

**RV: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PROCESO 2021-00215; DEMANDANTE:
HERNANDO GELVES PINILLA**

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 9/12/2021 3:26 PM

Para: Juzgado 35 Administrativo Seccion Tercera - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin35bta@notificacionesrj.gov.co>

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
RJLP

De: Jesus Antonio Valderrama Silva <antonio.valderrama@fiscalia.gov.co>

Enviado: jueves, 9 de diciembre de 2021 1:52 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: abogadospenalistas6@gmail.com <abogadospenalistas6@gmail.com>; karime Chavez Niño <kchavez@procuraduria.gov.co>; Direccion Seccional Administracion Judicial - Seccional Bogotá <desajbtanotif@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PROCESO 2021-00215; DEMANDANTE: HERNANDO GELVES PINILLA

Señor

JUEZ TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, D.C.

E. S. D.

ACCIÓN : REPARACION DIRECTA
ACTOR : HERNANDO GELVEZ PINILLA y Otros
EXPEDIENTE : 110013336035202100215 00
DEMANDADA : NACIÓN -RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACION

APODERADO FGN: JESÚS ANTONIO VALDERRAMA SILVA

CONTACTO: CEL.3112502983

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene

información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

Señor
JUEZ TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, D.C.
E. S. D.

ACCIÓN : REPARACION DIRECTA
ACTOR : HERNANDO GELVEZ PINILLA y Otros
EXPEDIENTE : 110013336035202100215 00
DEMANDADA : NACIÓN -RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACION

JESÚS ANTONIO VALDERRAMA SILVA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19'390.977 de Bogotá, D.C., con Tarjeta Profesional No. 83.468 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme al poder y anexos adjuntos, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran el Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA** y Otros.

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P y D.806 de junio 4 de 2020, procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 3 de noviembre de 2021, por correo electrónico.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

-. **CONFORME** a los hechos **PRIMERO a CUARTO, SEXTO, SEPTIMO y NOVENO** de la demanda, los cuales encuentran sustento en los documentos anexos a la misma, como aspectos relevantes, se establece que:

1-. Los hechos del proceso penal 68615600014920110004500, por los delitos de *Homicidio Agravado y Tráfico, Fabricación y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones*, tuvieron su génesis el 27 de febrero de 2011, en horas del atardecer, a 200 metros de la escuela ubicada en zona rural de la vereda “Espuma Alta”, Rionegro (Sant.), a orillas de la carretera donde, con heridas en su cráneo, por proyectil de arma de fuego, se encontró sin vida el cuerpo de GUSTAVO VELASCO, quien ese día fue visto en compañía de otro sujeto, al parecer, buscando una guaca y quien, dentro de las labores investigativas (*entrevistas, retratos hablados, reconocimientos, etc.*), posteriormente, fue identificado como **HERNANDO GELVEZ PINILLA**.

2-. Como consecuencia lo anterior, con fundamento en los arts. 297 y ss. de la ley 906 de 2004, el *Juzgado Promiscuo Municipal de Rionegro* (Sant.), por solicitud de la Fiscalía, expidió la Orden de Captura No. 0241052 contra el Señor HERNANDO GELVEZ PINILLA, la cual se materializó el 31 de enero de 2013.

3-. La **legalidad** de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fue impartida, desde el inicio, el 1º de febrero de 2013, por el *Juzgado Séptimo Penal Municipal con función de Control de Garantías*, durante la realización de las *Audiencias Preliminares* concentradas de legalización de la captura, formulación de imputación y e imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, intramural, con fundamento en los artículos 306 y ss. del C.P.P., por los delitos de *Homicidio Agravado (Art. 103, 104 Numeral 7º del C.P.)* y *Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones (Art. 365 del C.P.)* .

En dicha oportunidad, aunque el hoy demandante GELVEZ PINILLA no se allanó a los cargos, no se acredita en la demanda que el mencionado, a través de su defensor, hubiera objetado las

mentadas decisiones, tampoco ejercitado los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que dichas actuaciones fueron legales y se mantuvieron incólumes, durante todo el proceso, esto es, la investigación y el Juicio.

Según se observa, la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta, porque es viable su restricción en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como en los mecanismos de **CAPTURA** y **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA**, los cuales, vale la pena resaltar, tan sólo han sido instituidas para lograr la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad.

Desde la anterior óptica, el **daño antijurídico** reclamado en la demanda por la **privación injusta de la libertad** del Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**, realmente resulta **INEXISTENTE** a la luz de los criterios establecidos en la sentencia C-037 de 1996, la cual señala:

"...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. (Subrayo y resalto)

Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la 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 del patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados." (Subrayo y resalto)

"... una falta por parte del administrador de justicia que conlleve responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art.228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez". (Subrayo y resalto)

ME OPONGO, por lo tanto, al hecho **QUINTO** de la demanda, sobre la negligencia, incuria y mora judicial que atribuye el censor a mi representada, en torno a la **LIBERTAD PROVISIONAL** del Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA** el 23 de diciembre de 2016.

Lo anterior, dado que se trató de la concesión de un *subrogado penal*, acaecido en la etapa del Juicio, POR VENCIMIENTO DE TERMINOS, con fundamento en el artículo 317, numeral 6º, de la Ley 906 de 2004, el cual prescribe, entre otros eventos, que la libertad del acusado procederá *"..Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.."*.

Dicha circunstancia, en el presente caso, resulta totalmente *ajena* a las actuaciones de mi representada y, por lo tanto, **NO** le es imputable *fáctica* ni *jurídicamente* a la Fiscalía General de la Nación, como ente *acusador* dentro del proceso.

4-. El **escrito de acusación**, en efecto, fue presentado por la Fiscalía el 2 de abril de 2013 y, por reparto, correspondió el mismo al *Juzgado 7º Penal del Circuito con funciones de conocimiento de*

Bucaramanga, despacho judicial ante el cual mi representada lo sustentó el 29 de mayo de 2013 en la **Audiencia de Formulación de Acusación**.

Tampoco se acredita que, en esta oportunidad procesal, conforme a las previsiones del artículo 339 del CPP, ordenado el traslado a las partes, el Ministerio Público o la defensa técnica del entonces acusado hubieran planteado irregularidad alguna que suscitara la *nulidad* de lo actuado, u observaciones al *escrito de acusación*, si éste no reunía los requisitos exigidos en el artículo 337 *ibídem*.

