRIQUE ESCAFF CUSSE Y OTROS

> ***no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, pues se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable*** *a la administración. Así, el daño es antijurídico cuando la orden de restricción devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse."* (Negrilla y subraya fuera del texto original)

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

> ***"(…) PROCEDENCIA DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO / REQUISITOS DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO - Incumplimiento***
>
> *En vigencia de la Ley 600 de 2000, momento en el que se dispuso detener a la víctima directa del daño, los requisitos legales que debían cumplirse para adoptar tal medida estaban previstos en sus artículos 355, 356 y 357, y eran los siguientes: La procedencia de la medida según el tipo de delito imputado (art. 357). La existencia de <<por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso>> (art. 356). La existencia de medios de prueba que permitieran deducir que la medida era necesaria <<para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria>> (art 355). En este caso no se cumplieron dichos requisitos.*
>
> ***FUENTE FORMAL:*** *LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 355 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 356 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 357*
>
> ***MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – Debe exponerse la necesidad***
>
> ***Al momento de dictar la medida de aseguramiento la Fiscalía debía exponer las razones por las cuales se encontraban cumplidos los propósitos legales de la detención preventiva****, **lo cual no se hizo. El análisis de este aspecto es lo que le permite al juez administrativo determinar si la detención de la víctima directa del daño fue una determinación no solo legal sino adecuada, proporcional y razonable****. No se trata de saber simplemente si existían indicios de responsabilidad que pudieran justificar la imposición de una sanción en su contra: **se trata de determinar si existían razones que justificaran mantenerlo privado de la libertad durante el proceso.** En la providencia en la que se dispuso la detención preventiva del demandante (…) era necesario determinar si la medida se justificaba en los términos antes indicados. Sin embargo, en la Resolución del 13 de abril de 2004 la Fiscalía únicamente hizo referencia a los medios de pruebas que valoró para imponer la medida de aseguramiento, pero no expuso ninguna consideración, general ni particular, sobre su necesidad. (…)" (*Negrilla y subraya fuera del texto original)

Conforme a lo anterior, las líneas jurisprudenciales actuales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, permiten concluir que el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que luego termina con decisión de absolución, prescripción, o cualquier otro evento librándolo de la

responsabilidad penal, en sí misma, no es suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta, es decir, para ello, deberá analizarse la metodología determinada por el Consejo de Estado para concluir la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida impuesta, y en tal caso, sí constituye un daño antijurídico imputable a la administración, toda vez que *" a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.[26]",* a menos que se trate de casos en que el hecho no existió o la conducta es atípica, por operar allí la responsabilidad objetiva.

6. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES:

HECHO	MEDIO PROBATORIO
1. El 14 de abril de 2013, se llevó a cabo audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento en contra de Nery Ángel Bustos Palencia, por el delito de Extorsión Agravada, dentro del proceso con radicado No. 73-349-60-00448-2013-0184, en la que el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Control de Garantías de Honda-Tolima, impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.	Documental.- Acta de audiencia preliminar (Fols. 36-39)
2. Que el 18 de septiembre de 2013, la Fiscalía 71 Local de Honda, presentó escrito de acusación en contra de Nery Ángel Bustos Palencia como coautor de la conducta punible de Extorsión Agravado.	Documento.- Escrito de acusación (Fols. 90-94)
3. El 2 de diciembre de 2013, se llevó a cabo audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita – Tolima.	Documento.- Acta de audiencia de formulación de acusación (Fol. 299)
4. El 10 de febrero de 2014, se llevó a cabo audiencia preparatoria ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita – Tolima.	Documento.- Acta de audiencia preparatoria (Fol. 317-321)
5. Mediante auto del 16 de mayo de 2014, emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita-Tolima, se dispuso la libertad inmediata de Nery Ángel Bustos Palencia.	Documental.- Auto del 16 de mayo de 2014, emitido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita-Tolima (Fol. 365)
6. El 29 de mayo de 2014, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita – Tolima, se emitió sentencia absolutoria a favor de Nery ángel Bustos Palencia.	Documental.- Sentencia absolutoria del 29 de mayo de 2014, emitida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita – Tolima

7. CASO CONCRETO.

En ejercicio de la presente acción, la parte demandante pretende que las entidades accionadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de la privación de la libertad que se le impuso a Nery Ángel Bustos Palencia, dentro del proceso penal adelantado como autor del delito de extorsión.

