

Señores
CONSEJO DE ESTADO
Dr. LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Bogotá D.C.
E.S.D.

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO: 11001-03-15-000-2021-05116-00
DEMANDANTE: JAVIER ARMANDO GONZÁLEZ ACOSTA
DEMANDADO: CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN
TERCERA – SUBSECCIÓN A

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad concedida por Ley, manifiesto que apelo la decisión tomada en la tutela arriba descrita, por las siguientes razones:

DE LA APELACIÓN

En mi contra se adelantó proceso penal, por el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan, consagrado en el artículo 327 A, en los siguientes términos:

"El que se apodere de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan debidamente reglamentados, cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, poliducto o a través de cualquier otro medio, o cuando se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años y multa de mil trescientos (1.300) a doce mil (12.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes" (Primer inciso).

Dispone el código penal (ley 599 de 2000), en su artículo 9º. que *"Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado"*.

Y en relación con la tipicidad, el artículo 10º de la misma Ley dispone que: *"La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal"*.

Atendiendo a lo señalado, podemos afirmar que el tipo penal objetivo consagrado en el artículo 327 A del código penal,

señala un conjunto de elementos, que podemos recoger en los siguientes términos:

- El: Sujeto activo del delito.
- Apoderarse: Verbo rector.
- Hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan debidamente reglamentados, cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, poliducto o a través de cualquier otro medio, o cuando se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo: Elementos descriptivos del tipo penal.

En cuanto al elemento subjetivo, la conducta debe ser valorada en su modalidad dolosa, toda vez que no se consagran sus modalidades culposa o preterintencional (artículo 21 ley 599 de 2000).

A efectos de determinar si una conducta es típica, se procede a realizar un proceso de adecuación de la misma, con el conjunto de elementos que la componen. Si los mismos son coincidentes, podemos afirmar que el requisito de la tipicidad se cumple; si por el contrario, falta por lo menos uno de los elementos, se afirma que la conducta es atípica.

Traducidos estos conceptos al campo de la sentencia penal que absolvió al suscrito, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Sincelejo (Sucre), de fecha 30 de diciembre de 2009, se tiene que en esta providencia se afirma:

"Como ha quedado establecido en las líneas anteriores, al paginarlo (sic) no se allegó prueba alguna en relación con la tipicidad de la conducta punible, o dicho en otras palabras, no se aportó el experticio técnico que determinara con certeza, cual era la composición, concentración e ingredientes de la sustancia líquida encontrada en poder de los hoy sentenciados, razón por la cual para considerar que la falta de dicha probatura, conduce indefectiblemente a la no demostración de la tipicidad de la conducta punible, habiéndose de emitir a favor de los acusados sentencia absolutoria".

Por más que en otro aparte de la misma sentencia señale que la decisión absolutoria se dicta con base en que no se reúne los requisitos señalados en el inciso 2º del artículo 232 de la Ley 600 de 2000, es decir, la inexistencia de certeza del hecho y de la responsabilidad, lo cierto, es que la **atipicidad de la conducta** deviene de la ausencia de prueba técnica que demuestre si la sustancia decomisada a los indagados se corresponde con alguno de los elementos descriptivos

señalados en el tipo penal; esto es, si se trata de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan debidamente reglamentados, cuando sean transportados a través de un oleoducto, gasoducto, poliducto o a través de cualquier otro medio, o cuando se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo.

En tales condiciones la ausencia de acreditación de los elementos descriptivos del tipo penal, es decir, la determinación de la calidad de la sustancia decomisada, torna en **atípica la conducta**, y a ello corresponde la expresión de la sentencia absolutoria cuando afirma que estamos en presencia de la “*no demostración de la tipicidad de la conducta*”.

Ahora bien, desde el punto de vista de la jurisprudencia administrativa en materia de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, ¿qué se ha afirmado cuando estamos en presencia de una conducta atípica?

La propia sentencia de tutela objeto de impugnación cita la jurisprudencia de la Corte Constitucional SU-072/2018, en la cual se dispone lo siguiente:

*“Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado – el hecho no existió o **la conducta era objetivamente atípica** – es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”.* (negrilla extratexto).

En tales condiciones, el análisis penal de la conducta conduce a la **atipicidad de la misma**, y el análisis administrativo nos lleva a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad; por ello considero que no acierta la sentencia de primera instancia cuando señala que:

“Es decir, que la interpretación correcta de los artículos 68¹ de la Ley 270 de 1996 y 90 de la Constitución Política consiste en que, en estas normas y, en ninguna otra, se establece un único título de atribución para efectos de determinar la responsabilidad del Estado en cuanto a las privaciones de la libertad que se consideran injustas, pues por el contrario, lo que corresponde en estos eventos es un análisis particular de cada caso con el propósito de establecer si la imposición de la referida restricción cumplió con los criterios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad”.

El disenso que presento se debe a que la decisión de la Corte Constitucional SU-072 de 2018, es supremamente clara en relación con la aplicación del régimen objetivo en los casos de atipicidad de la conducta, y por lo tanto, no es dable la

¹ **“ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.** Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

aplicación del régimen de la falla del servicio, en la cual se predica la necesidad de analizar los criterios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

Tan cierto es que aquí no tiene cabida dicho análisis que se ubica en el ámbito de la falla del servicio, que en este caso no existió imposición de medida de aseguramiento, y por lo tanto, tales criterios no tienen base probatoria para su análisis.

Por ello, es materia de la impugnación lo dicho por la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

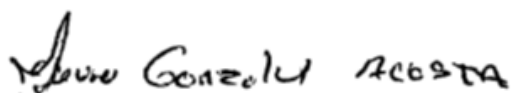
"En consonancia con los argumentos de la autoridad reprochada, no basta con que exista una sentencia penal absolutoria para que opere la condena contra la Nación de manera automática, pues lo que le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo es revisar y establecer si la decisión a partir de la cual se hizo consistir el daño se sujetó a los criterios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad".

Si se atiende a la jurisprudencia de la Corte Constitucional SU-072 de 2018, que constituye un precedente de obligatorio cumplimiento, no cabe duda que el análisis a partir de los criterios de legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y necesidad no tienen cabida en este caso para definir el régimen de responsabilidad penal, toda vez que la atipicidad de la conducta, lo sitúa en el campo de la responsabilidad objetiva.

En tales condiciones, al valorar indebidamente la causal de absolución en el proceso penal en mi favor, la Magistratura de primera instancia erró en la selección del régimen de responsabilidad administrativa aplicable en este caso, y por ello, desatendió las causales invocadas en favor de la protección de los derechos del tutelante.

Con base en las anteriores consideraciones, solicito de los Honorables Magistrados de segunda instancia, que revoquen la sentencia de tutela impugnada y protejan mis derechos fundamentales.

Atentamente,


JÁVIER ARMANDO GONZÁLEZ ACOSTA
C.C. 92 034 063