Luego, hasta acá, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumplió la **Fiscalía General de la Nación** su labor constitucional y legal de *investigar* los hechos que le fueron puestos en conocimiento, constitutivos del delito contra la Vida y la Integridad personal y otro, al igual que **acusar** al presunto responsable ante el Juez competente, además, reitero, solicitando al Señor Juez de Control de Garantías adoptar las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, las víctimas.

5-. El **Juicio Oral** se inició el 17 de marzo de 2014 y continuado en sesiones del 8 de julio, 12 de septiembre, 24 de octubre de 2014, 15 de abril, 5 de junio, 17 de septiembre y 11 de noviembre de 2015. Luego, asumió por reparto el conocimiento del proceso el *Juzgado 8º Penal del Circuito con función de conocimiento de Bucaramanga* donde se continuo el juicio oral en sesiones el 14 de marzo, 29 de abril, 7 de junio, 17 y 18 de agosto, 1 y 30 de noviembre 2016.

6-. El 17 de febrero de 2017 se llevó a cabo **Audiencia de emisión de sentido de Fallo Absolutorio** por el *Juzgado 8º Penal del circuito con función de conocimiento de Bucaramanga* y el 18 de abril de 2017 profirió **Sentencia Absolutoria** en favor del Señor HERNANDO GELVEZ PINILLA, en aplicación estricta del beneficio de la *duda* o principio universal de *In dubio pro reo*, con fundamento en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior, por considerar el *juzgador* que las pruebas introducidas y debatidas en el **Juicio** no le llevaron al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la responsabilidad del acusado.

7-. En contra de la anterior decisión definitiva, la delegada de la Fiscalía y el representante de víctimas interpusieron y sustentaron el recurso ordinario de **Apelación**, solicitando se revocará integralmente el fallo de primera instancia, mediante el cual se ABSOLVIO al Señor HERNANDO GELVEZ PINILLA.

8-. El 21 de julio de 2017 el *H. Tribunal Superior de Bucaramanga -Sala Penal-*, desató el recurso de Alzada **revocando** la decisión del *A quo* y, en su lugar, con base en el análisis y la valoración autónoma de todas y cada una de las pruebas practicadas en el Juicio, atendidas las circunstancias en que ocurrieron los hechos y las personales del involucrado con la víctima, al hallarlo a aquel responsable del delito de *Homicidio* que le fuera imputado, por lo cual **CONDENÓ** al Señor HERNANDO GELVEZ PINILLA a la pena principal de 420 meses de prisión y a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años, en calidad de **autor** del delito de *Homicidio Agravado* y declaró la prescripción del delito de *Tráfico, Fabricación y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones*.

9-. Dentro del término legal contra esta sentencia de segundo grado se interpuso el **Recurso Extraordinario de Casación** por parte de la defensa ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala de decisión penal, el cual fue resuelto el día 5 de diciembre de 2018 la *H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Penal-*, donde RESUELVE: 1º. CASAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 21 de julio de 2017 contra

HERNANDO GÉLVEZ PINILLA y; en su lugar, 2º. Restaurar el fallo absolutorio proferido el 18 de abril de 2017 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de esa Ciudad.

Lo anterior, en suma, al invalidar la conclusión fijada indiciariamente por el Tribunal, por haber incurrido en errores de hecho, pues en sentir de la Máxima Corporación no hay evidencia circunstancial suficiente para aseverar, en un grado de conocimiento mas allá de toda duda, que HERNANDO GELVES PINILLA es el autor del Homicidio de GUSTAVO VELASCO. En aplicación del artículo 7º de la Ley 906 de 2004, entonces la **duda** probatoria se resuelve en favor del procesado.

-. **ME OPONGO** al hecho **OCTAVO** de la demanda, porque la demanda o recurso extraordinario de Casación constituye un juicio de legalidad contra la Sentencia, mas no contra las actuaciones de la Fiscalía dentro del proceso.

Por otro aspecto, referente a los hechos *b) Relacionados con el nexo causal “Privación injusta de la libertad y error judicial de la administración de justicia”*, disiento la crítica del actor a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en el proceso, en torno a los yerros judiciales cometidos en punto de la valoración de las pruebas, al momento de proferir sentencia.

Lo anterior, atendiendo los principios de “**gradualidad**” y “**progresividad**” dentro de la investigación penal, porque contrario a lo señalado en la demanda, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **SÍ** cumplió desde el inicio su labor de demostrar los enunciados fácticos en los que basó sus pretensiones ante el *Señor Juez de Control de Garantías*, para la legalización de la captura, formulación de imputación y solicitud de imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva al Señor HERNANDO GELVES PINILLA, por el delito de Homicidio, acorde con las previsiones legales, lo cual desvirtúa que esta actuación por parte de mi representada fue *injusta, arbitraria o irrazonable* en clave de los derechos que constitucional y legalmente al Señor HERNANDO GELVES PINILLA le son reconocidos.

Acerca de la imposición de la *medida de aseguramiento privativa de la libertad*, conviene precisar que la H. Corte Constitucional, en sentencia C-774 de 2001, ha explicado que la detención preventiva, la cual implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, como su nombre lo indica, constituye un acto eminentemente jurisdiccional, de naturaleza perentoria, preventiva y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, en igualdad de condiciones (*armas*), bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley consagran.

*Para la solicitud de la anterior medida, no se requiere un grado de **certeza** acerca de la responsabilidad del procesado, pues, conforme a los artículos 308 y ss. del C.P.P., 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, destaque, **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.*

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

Conforme a lo anterior, la persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal.

Según se observa, en las circunstancias descritas, la absolución del Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**, por **duda**, **NO** deslegitima ni desvirtúa de manera **automática** las actuaciones cumplidas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en la investigación y el Juicio.

Cabe señalar que las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación **NO** se encuentran encaminadas a que en todos los eventos se emita sentencia condenatoria.