---

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

Por su parte, el *a quo* accedió *a* las pretensiones de la demanda, al considerar que Nery Ángel Bustos Palencia sufrió una privación injusta de la libertad, al ser fue absuelto en el proceso penal, porque no se logró establecer más allá de toda duda razonable que fue el autor responsable de la conducta punible que se investigaba; dando lugar a un daño cierto, determinado y susceptible de ser cuantificado e indemnizado conforme a las pruebas documentales que reposan y que contienen las actuaciones judiciales llevadas a cabo en el proceso penal.

La parte demandante en su recurso de apelación solicitó la modificación de la sentencia apelada, y que se ordenare el reconocimiento de los perjuicios morales a Jorge Iván Palencia Arboleda, en su calidad de hijo, sin que sea necesario probar el daño moral, pues, con el solo parentesco se presume; y además se debe reconocer el daño material a la víctima directa, ya que cuando fue capturado, desarrollaba una actividad productiva - vigilante de vehículos - y, cuando- menos, debió percibir un salario Mínimo mensual, por lo que no acertada la tesis del despacho al indicar, que no se tasarían los perjuicios materiales en la modalidad de *lucro cesante*, por no estar acreditados.

Inconforme con la decisión la Rama Judicial, indicó 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 entidad.

Y la Fiscalía General de la Nación, en su apelación indicó que obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la carta Política y en la Ley 906 de 2004; y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales vigentes para la época de los hechos, por lo que realizó las tareas de investigación, por el punible de extorsión agravada; además que al que le correspondía la imposición de la medida de aseguramiento era al Juez de control de garantías.

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

7.1 El daño.

De acuerdo a ello, tal como se precisó, en el *sub-lite*, advierte la Sala que se encuentra demostrado el **daño alegado respecto de la detención o privación de la libertad**, toda vez que al demandante efectivamente se le restringió su libertad en razón al punible de Extorsión agravada, por solicitud de la Fiscalía 71 Local de Honda – Tolima, e impuesta por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Honda- Tolima.

Esta conclusión deviene del análisis de las pruebas, especialmente del acta de audiencia concentrada de legalización de la captura, formulación de imputación, e imposición de medida de aseguramiento celebrada el 14 de abril de 2013, (Fol. 36-39); Boleta de encarcelamiento o detención del 14 de abril de 2013 –(Fol. 140); cartilla biográfica del interno (Fol. 186-189); Auto del 16 de mayo de 2014 del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita – Tolima (Fol. 235); Boleta de libertad No. 002 del 16 de mayo de 2014 (Fol. 364) y Acta de derechos de capturado (Fol. 397).

Lo anterior, permite a esta Corporación concluir que el estuvo privado de la libertad, por lo que esta Sala puede determinar que la privación de la libertad - daño - se presentó del **14 de abril de 2013 al 16 de mayo de 2014, es decir, 1 año, 1 mes y 2 días.**

7.2. De la imputación.

En este punto, indica la Sala que armonizando las actuales posturas jurisprudenciales de la Corte Constitucional[27] y del Consejo de Estado[28], en cuanto al análisis de responsabilidad por los eventos de privación injusta de la libertad, partiendo propiamente de la antijuridicidad, puede concluirse que ésta se configura sin mayores exigencias cuando las causales de libertad se originan en que *i)* el hecho no existió y *ii)* la conducta era objetivamente atípica, en los que incluso se ha avalado el título de imputación de responsabilidad objetiva; y en los demás supuestos, relacionados con la absolución porque *iii)* no cometió el delito, *iv)* se dio aplicación del principio *in dubio pro reo*, y v) otros eventos de liberan la responsabilidad penal, la antijuridicidad queda supeditada al análisis de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, pues no resultaba suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en estos eventos, sino que es imprescindible, determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Bajo ese panorama jurisprudencial, es preciso advertir que no estamos frente a ningún caso en que se configure causal de aplicación para el régimen objetivo, por cuanto, Nery Ángel Bustos Palencia fue vinculado a una investigación penal, la cual finalizó con sentencia absolutoria por aplicar la duda a favor del procesado, lo que sin duda exige un estudio dentro del régimen de responsabilidad subjetiva – falla del servicio -, tal como se lo planteó inicialmente en el marco normativo, pues, así se puede extraer de la decisión penal, en los siguientes términos:[29]