Así lo manifestó el H. Consejo de Estado, en sentencia del 6 de diciembre de 2017, dentro del proceso 73001-23-00-000-2012-00327-01(53905), cuando consideró que si bien el ente acusador fue la autoridad que promovió la acción penal y recaudó los elementos materiales probatorios que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, “...**no es menos cierto que sus funciones constitucionales y legales no se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita condena, sino que las mismas, de conformidad con los artículo 250 de la Constitución Política y 66 de la Ley 906 de 2004, tienen como finalidad que se investiguen los supuestos que revisten las características de delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.**”(destaco)

También la **H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en Sala de Casación, dentro del radicado número: 29118, de fecha 23/04/2008, en el anterior sentido, ya había señalado:

"(...) la Sala no aprecia que de verdad la función que constitucional y legalmente le ha sido deferida a la Fiscalía, se agote, o mejor, cumpla su propósito con el solo hecho de obtener que a toda costa se emitan sentencias de condena, únicamente porque la decisión de acusar marca el sino indefectible del comportamiento procesal a adoptar por ese ente en el período enjuiciatorio.
(Subrayo y resalto)

En este sentido, debe recordarse cómo la implementación del sistema acusatorio en nuestro país implicó una reforma constitucional que, en lo sustancial, representó variar las competencias y funciones de la Fiscalía General de la Nación, a efectos de obtener, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto, que esa entidad dejara de lado o minimizara al extremo sus funciones eminentemente judiciales, para que pudiera concentrarse en las tareas de investigación y acusación, inherentes a la sistemática buscada implementar.

(...)

Porque, si bien, dentro de la sistemática acusatoria, a la Fiscalía se le otorga la función instrumental, propia de ella, de acusar, no puede significarse que esa tarea represente un fin en sí mismo, o mejor, gobierne la teleología de qué es lo debido realizar por el fiscal en cada caso concreto. (Subrayo y resalto)

Ella, por cuanto, aunque esa nueva perspectiva del actuar de la fiscalía dentro de un proceso de partes implica de sus funcionarios una determinada actividad encaminada a demostrar la que se ha asumido particular teoría del caso, por virtud de lo cual ya no se hace imperativo el mandato de la Ley 600 de 2000, de investigación integral que busque allegar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, es lo cierto que su teoría del caso debe basarse en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar

beneficio para el procesado, pues, resulta inaudito que se diga cubierto el cometido constitucional de la Fiscalía, solo porque, adoptada una particular perspectiva de los hechos, se obtuvo la sentencia condenatoria pretendida, aún reconociendo que esa óptica no se corresponde con la realidad. (Subrayo y resalto)

(...)

En suma, la adscripción de la Fiscalía a la rama judicial, encomendándosele como función constitucional la de administrar justicia, así como los imperativos legales de que debe actuar con objetividad y lealtad, determinan que si bien, instrumentalmente en ese órgano radica la obligación de acusar, ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados.”(Subrayo y resalto)

En el presente caso, advirtió el juzgador ciertas inconsistencias en las declaraciones del testigo de cargo, en torno a la individualización del agresor, todo lo cual no le llevó al convencimiento más allá de toda **duda razonable** acerca de la responsabilidad del procesado, no quedándole otro camino que absolverlo, por **duda**, es decir, en aplicación del principio universal denominado **in dubio pro reo**, el cual consagra el artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

En este punto conviene recordar, que si bien el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no lo es necesariamente para condenar, pues también cumple su finalidad constitucional cuando se absuelve al procesado, como quedó arriba expuesto, a quien en todo momento lo asiste la presunción de inocencia.

Sin embargo, contrario a lo planteado en la demanda, no se demuestra que el proceso penal en cuestión realmente haya culminado bajo alguno de los supuestos que actualmente permiten inferir “objetivamente” que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que el *hecho no existió, el sindicato no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible*.

Por lo tanto, fuera de los eventos contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de acreditar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una *falta o falla* en la prestación del servicio de administración de Justicia, lo cual, en el presente caso, como arriba se expone, no sucede, respecto de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, porque no demuestra el actor el concepto de violación del orden legal establecido, tampoco el sentido y alcance de las normas que, en su sentir, fueron incumplidas por mi representada como ente acusador dentro del proceso.

La H. CORTE CONSTITUCIONAL, mediante SENTENCIA SU-072/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, ha señalado que la responsabilidad del Estado, materia de *privación de la libertad*, no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (objetivo o subjetivo), dado que éste debe obedecer a las particularidades de cada caso, y que definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible, a partir de un título de imputación objetivo, cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio **in dubio pro reo**- o, incluso en otros eventos, como por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, subrayo, ello transgrede el precedente constitucional, con efecto *erga omnes*, fijado en la sentencia C-037 de 1996, acerca del debido entendimiento en los casos de *privación injusta de la libertad* y, de paso, el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cual

vulnera los derechos al **debido proceso y a la igualdad**, así como el principio de **sostenibilidad fiscal**.

Por lo tanto, en dicha providencia se insta al juez administrativo que con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice, la **conducta de la víctima** es un aspecto que se debe valorar, si tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, esto es, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

En igual sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA-, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante Sentencia de Unificación 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) proferida el quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), señaló que cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el **hecho no existió**, que **el sindicado no cometió el ilícito** o que **la conducta investigada no constituyó un hecho punible**, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio **in dubio pro reo**, **será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño, entendido como aquel que el administrado no se encuentra en el deber de soportar**.

En consecuencia, en la Sentencia en comento se exhorta al juez administrativo verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad, **visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil**, actuó 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.

Por lo demás, se indica en la citada providencia que 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**. (Subrayo y resalto)

En todo caso, se señala que si bien el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo, 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, no obstante, deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

-. **NO ME CONSTAN** los perjuicios materiales e inmateriales que arguye el actor le fueron ocasionados a sus mandantes con ocasión del proceso penal iniciado y adelantado contra el Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tampoco sus relaciones efectivas, maritales y de parentesco; por lo tanto, respecto de estos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Se declare que la NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION y RAMA JUDICIAL son solidaria, administrativa y extracontractualmente responsables del **daño antijurídico** causado a los demandantes, con motivo de la **privación injusta de la libertad** del señor HERNANDO GELVEZ PINILLA, entre el 31 de enero de 2013 al 23 de diciembre de 2016, dentro del proceso penal 68615600014920110004500 que se adelantó en su contra por los delitos de **Homicidio Agravado y Tráfico, Fabricación y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones**, según hechos ocurridos el 27 de febrero de 2011.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita el actor se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios materiales e inmateriales, en la demanda descritos.

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1. Inexistencia del daño antijurídico y del nexo causal con las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Cumplimiento de un deber legal.

Me opongo a las pretensiones de la demanda, PORQUE en el presente caso no se demuestra el carácter ***"injusto"*** del daño reclamado en la demanda, por *privación injusta de la libertad* del señor HERNANDO GELVEZ PINILLA en el proceso penal 68615600014920110004500, el cual se adelantó en su contra por el delito de Homicidio, respecto del cual, tan solo fue absuelto, en aplicación estricta del beneficio de la duda; así mismo, porque tampoco acredita el ***"nexo causal"*** de las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, derivado de un error judicial en la valoración de la prueba indiciaria, al momento de proferir sentencia.

Por el contrario; como arriba expongo, en el presente caso, la ***legalidad*** de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fue impartida desde el inicio del proceso por el Señor Juez Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, durante la realización de las audiencias preliminares concentradas de *Legalización de la Captura, formulación de Imputación e imposición de la Medida de Aseguramiento de detención preventiva* al Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**, por los delitos de *Homicidio Agravado y otro*.

Lo anterior, según el artículo 308 del C.P.P., porque de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados y de la información obtenidos legalmente, atendidas las circunstancias reales y las personales del procesado con la víctima, *se podía inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva investigada*, y se cumplía 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.

Luego, en el presente caso de estudio se tiene que **SÍ** existieron elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico vigente para las medidas judiciales adoptadas y resultaría cuando menos injusto que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta con el mentado sustentos legal, arriba enunciado.

Referente al concepto *daño antijurídico*, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dentro del Expediente con radicación 73001-23-31-000-2002-01099-01 (30.079), en Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014, señaló al respecto:

"(...)

*El **daño antijurídico** comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer*

*aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) **aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)"*** (Resalto y subrayo)

En el caso de estudio, **NO** demuestra el actor que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos al Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**.

Por el contrario, atendida las circunstancias procesales, se observa que las actuaciones de la mi representada estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, en especial, de la víctima.

Lo anterior, hasta el punto que logró sustentar su **"teoría del caso"**, logrando edificar Sentencia condenatoria, en segunda instancia, con lo cual cumplió su función constitucional (artículo 250) de investigar los hechos constitutivos de delito y acusar al presunto responsable ante el Juez competente, adicionalmente, solicitando al Juez de Control de Garantías, adoptar las medidas necesarias para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad.

Por lo tanto, en torno a la imposición de la medida de aseguramiento, **NO** se demuestra que **hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor HERNANDO GELVEZ PINILLA, más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.**

Cabe aclarar que la medida de aseguramiento de detención preventiva, como su nombre lo indica, solo implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, con los fines legales arriba indicados, mas no se confunde con su responsabilidad.

Luego, es claro que la imposición de la medida de aseguramiento **NO** quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena y, por lo tanto, no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del procesado.

Por lo tanto, la persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001 ha explicado que, en esencia, la misma constituye un acto **"jurisdiccional"**, de carácter perentorio, preventivo y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, con igualdad de derechos, bajo el estricto cumplimiento de los requisitos consagrados en la Constitución y la ley.

Luego, carece de fundamento la crítica del actor sobre las actuaciones cumplidas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION en el proceso penal adelantado contra el Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**, reitero, dado que **SÍ** tuvo mi representada inicialmente los **motivos fundados** suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico penal establecido, para la formulación de imputación y solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento, por el delito de *Homicidio Agravado*.

Cabe señalar que, de acuerdo con la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del Docto Carlos Betancourt Jaramillo, para que exista indemnización de perjuicios por la presunta **falla del servicio**, se deben tener en cuenta las

circunstancias en las cuales se debe prestar el servicio y determinar si la falla es de tal magnitud que la conducta de la administración deba ser considerada como anormalmente deficiente.

En igual sentido, según la sentencia de 3 de febrero de 2010. Rad. Número: 68001-23-15-000-1996-01457-01(17293), el H. Consejo de Estado, al respecto expresó:

"(...)

Según la doctrina, el funcionamiento anormal de la administración de justicia está referido a unos estándares de lo que se considera un funcionamiento normal:

"La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debe partir de una comparación de lo que sería o debía ser el funcionamiento normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos standards de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la Administración de Justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses de los justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda idea de culpa o negligencia aunque tenga en éstas su origen y se basa únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación"¹.

En el presente caso, se debe apreciar y conceder que mi representada, dando cumplimiento al artículo 250 de la Constitución Política de 1991, cumplió su labor de investigar y acusar a los presuntos responsables del delito de *Homicidio Agravado*, cuyo supremo interés jurídico tutelado es la ***Vida y la Integridad Personal***.

Lo anterior, con base en los medios cognoscitivos que inicialmente tuvo a su alcance, solicitando igualmente a las autoridades judiciales competentes la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de las pruebas y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Luego, en el caso concreto, no le es dable al actor predicar que hubo ***error, falta o falla*** en las actuaciones de la mi representada, en torno a la solicitud frente a la imposición de la medida de aseguramiento al Señor **HERNANDO GELVEZ PINILLA**, en el proceso penal iniciado y adelantado su contra y otros, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa.

2 -. Falta de legitimación en la cusa por pasiva de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Acerca de la naturaleza de la detención preventiva, cabe reseñar que se trata de un acto eminentemente de **carácter jurisdiccional** y que su imposición solo es procedente 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.

¹. (pie de página de la cita) Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, El Poder Judicial, Madrid, Edit. Tecnos, 1986. P. 358

En efecto; la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001, al respecto ha explicado que la detención preventiva, la cual implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, con los fines arriba indicados, como su nombre lo indica, constituye un acto jurisdiccional de naturaleza perentoria, preventiva y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley consagran.

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

Conforme a lo anterior, la persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal.

Por lo tanto, para su imposición NO es exigible tener **CERTEZA** sobre la responsabilidad del procesado, pues, como se comprende, de acuerdo con los parámetros de **gradualidad y progresividad** dentro de la investigación penal, dicho grado de convicción tan sólo es exigible al Juez al momento de dictar sentencia con carácter de condena.

Conviene señalar que en el **Sistema Penal Oral Acusatorio**, la facultad de postulación de la medida de aseguramiento por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es **limitada**, primer lugar, porque **NO** es una atribución que le sea **exclusiva** y, en segundo término, tampoco su solicitud es **suficiente** o **determinante** para que el Juez con función de Control de Garantías la imponga.