> *"(…) De los elementos materiales probatorios y evidencia física referidos en la actuación, se puede establecer más allá de toda duda razonable que no fue acreditado en el juicio que Nery Ángel Bustos Palencia fue el autor responsable de la conducta punible que se investiga. Esta determinación se adopta por ser* ***evidente las dudas manifiestas en el investigativo que no pudo el ente acusador en el episodio antecedente acreditar****.*
>
> ***Frente a la duda insalvable para este juzgado no hay otra tesis distinta que la absolución por esta circunstancia así nos pronunciaremos****; sosteniendo de esta manera lo atisbado en la audiencia en la que se emitió el sentido del fallo. (…)" (negrilla)*

---

[27] Corte Constitucional, sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas
[28] Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, 15 de agosto de 2018, radicado 66001-23-31-000-2010-00235-01 (46947), y la sentencia Sección Tercera, Consejero Ponente José Roberto Sáchica Méndez, calendada el 6 de agosto de 2020, que reemplazo la sentencia antes anunciada, en cumplimiento de la sentencia de tutela (radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01).
[29] Visto en los folios 7 al 12 del cuaderno principal.

De acuerdo a ello, del material probatorio existente es preciso advertir que al expediente se allegó copia de las actuaciones preliminares surtidas por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Honda (Tolima), radicadas bajo el No. 73-349-60-00448-2013-00184, en el cual claramente se evidencia que la investigación se desarrolló bajo la ritualidad del procedimiento penal reglado en la Ley 906 de 2004, código vigente para la época de los hechos – 14 de abril de 2013 - por lo que la investigación fue adelantada contra Nery Ángel Bustos Palencia por el delito de Extorsión Agravada, por la Fiscalía 71 Local de Honda (Tolima), autoridad que solicitó la legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías de Honda, correspondiéndole ésta audiencia preliminar al Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Honda (Tolima), para finalmente, el conocimiento del proceso penal corresponderle al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita (Tolima), operador judicial que luego, absolvió al demandante por el delito acusado, tal como puede evidenciarse del fallo calendado el 29 de mayo de 2014 (Fols. 7-12 cuaderno principal).

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

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

> *"ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda* ***inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva*** *que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*
>
> *1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
> *2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
> *3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia."*

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

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

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

Bajo esa consideración normativa, se observa que el 14 de abril de 2013[30], se desarrolló la audiencia preliminar de la legalización de la captura en flagrancia, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en la cual se indicó como hechos que dieron origen a la captura en flagrancia del demandante, los siguientes:

"(…) El señor Fiscal solicita se de legalidad al operativo que termino con la captura de los señores ALEJANDRO ORTIZ USECHE Y NERY ANGEL BUSTOS PALENCIA, de conformidad con el artículo 301 numeral 1 modificado por la ley1453 de 2011 artículo 57 y 302 del C.P.P. el día 13 de los corrientes a las cuatro de la tarde por agentes del Gaula. Los hechos tuvieron ocurrencia el día siete (7) de abril en horas de la mañana, cuando el señor RAFAEL ENRIQUE AVILA GARCIA se percató que había un sobre blanco, el cual estaba sellado con ganchos de grapadora, cerca a la puerta principal de su casa ubicada en la calle 39 No. 11 -06 barrio jardín de esta ciudad, lo recogió y se da cuenta que hay unas hojas manuscritos de color azul y blanco en la cual le mencionan sus datos personales y sus actividades, le dicen que es un prestamista gota gota y que expende droga, que lo tiene vigilado las 24 horas. Además, le dicen que tiene bienes a su nombre, lo amenazan y le piden una suma de dinero por quinientos mil pesos ($ 500.000), dinero que debe ser entregado el 10 o 13 de abril de no hacerlo atentarían contra su vida, finalmente le dicen que espere llamada telefónica. Posteriormente recibió varias llamadas. El día 13 de abril a las 8:15 a.m. recibió nuevamente otra comunicación y según la víctima era la misma voz masculina, preguntándole que si ya tenía la plata, el señor RAFAEL ENRIQUE le contesto que con seguridad se la tendría ese mismo día a las cuatro de la tarde, el extorsionista le hizo saber que se encontraba por los lados de Mariquita y acordaron inicialmente la entrega en dicha ciudad, que a las dos de la tarde le daría las coordenadas; nuevamente el día 13 de abril a las dos de la tarde le hizo otra llamada la misma persona, donde le preguntó a la víctima que si ya tenía listo el dinero, la vía y que se encontraba por los lados de Lérida, que mejor le daba un número de una cédula y el nombre de una persona para que le consignara en alguna casa chancera, dándole el nombre de NERY ANGEL BUSTOS PALENCIA identificado con C.C. No.1.105.786.557 de Honda, para que le consignara la suma de trescientos mil pesos ($300.000), el señor Rafael le manifestó que mejor le entregaría personalmente, aceptando el extorsionista y acordaron la entrega en la ciudad de Honda, en la heladería Fuente mar ubicada en el centro de la ciudad. Es de anotar que el día anterior la víctima había tenido contacto con el Gaula y la Fiscalía. El Gaula monto el operativo en la zona, donde se dio captura a los imputados. (…)"

[30] Folios 36-39 del cuaderno principal

De la misma manera, se extrae del acta de esa diligencia que, conforme a esos hechos jurídicamente relevantes, se le imputó al actor el delito de Extorsión Agravado, contenido en el artículo 209 del CP; por ello, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.[31]

Luego, el 18 de septiembre de 2013, el Fiscal 71 Local de Honda presentó escrito de acusación en contra de Nery Ángel Bustos Palencia (Fol. 90-94), como coautor del delito de Extorsión Agravado, con base en los siguientes elementos materiales probatorios y evidencia física recolectada:

> *"(…) ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS, EVIDENCIA E NFORMACIÓN LEGALMENTE OBTENIDA*
>
> *TESTIGOS:*
>
> 1. *RAFAEL ENRIQUE ÁVILA GARCÍA (denunciante y víctima), (…)*
> 2. *Intendente FREDY SANDOVAL BARRIOS (…)*
> 3. *Subintendente CARLOS MARIO MONTOYA, (…)*
> 4. *Patrullero LEONARDO LEÓN PALOMINO (…)*
> 5. *Intendente ARNEY OROZCO CASTRO (…)*
>
> *FUNCIONARIO DE POLICÍA JUDICIAL AL QUE LE CORRESPONDA VERIFICAR LA PLENA IDENTIDAD DEL SEÑOR NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA. (…)*
>
> *DOCUMENTOS:*
>
> 1. *INFORME EJECUTIVO FORMATO FPJ-3 DE FECHA 14/04/2013.*
> 2. *Acta de conformación de paquete firmado por la víctima*
> 3. *Fotocopia de billetes utilizados en el procedimiento*
> 4. *acta de derechos del capturado NERY ÁNGEL BUSTO PALENCIA*
> 5. *Noticia Criminal 733496000448201300184*
> 6. *Acta de incautación, paquete encontrado a NERY ÁNGEL BUSTOS*
> 7. *Acta de Notificación y derechos de las víctimas*
> 8. *Solicitud de antecedentes de NERY ÁNGEL BUSTOS*
> 9. *Formato de arraigo de NERY ÁNGEL BUSTOS*
> 10. *Registros de Cadena de custodia*
> 11. *Reseña de NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA*
> 12. *Interrogatorio recibido a NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA*
> 13. *Entrevista de MILTON BETANCOURT*
> 14. *Declaración jurada recibida ALEJANDRO ORTIZ USECHE*
> 15. *Estudio Socioeconómico a NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA*
> 16. *antecedentes del imputado NERY ÁNGEL BUSTOS PALENCIA (…)"*

Luego, se evidencia que el conocimiento de este asunto, le correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Mariquita – Tolima; quien adelantó la etapa de juicio oral y el 29 de mayo de 2014, emitió sentencia de carácter absolutoria[32].