Prueba de lo anterior es que según el artículo 306 de la Ley 906 de 2004, **también la víctima o su apoderado pueden solicitar al Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que ésta no sea solicitada por el Fiscal.**

Incluso, dispone el citado artículo que **“...el juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición”**. (Subrayo y resalto)

Por lo tanto, las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **NO** son determinantes para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, **TAMPOCO** influyen la decisión del Juez de Control de Garantías quien, con base en los EMP o EV y la información legalmente obtenida, en todo momento decide de manera autónoma e independiente, por lo cual en el presente caso falta la relación sustancial o **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de mi representada, con el *daño antijurídico* reclamado en la presente demanda.

En el anterior sentido, recientemente el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, cuando al respecto expresó:

(...)

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal² establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento. Subrayo y resalto)

Si bien la detención preventiva requiere de una petición previa del ente acusador o de la víctima, no es menos cierto que tal presupuesto no puede considerarse como la causa exclusiva y determinante de la privación de la libertad, porque carecen de la suficiencia para afectar este derecho, pues para esto se requiere de un mandato judicial proferido por el Juez de Control de Garantías, autoridad a la que le corresponde: i) valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el solicitante y, ii) verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004. (Subrayo y resalto)

Ahora, descendiendo al caso concreto, se colige que, en efecto, la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor John Carlos Peña Vizcaya se profirió en el marco de las competencias asignadas a los Jueces de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio, circunstancias frente a las cuales no resultó determinante la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues su intervención se limitó a pedir que se decidiera sobre la procedencia de la aprehensión y la emisión de sentencia condenatoria, obligaciones que recaían en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado frente a casos como el analizado, esto es, en aquellos en los que se vulneran los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal - Ley 599 del 2000. (Subrayo y resalto)

De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección, no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, le son imputables a la Rama Judicial, lo que impone la modificación de la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere." (Subrayo y resalto)

En consecuencia, sostengo que las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el sistema penal oral acusatorio, en principio no pueden ser consideradas como la **causa directa** en la producción del *daño antijurídico*, por privación injusta de la libertad, porque tal y como lo ha señalado el Honorable Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 18 de octubre de 2000, Radicado número: 11981; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Actor: María Celeny Zapata Zapata y otros, pues, con ello se estaría dando aplicación a la **"teoría de la equivalencia de las condiciones"**, la cual ha sido desechada por la doctrina y la jurisprudencia para establecer el nexo de causalidad, por su inaplicabilidad práctica, **"...pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito"**.

Emerge de lo expuesto, que si bien la Fiscalía interviene en la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, carece dicha actuación eficiencia al momento de decidir.

Por ello, según la doctrina y la jurisprudencia, **"...Para suavizar este criterio -"teoría de la equivalencia de las condiciones"-, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada (subrayo y resalto), según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo**

² Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

"ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. "Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. "La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia" (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente".

producido(subrayo y resalto); esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante (subrayo y resalto) es la que ha podido producir el daño... “(Nota original de la sentencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2a edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.)

En el anterior orden de ideas, en materia de responsabilidad extracontractual de mi representada, además del el daño y el hecho generador del mismo, se requiere establecer una causalidad necesaria y eficiente en sus actuaciones que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) de sus agentes.

No obstante, si no es posible encontrar esa relación mencionada, así haya falla, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Cabe destacar que en materia de relación causal la ley no establece presunciones legales respecto de las cuales, probado el hecho se pueda inferir la **causalidad adecuada**, tampoco fija los conocimientos del juez que sobre la realidad lo autorizan para deducir con certeza el **nexo de causalidad eficiente y determinante**.

Por lo tanto, el **nexo de causalidad** debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, lo anterior, de manera independiente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva.

Por lo expuesto, en el caso concreto no se demuestra alguno de los presupuestos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III) denominados *Error jurisdiccional* (art. 67) o *Privación injusta de la libertad* (art. 68) para atribuir responsabilidad administrativa en cabeza de mi representada, porque, como arriba se explica, en el sistema penal oral acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, de manera general, **la Fiscalía General de la Nación carece de facultad jurisdiccional dispositiva acerca de la libertad de las personas.**

En el anterior sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., mediante Sentencia de veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó:

“
(...)

De otro lado, la Sala advierte que el daño causado a los demandantes le es imputable a la Rama Judicial, pues fue esta la autoridad que, por conducto del Juzgado Cuarto Penal Municipal de San Andrés de Tumaco con funciones de control de garantías, le impuso medida de aseguramiento al señor John Carlos Peña Vizcaya.

En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002³ y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para “asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento⁴,

³ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional M.P.

Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que “(...) En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la **función investigativa de la Fiscalía General de la Nación**, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) **instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica**; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (...).” (Se destaca).

⁴ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.

competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, prevé:

"Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...). Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

"En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal⁵, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

"El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función (...)" (Se destaca).

En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem⁶. (Subrayo y resalto)

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal⁷ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados

⁵ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde "[solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas".

⁶ "ARTICULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

"1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.

"2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

"3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

"La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión".

⁷ Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

"ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. "Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

"La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia" (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido

para resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento. Subrayo y resalto)

Si bien la detención preventiva requiere de una petición previa del ente acusador o de la víctima, no es menos cierto que tal presupuesto no puede considerarse como la causa exclusiva y determinante de la privación de la libertad, porque carecen de la suficiencia para afectar este derecho, pues para esto se requiere de un mandato judicial proferido por el Juez de Control de Garantías, autoridad a la que le corresponde: i) valorar la evidencia física o los elementos materiales probatorios aportados por el solicitante y, ii) verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004. (Subrayo y resalto)

Ahora, descendiendo al caso concreto, se colige que, en efecto, la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor John Carlos Peña Vizcaya se profirió en el marco de las competencias asignadas a los Jueces de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio, circunstancias frente a las cuales no resultó determinante la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues su intervención se limitó a pedir que se decidiera sobre la procedencia de la aprehensión y la emisión de sentencia condenatoria, obligaciones que recaían en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado frente a casos como el analizado, esto es, en aquellos en los que se vulneran los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal -Ley 599 del 2000. (Subrayo y resalto)