---

[31] *Visto en el folio 36 al 39*
[32] *Visto en los folios 7 al 12 cuaderno No. 01*

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

De acuerdo a ello, conforme las pruebas antes relacionadas es posible inferir, en primer lugar, que el delito de Extorsión Agravada que le fue imputado a Nery Ángel Bustos Palencia, en su momento tuvo respaldo en:

- Formato único de Noticia Criminal FPJ-2 del 13 de abril de 2013, suscrito por Policía Judicial donde el denunciante informó[33]:

"(…) actualmente laboro en oficios varios en el municipio de honda Tolima, tengo una buseta de propiedad, de servicio público urbano, y soy prestamista, y a partir de la noche del domingo 07 de Abril del 2013, yo estaba acostado durmiendo en mi residencia, y cuando me levanté en la mañana, entonces me percaté que había un sobre color blanco grapado con ganchos en sus bordes, este sobre estaba en el bordo de la puerta de la entrada principal de mi casa, yo procedí a abrirlo para verificar que información tenia y encontré unas hojas manuscritas tamaño carta, la primera hoja era color azul con letras manuscritas en mayúscula donde me resaltaban mis datos personales me decían que yo vendía droga y que presto plata al gota a gota, me hacen saber que me tienen vigilado las 24 horas del día, me nombran algunos de mis bienes, me amenazan, y aparte de esta hoja azul que viene grapada con otras tres hojas tamaño carta color blanco que las dejo a disposición en esta denuncia para que la investiguen, en estas hojas también me escriben que debo darles la suma de $500.000 mil pesos para el día 10 o el 13 de abril a cambio de no atentar en contra de mi integridad, me reiteran que conocen todos mis datos de ubicación, y todo pasó así y como ya me habían escrito que me iban a llamar a mi celular pues yo estaba esperando esa comunicación, y la primer llamada la recibí el día viernes 12 de abril del 2013 a las 11:15 de la mañana a mi teléfono celular N° 311-3372819 se originó del número o código 2222333555, este número era el que aparecía en el identificador de mi celular, en esta comunicación una persona de voz masculina con acento del municipio de honda me manifiesta que es un integrante de la organización o un grupo armado que operaba aquí en Honda pero no me dio ningún nombre, y me hizo saber que su Patrón lo había mandado a reclamar la plata exigida en el escrito o sea la suma de los 500.000 mil pesos, pero no me dijo como se llamaba su patrón ni a qué organización pertenecía, yo le respondí que porque me estaba exigiendo esa plata, él me dijo que era orden del patrón y que además el solo cumplía órdenes, yo le aclaré que no era jíbaro ni vendía vicio y que simplemente era. prestamista con una pequeña cartera en el municipio de HONDA, finalmente yo le pedí un plazo para recogerle la plata que cuanta plata era la que me había exigido inicialmente, yo le dije que la suma de $500.000 mil pesos, el me dijo que llegáramos a un acuerdo y que le recogiera para el día de hoy la suma de $300.000 mil pesos, y que cuando yo tuviera el dinero exigido entonces me mandaría dos muchachos en una moto DT color blanco para que les entregara dicha plata, además me advirtió que no le fuera a preguntar nada y qué no fuera a tener movimientos con las autoridades o la ley, que de no hacer la exigido que en menos de 24 horas seria hombre muerto, y para él día de hoy 13 de abril del 2013 eran aproximadamente las 08:15 de la mañana cuando recibí una nueva comunicación a mi teléfono celular N° 311-3372819 originándose de un numero 940426235, donde pude notar que era la misma voz masculina la cual pude grabar con otro celular colocando el que estaba recibiendo la comunicación en alta voz, en esta comunicación me dijo

[33] Folios 2 al 12 del cuaderno 1 pruebas demandante

que, si ya estaba lista la plata exigida, yo le manifesté que con seguridad se la conseguiría para el día de hoy a las dos de la tarde y él me dijo que se encontraba por el sector de mariquita entonces acordamos que le entregaría el dinero exigido de extorsión en ese sitio o sea en mariquita a las dos de la tarde, por lo que me respondió que me llamaría nuevamente a las dos de la tarde para darme las coordenadas para que yo le entregar la plata, además me hizo saber que de no ser así entonces que me daría un número de cuenta para que se la consignara, yo le dije que se la entregaba personalmente en mariquita, entonces me resaltó que a las dos de la tarde me realizaría una nueva llamada para acordar lo exigido y me colgó, y siendo las dos de la tarde del día de hoy 13-04-2013, me hizo otra llamada la misma la persona a mi número que antes Menciono del mismo numero 2222333555 donde la misma persona me preguntó que si la plata ya la tenía lista yo le dije que, si la tenía lista, entonces esta persona me hizo saber que había mucha policía sobre la vía que además, estaba sobré el sector de Lérida y que mejor el me daría un numero de cedula y el nombre de una persona para que se la consignara desde una casa chancera y me dio el nombre de NERY ANGEL BUSTOS PALENCIA con numero de cedula 1105786557 la suma de 300.000 mil pesos, donde finalmente yo le dije que mejor se la entregaba de manera personal, por lo que el de inmediato (…) entonces procedí a dirigirme hasta el lugar exigido en la comunicación por el extorsionista y al llegar a la heladería, ya eran como las cuatro de la tarde, me senté en tina de las Sillas que hay en la parte de afuera del establecimiento, y recibí otra comunicación por parte de la misma voz de la persona que antes me había llamado, donde me dijo que ahí en el sitio ya estaba la persona que me iba a recibir el dinero, que era una persona de edad ose aún viejito qué tenía una cachucha y un carrilito terciado, me exigió que le entregara la plata lo más pronto posible, yo le respondí que si el señor si era de confianza porque no quería que después me volvieran a llamar para exigirme más plata, el me respondió que se la entregara, y me colgó el teléfono y de inmediato observe que se me acerco una persona con características similares a las que el extorsionista momentos en la comunicación me había dado; o sea una persona de edad que vestía un pantalón color blanco, un buzo verde con franja azul y una gorra color verde oliva, aparentando más de 60 años, con cabello largo canoso, contextura delgada, tés morena con una estatura de 1,75cm, esta persona se me acercó me saludó y me hizo saber que era la persona encargada de recibir la plata, me resaltó que le tuviera confianza que el llevaba más de 6 años trabajando con la organización, entonces yo tome la decisión de sacar la plata de uno de mis bolsillos del pantalón y entregársela, él la recibió me preguntó que si estaba completa yo le dije que si quería que la contara pero ahí estaba completa, yo vi que la echó en uno de sus bolsillos y salió caminando normal, de inmediato y al instante los funcionarios del GAULA procedieron a capturado; de inmediato yo me pare de este sitio, y pude observar que la persona que me había acabado de recibirla plata se reunió con otra persona a una distancia de no más de 10 Metros o sea ahí mismo en el sitio (…)"

- Informe ejecutivo FPJ-3 del 14 de abril de 2013, suscrito por el personal del Grupo Gaula de la Policía Nacional, en el que consta el resumen de la denuncia antes transcrita y lo siguiente[34]:

"(…) DESCRIPCIÓN DE EMP y EF RECOLECTADOS

A NERY ANGEL BUSTOS PALENCIA Quien se le incautó la suma de $300.000 mil pesos en efectivo en 19 billetes de nominación 50.000 mil pesos

[34] Folios 16 al 25

(01 billete 20.000 mil pesos (09) billetes, billetes de 10.000 mil pesos (05) y (04) de 5.000 mil pesos, para un total de 300.000 mil pesos en efectivo. (…)".