De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección, no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, le son imputables a la Rama Judicial, lo que impone la modificación de la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere.” (Subrayo y resalto)

Así las cosas, sostengo la ausencia del **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y con el daño antijurídico reclamado en la demanda, pues en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **ES SOLO UNA PARTE EN EL PROCESO** y, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumple su funciones concentradas de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No puede, en cambio, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

El Señor Juez con funciones de Control de Garantías, por su parte, ejerce control de legalidad previo y posterior a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual se apoya en reglas jurídicas que deben establecer no sólo la legalidad, sino además la proporcionalidad, la razonabilidad, y la necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas. En efecto, le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, son o no **LEGALES**; por otro aspecto, si son o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines

de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente”.

constitucionalmente legítimos, si son o no **NECESARIAS** para alcanzar los fines propuestos y, finalmente, si el objetivo perseguido con la intervención compensaba los sacrificios que la medida comporta para el procesado y la sociedad, en especial, las víctimas del delito investigado.

De lo anterior surge que, actualmente, bajo el esquema del procedimiento penal oral acusatorio contemplado en la Ley 906 de 2004, **A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO LE INCUMBE DECIDIR SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PUES, SÓLO LE CORRESPONDE SU POSTULACIÓN ANTE AL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, INDICANDO LA PERSONA, EL DELITO, LOS ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO NECESARIOS PARA SUSTENTAR LA MEDIDA Y SU URGENCIA, LOS CUALES SE EVALÚAN EN AUDIENCIA, PERMITIENDO A LA DEFENSA EJERCER EL CONTRADICTORIO.**

Por lo tanto, de acuerdo con la ley procesal 906 de 2004, **NO ES LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN A ENTIDAD LLAMADA A RESPONDER EVENTUALMENTE CON SU PATRIMONIO, POR LA DETENCIÓN INJUSTA, CUYA INDEMNIZACIÓN RECLAMA EL ACTOR EN LA PRESENTE DEMANDA.**

Lo anterior, porque es el Señor Juez de Control de Garantías quien debe valorar, analizar y decidir las medidas en el curso del proceso, incluida aquella que dispone la privación de la libertad de las personas, labor esta que efectúa de manera autónoma, imparcial e independiente.

Valga señalar que los anteriores planteamientos fueron acogidos por el H. CONSEJO DE ESTADO desde la Sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. Doctor Hernán Andrade Rincón, al señalar:

*(...) Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), **lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial,** (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada.*

En efecto, con la expedición de la Ley 96 de 2004- Código de procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como es instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador- Fiscalía- la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal- ley 600 de 2000-.

*Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, **las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por las Jueces que tiene a sus cargo el conocimiento del proceso penal,** como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor*

Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz, si bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy actor, cosa que sí le correspondía a la Rama judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz (negrilla cursiva y subrayado fuera de texto)

El Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "C", MP. Doctora, MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, dentro del proceso 110013336714201400038-01, el 7 de Junio de 2017, mediante sentencia de segunda instancia, en un caso similar, sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiscalía General de la Nación, consideró:

"(...)

....La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, está llamada a prosperar. Premisa que encuentra fundamento central en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de emitirse la orden de captura y librar detención preventiva contra el señor HELBER PARDO PARDO, como quiera que al enlistar sus atribuciones, excluye la de proferir medida de aseguramiento y solo por excepción la de capturar, conforme decanto antes, y contrastada la realidad procesal del sub-lite, se tiene que la orden de captura del Señor ..., fue expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander, en cumplimiento de la cual, fue capturado por la policía judicial... y colocado a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander con Funciones de control de Garantías, autoridad que legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, que se prolongó hasta el 29 de mayo de 2012, fecha en la que se profiere sentencia absolutoria a favor del señor ...y se ordena su libertad inmediata. Ello es, estuvo privado de la libertad por orden del Juez de Control de Garantías, por lapso de **7 meses y cinco días.**

De manera, que en el presente asunto **se tendrán por acreditados los hechos constitutivos de la excepción de "Falta de Legitimación por pasiva"; prosperando por tanto el medio exceptivo alegado por la Fiscalía General de la Nación..."**

Sobre este particular, en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, se señaló al respecto:

"De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.

Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías. (Subrayo y resalto).

Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y

necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior. (Subrayo y resalto).

El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga. (Subrayo y resalto).

De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.” Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

La H. Corte Constitucional, sobre la institución del señor Juez Con funciones de Control de Garantías, en la Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, expresó:

(...) “En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos (subrayo). En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal (subrayo). En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. (subrayo y resalto).

Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...).”(subrayo y resalto).

Valga referir las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido señaladas en la Sentencia C-144 proferida el 3 de marzo de 2010, así:

"... 24. Un desarrollo más detallado de los ingredientes descriptivos del procedimiento penal se encuentra en la sentencia C-396 de 2007, en la cual se señaló:

“Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:

“i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento (subrayo y resalto). Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...).

“ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos (subrayo y resalto). Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...).

“iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

“iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

“v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

“vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso (subrayo y resalto)”.

25. Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico[25]. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixto[26], pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria[27]. Un sistema en el que se procura la separación clara entre la etapa de investigación y la del juicio, la sujeción a ciertos principios de actuación que pretenden asegurar las mejores condiciones para que la decisión que se adopte sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculcado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito (...). ”.

Conforme a lo anterior, en el sistema penal oral acusatorio, bajo el esquema de la ley 906 de 2004, el rol de la Fiscalía General de la Nación es limitado y sus funciones son sustancialmente distintas a las señaladas en la Ley 600 de 2000, pues CARECE de **disposición** para afectar la libertad de las

personas, y su facultad de postulación no es vinculante para el Juez de Control de garantías, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente, por lo cual es de la autoridad judicial de quien se debe pregonar la **reserva judicial** para restringir el fundamental derecho.

Con razón, dentro del actual procedimiento penal acusatorio se instituye de manera relevante la función del juez de control de garantías, como el principal garante de la protección judicial de la libertad y demás derechos fundamentales de quienes participan en el proceso, correspondiéndole el control del ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y demás derechos de los ciudadanos.