- Acta de incautación de dinero, suscrita por personal del Gaula de la Policía Nacional[35]:

"(…) A la hora y fecha indicada en la carrera 11 Nro. 14-77 barrio el Carmen, diagonal al
banco popular, el señor PATRULLERO LEONARDO LEON PALOMINO Funcionario del
GAULA, le incauta al señor NERY ANGEL BUSTOS PALENCIA Identificado con cedula
de ciudadanía número C.C. 1'05.786.557 la suma de trecientos mil pesos ($ 300.000) dinero exigido por los extorsionistas, De la siguiente denominación así:

NUMERACIÓN DE BILLETES:

Cantidad: *19*

Denominación: *1 de cincuenta mil pesos, 9 de veinte mil pesos, 5 de diez mil pesos y 4 de cinco mil pesos.*

Numeración: 54733198, 24248538, 57622480, 98674706, 13872642, 22726281, 15608683, 24189471, 77417321, 15407716, 85909880, 93286192, 11855138, 31239068, 23679327, 37365041, 97808983, 75701372, 564821241(…)"

- Acta de devolución de dinero a la víctima de la extorsión Rafael Enrique Ávila, en la que consta[36]:

"(…) A la hora indicada y fecha, se reunieron en LAS INSTALACIONES DE POLICÍA DE HONDA TOLIMA, el señor LEONARDO LEON PALOMINO, Funcionario investigador de GAULA GRUPO EXTORSIONES y el señor RAFAEL ENRIQUE AVILA GARCÍA con el fin de hacer devolución de trecientos mil pesos, así:

NUMERACIÓN DE BILLETES:

Cantidad: *19*

Denominación: *1 de cincuenta mil pesos, 9 de veinte mil pesos, 5 de diez mil pesos y 4 de cinco mil pesos.*

Numeración: 54733198, 24248538, 57622480, 98674706, 13872642, 22726281, 15608683, 24189471, 77417321, 15407716, 85909880, 93286192, 11855138, 31239068, 23679327, 37365041, 97808983, 75701372, 564821241(…)".

[35] Folio 26
[36] Folio 31

Conforme al delito imputado al demandante, también se puede concluir que se cumplió con los requisitos de procedencia del artículo 313 de la Ley 906 de 2004, toda vez que el delito investigado superaba los cuatros años de prisión, porque la extorsión específicamente contempla una pena de 192 a 288 meses, sumado a que, el delito era de competencia de un juzgado penal del circuito, por lo que se cumplieron los requisitos exigidos por el ordenamiento legal para la imposición de las medidas privativas de la libertad.

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

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

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

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

De la misma manera, siguiendo con la metodología planteada por el Consejo de Estado[37], y al no probarse la falla del servicio respecto de la imposición de la medida de aseguramiento, no se evidencia que en la demanda se estableciera alguna condición especialísima que exija su estudio o análisis desde la óptica del daño especial, así como tampoco de las pruebas se puede acreditar alguna situación o circunstancia que produjera algún daño especial o anormal que rompa el principio de igualdad frente al obrar legítimo, proporcional y razonable de la administración al imponer la medida de aseguramiento que aquí fue objeto de estudio.

De esa manera, encontrándonos en el análisis de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, efectivamente se puede constatar que el actor Nery Ángel Bustos Palencia padeció un daño, pero el mismo adolece de ser antijurídico, comoquiera que es imputable a su propio actuar, pues, constituyó el elemento efectivo y determinante para la imposición de la medida de aseguramiento, y en tal sentido, la obligación de repararlo desaparece totalmente.

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

8. CONCLUSIÓN.

De acuerdo a todo lo expuesto, ante la falta de acreditación de un daño antijurídico por la privación de la libertad, las pretensiones elevadas en la presente demanda, se negarán, y por ello, se revocará la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué.

9. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

10. OTRAS CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia fue estudiada y aprobada mediante la utilización de

---

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

medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 19 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, y en su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

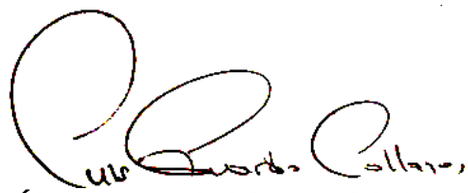
SEGUNDO: **CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA., para lo cual se fija el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, como agencias en derecho por cada una de las instancias.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados[38],

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ **JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA**



LUÍS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

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