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a la Señora Juez despachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Primer Piso del Edificio Nuevo, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, y antonio.valderrama@fiscalia.gov.co . Cel. 3112502983

Del Señor Juez,



JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA
C. C. 19.390.977 Bogotá
T. P. 83.468 del C.S.J.
Contacto: Cel. 3112502983

RV: Contestación RAMA JUDICIAL

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 24/01/2022 10:40 AM

Para: Juzgado 35 Administrativo Seccion Tercera - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin35bta@notificacionesrj.gov.co>

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,
GPT

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN

De: Jose Javier Buitrago Melo <jbuitram@deaj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 21 de enero de 2022 3:55 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; cristianper1987@hotmail.com <cristianper1987@hotmail.com>; abogadospenalistas6@gmail.com <abogadospenalistas6@gmail.com>; ANDRES MAURICIO CARO BELLO <jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co>; procjudadm97@procuraduria.gov.co <procjudadm97@procuraduria.gov.co>

Asunto: RV: Contestación RAMA JUDICIAL

En atención a la información suministrada por la oficina de correspondencia, procedo al reenvío de la contestación radicada el pasado 13 de enero a las 4:59 de la tarde

De: Jose Javier Buitrago Melo

Enviado el: jueves, 13 de enero de 2022 4:59 p. m.

Para: correscanbta3@cendoj.gov.co; cristianper1987@hotmail.com; abogadospenalistas6@gmail.com; jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; procjudadm97@procuraduria.gov.co

CC: Diana Carolina Ramírez Molano <dramirem@deaj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Contestación RAMA JUDICIAL

Señor Juez

Dr. JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO

JUZGADO 35 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Sección Tercera

EXPEDIENTE: 110013336035**20210021500**

MEDIO: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

DEMANDANTE: HERNANDO GELVEZ PINILLA Y OTROS

En cumplimiento de la normativa procedo a la radicación de la contestación y sus anexos en formato pdf

Del Señor Juez

Javier Buitrago

Tp 143.969 del C. S. de la J.



Señor Juez

Dr. JOSÉ IGNACIO MANRIQUE NIÑO

JUZGADO 35 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Sección Tercera

EXPEDIENTE: 110013336035**20210021500**
MEDIO: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO
DEMANDANTE: HERNANDO GELVEZ PINILLA Y OTROS

Asunto: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

JOSÉ JAVIER BUITRAGO MELO, mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.508.859 de Bogotá, y Tarjeta Profesional No. 143.969 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de la Nación – Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder otorgado por la Directora de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien tiene delegada la función de representación judicial y extrajudicial de la entidad, de manera respetuosa procedo a la contestación de la demanda, previa presentación del caso a continuación:

SINOPSIS DEL CASO

Los demandantes pretenden el resarcimiento de perjuicios que estiman le fueron ocasionados, en virtud de lo que consideran una privación injusta de la libertad y error judicial, dentro del expediente 68615600014920110004500 que vinculó a HERNANDO GELVEZ PINILLA por los delitos de homicidio agravado, fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones en concurso heterogéneo y sucesivo.

Aduce como principal argumento error en el análisis de la prueba indiciaria en la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga.

I. SOBRE LOS HECHOS

Vista la presentación del caso, en cuanto a los hechos constitutivos de la demanda, este extremo demandado se atiene a aquellos que estén probados, de conformidad con el artículo 166 del C.P.A.C.A. según el cual **“El demandante deberá aportar con la demanda todas las pruebas documentales que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso”**.

En tal sentido, la RAMA JUDICIAL únicamente tendrá por ciertos los hechos referentes a las actuaciones correspondientes a la autoridad Judicial que conocieron del referido proceso ejecutivo, siempre que de él se hubiere allegado las copias pertinentes, **carga que le corresponde al actor**.

Dando cumplimiento a la normativa procesal, de acuerdo con la documental puesta a disposición, respecto al acápite ***“I HECHOS”***, manifestamos: a) Relacionados con la CAUSA DEL DAÑO: PRIMERO al CUARTO son ciertos; QUINTO parcialmente cierto, en tanto no nos consta que la tardanza en el trámite del expediente se hubiere originado por negligencia, incuria o mora judicial, en tal sentido nos atenemos a lo que se pruebe; SEXTO y SÉPTIMO ciertos; OCTAVA parcialmente cierto, por cuanto no es cierto que la decisión que resolvió la alzada presente errores protuberantes; NOVENO es cierto; DÉCIMO parcialmente cierto, no nos consta la negligencia, incuria y mora que se aducen; b) Relacionados con el nexo causal privación injusta y error judicial: PRIMERO y SEGUNDO parcialmente ciertos, aceptando factual contenida en el escrito de la sentencia, en cuanto a las apreciaciones subjetivas que se agregan, no las compartimos ni aceptamos, ateniéndonos a la literalidad del referido proveído; c) Relacionados con el daño: PRIMERO parcialmente cierto, no aceptamos como cierto el calificativo de error judicial y/o mora judicial, no nos constan los perjuicios aludidos; SEGUNDO no nos constan los hechos narrados en la declaración de parte, la que cuestionamos al provenir del mismo demandante; TERCERO no nos constan, nos atenemos a lo que se pruebe; CUARTO no nos constan nos atenemos a lo que se pruebe debidamente, esto es de acuerdo con los parámetros que viene señalando la Sección Tercera del Consejo de Estado en consonancia con los lineamientos tributarios por parte de la DIAN; QUINTO no nos constan nos atenemos a lo que se pruebe;

II. SOBRE LAS PRETENSIONES

Expuesta la presentación del caso y realizado el pronunciamiento acerca de la factual contenida en la demanda, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, **se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda**, tanto principales como subsidiarias cuyo objeto es que se reconozca judicialmente el pago de los presuntos perjuicios ocasionados a la parte actora con ocasión de lo que considera como una privación injusta y/o error judicial. En el anterior sentido solicito se absuelva de todo cargo a la Entidad que represento, declarando las excepciones que de conformidad con el artículo 187°, inciso 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resultaren probadas en el debate judicial que nos concita.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

Consideramos no es dable una declaratoria de responsabilidad frente a la NACIÓN - RAMA JUDICIAL, en primer lugar por cuanto no corresponde un análisis bajo un régimen objetivo de responsabilidad , y lo segundo a partir de los hechos narrados y las piezas dispuestas del expediente penal, identificamos como hechos dañosos que se predicen de la representada:

- La imposición de la medida de aseguramiento a solicitud de la Fiscalía General de la Nación por parte del Juzgado 7º Penal Municipal con Función de Control de Garantías, en audiencia preliminar del 1º de febrero de 2013.
- Sentencia condenatoria del 21 de julio de 2017

En cuanto al primero, vista el acta, encontramos que de conformidad se accedió a la solicitud presentada por la Fiscalía, habida cuenta de la inferencia razonada de responsabilidad a partir de los elementos materiales puestos a disposición, destacando la identificación por parte del menor en el lugar de los hechos. Decisión de medida intramural **la cual no fue recurrida por la defensa**

En lo que respecta a la sentencia condenatoria, una vez vuelta a analizar, encontramos que por parte de la Sala del Tribunal Superior se realizó con minucia disertación sobre la prueba indiciaria, resultando del mismo su procedencia para el caso en estudio, siendo a partir de la misma que se superaba duda razonable para establecer la responsabilidad penal y proferir por ende sentencia condenatoria.

Es a partir de lo anterior, , estimamos no se configura el error judicial, por cuanto de manera razonada y sustentada la Sala del Tribunal llega a tal conclusión, en el ejercicio de la **autonomía judicial** que le ampara. En tal sentido no se configuran los exigentes presupuestos que viene señalando la jurisprudencia para su configuración.

En lo que respecta al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, consideramos el mismo no se configura por cuanto la demora en el trámite obedeció a vicisitudes, especialmente en cuanto a la colaboración de los testigos y aún a solicitudes de aplazamiento por parte de la defensa penal.

Con lo anterior, hemos de complementar el correspondiente marco teórico a partir del artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas. Se trata de una cláusula general de responsabilidad estatal, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

1. Existencia de un daño antijurídico.

2. Que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

La noción de daño antijurídico fue definida por el Consejo de Estado, como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.

En consonancia con el ordenamiento superior, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996-reguló la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:

- **Error jurisdiccional (Arts. 66 y 67)**
- **Privación injusta de la libertad (Art. 68).**
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (Art. 69)

Normativa frente a la cual la Honorable Corte Constitucional, declaró la exequibilidad, en el entendido, entre otros aspectos, que dicho yerro ha de ser cualificado, en tal sentido señaló:

*“Por la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, **la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-y no de conformidad con su propio arbitrio**”.*

Es así como la H. Corte Constitucional ha considerado que **las simples equivocaciones en que eventualmente incurra el administrador de justicia no constituyen fuente de responsabilidad**, pues interpretar esas equivocaciones en tal sentido podría menguar ostensiblemente la independencia y libertad que tiene el Juez para interpretar y aplicar la Ley, y **se abriría una amplia brecha para que todo litigante inconforme con la decisión respectiva proceda a tomar represalia contra sus falladores**¹, a la vez que le impregnó un **carácter excepcional**.

De manera que la responsabilidad del Estado podría configurarse, no sólo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, **el cual no está obligado a soportar**. No obstante, para que el Estado deba responder patrimonialmente, no basta con que se cause el perjuicio antijurídico, sino que es menester que éste haya sido causado por alguna autoridad en el ejercicio de sus funciones.

¹ Corte Constitucional C - 037 del 5 de febrero de 1996.

De manera similar la línea jurisprudencial frente a omisiones por parte del operador jurídico, es exigente a efectos de determinar el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, exigiendo que la misma sea de tal entidad que determine la responsabilidad de la RAMA JUDICIAL, situación que no se vislumbra en el presente asunto.

IV. EXCEPCIONES

Retomando del anterior acápite lo que corresponda, planteamos las excepciones de:

4.1.- AUSENCIA DE CAUSA PETENDI POR INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

En tanto que el daño que se dice irrogado al hoy demandante, **no connota un daño antijurídico**, pues en el presente caso, se evidencia un proceder acorde con sus posibilidades por parte de los operadores jurídicos, quienes actuaron de manera razonada, en el ejercicio de la autonomía jurisdiccional que les asistió.

Anteriores aspectos que en su conjunto, o de manera individual nos llevan a afirmar que el daño eventual o presuntamente irrogado, **no reviste la característica de antijurídico**, en consecuencia, estructura la **AUSENCIA DE CAUSA PETENDI** en el presente asunto.

4.2.- LA INNOMINADA

De conformidad con el Artículo 187, inciso 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito a su Señoría se declare cualquier otra excepción encuentre probada en el curso del presente medio de control.

V. PRUEBAS

Solicito a su Señoría decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes y tener como tales la documental que fuera aportada con el escrito demandatorio.

Objetamos el juramento estimatorio presentado, solicitando la correspondiente sanción a que haya lugar, en tanto no se acreditan los perjuicios reclamados

A efectos de desestimar el número tan amplio de reclamantes, se solicitó correspondiente registro de visitas, respuesta que en caso de no allegarse a la audiencia inicial, de manera comedida se solicita **se decrete** por parte del Despacho. Con el valor que corresponda se incorpore respuestas de los operadores jurídicos previamente solicitadas.

VI. EN CUANTO AL JURAMENTO ESTIMATORIO

Como ya fue referido, objetamos tal juramento, entre otros al no cumplir con los lineamientos tributarios que viene exigiendo la Sección Tercera del Consejo de Estado

VII. PETICIONES

1. Principal

Que se declaren probadas las excepciones propuestas, y como consecuencia, se hagan pronunciamientos de fondo sobre las pretensiones de la demanda, procediendo a la correspondiente condena en costas.

2. Subsidiaria

Que se nieguen las pretensiones de la demanda, por las razones de hecho y de derecho expuestas en este escrito, y se declare que mi representada, no tiene responsabilidad administrativa alguna en los hechos que dieron origen a este proceso, procediendo a la correspondiente condena en costas.

VIII. NOTIFICACIONES

Autorizo de manera expresa y conforme a la normativa vigente, recibirlas en los correos electrónicos: jbuitram@deaj.ramajudicial.gov.co y deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co

A las demás partes de acuerdo con las piezas obrantes en los siguientes correos:

cristianper1987@hotmail.com; abogadospenalistas6@gmail.com;
jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; procjudadm97@procuraduria.gov.co;

Del Señor Juez,



JOSÉ JAVIER BUITRAGO MELO

C. C. 79.508.859 de Bogotá

T. P. No. 143.969 del C.S.J.