

Doctor
JOSE IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUEZ TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
E.S.D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 11-001-3336-035-2020-00158-00
DEMANDANTE: LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

SANTIAGO NIETO ECHEVERRI, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 6.241.477 de Cartago Valle, abogado en ejercicio, con Tarjeta Profesional N° 132.011 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando dentro del proceso de la referencia, en calidad de apoderado especial de la Nación-Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el poder que se adjunta al presente, con sus respectivos anexos, debidamente otorgado por la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía, quien ostenta la representación judicial de esta Entidad con base en la delegación conferida por el Fiscal General de la Nación, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me dirijo ante su Despacho para contestar la demanda presentada mediante apoderado por el señor **LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL Y OTROS**, en los siguientes términos:

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

HECHOS 1, 2 Y 3: Me atengo a lo que frente a estos hechos resulte probado en legal forma dentro del proceso.

El apoderado de la parte actora realiza apreciaciones subjetivas, de lo cual no aporta pruebas o evidencias.

HECHO 4: Se refieren a la existencia de piezas procesales de la investigación penal que se adelantó contra LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, de las cuales es menester atenerse a lo que documentalmente obra en el expediente.

No existe prueba o evidencia dentro de la demanda y anexos, que demuestre que la privación de la libertad de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL haya sido injusta, ilegal o desproporcionada.

HECHO 5: Me atengo a lo que frente a este hecho resulte probado en legal forma dentro del proceso.

HECHOS 6 Y 7: No son ciertos.

HECHO 8: El apoderado de la parte actora hace alusión a fallos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado del año 2012; por lo que frente a esto, no haré pronunciamiento alguno.

Sin embargo y teniendo en cuenta lo antes señalado, es preciso indicar que en cuanto a la responsabilidad que le asiste a la demandada, NACIÓN -

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, se debe traer a colación los más recientes pronunciamientos que el Consejo de Estado ha tenido en casos similares de privación injusta de libertad, rituados bajo el imperio de la Ley 906 de 2004, en que declaró la **FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA** de la Fiscalía General de la Nación. Al respecto, señaló el Alto Tribunal¹:

“...Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial. 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 1996²), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por 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 apelada³.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 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 de 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 jurisdiccional⁴, 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***

¹ Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A., de junio 24 de 2015. C. P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 38524, Demandante: Carlos Tuñón Ardila y otros vs Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación.

² "(...) Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial: '8. Representar a la Nación - Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados judiciales'".

³ En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 8 de julio del 2009, Exp. 17.517, del 23 de abril de 2008, Exp. 17.534, y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras., todas con ponencia del Consejero, Doctor Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 38.276 C.P. Doctor-Hernán Andrade Rincón.

⁴ Finalidades de la Ley 906 de 2004, Sentencia C - 591 del 9 de junio del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández -En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecerla **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) descongestionarlos 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) crearla figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio-.

por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal⁵, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por 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 de 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 demandante, 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 configura frente a la Entidad la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**, por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz...” (Subrayas fuera de texto).

Otro pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, exp. 40217, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, en el que manifiesta al respecto:

“...En efecto, con la expedición de la Ley 906 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 de 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 los jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso en el que el 8 de diciembre de 2006, en audiencia de legalización de captura y de formulación de cargos, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barrancabermeja con Funciones de Control de Garantías decretó la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, en contra del actor.

Si bien la medida de aseguramiento que se le impuso al señor Diego Mauricio Molina fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que este organismo no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del actor, pues esta facultad le correspondía a la Rama Judicial (juez de control de garantías) por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales.

⁵ Sentencia C-591 de junio 9 del 2005, M .P. Clara Inés Vargas Hernández: "...Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales".

En ese orden de ideas, forzoso resulta concluir que, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, pues la decisión que causó la privación de la libertad del señor Diego Mauricio Molina fue proferida por la Rama Judicial...”

Otro pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2016, exp. 41573, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en el que manifiesta al respecto:

“...4. La falta de legitimación de la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación

Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 2015, según el cual si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia. (inciso segundo artículo 49 de la ley 446 de 1.998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1,996), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración 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 Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004- Código de Procedimiento Penal- el legislador artículo el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara, distinción entre 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 de los códigos antiguos de Procedimiento Penal Decreto Ley 2700 de 1.991 y Ley 600 de 2000-

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedo exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual las disposiciones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaro la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios.

Así pues en el asunto sub examine que llevo a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Molina, si bien es cierto fue solicitada 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 ahora demandante, cosa que si 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...”.

Pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de junio de 2016, exp. 41604, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en el que manifiesta al respecto:

“... (...)

En el presente caso se encuentra que el objeto del debate tiene relación con la privación injusta de la libertad del señor Fabián Augusto Chica, tema respecto del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, asunto en el que sea fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

(...)

Esta situación claramente le permite a la Sala afirmar que el señor Fabián Augusto Chica no estaba en la obligación de soportar la privación de la libertad a la que fue sometido, desde el 21 de octubre de 2005 hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad, por cuanto se encontró que este no cometió ningún delito, de ahí que el daño a él irrogado se torne en antijurídico y nazca la correlativa obligación de reparar el daño, según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, en este caso únicamente en cabeza de la Rama Judicial.

Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Armenia en Función de Control de garantías; circunstancia que, por si sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía general de la nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), es el juez, quien luego de “escuchados los argumentos del Fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa”, valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición.

En efecto, tal y como la ha expuesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar – Fiscalía General de la nación – y sobre quien radica la función de juzgar – Rama Judicial.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normatividad procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió...”.

Otro Pronunciamiento realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42476, C.P. MARTA NUBIA VELASQUEZ, en el que manifiesta al respecto:

“...Ahora bien, en relación con la responsabilidad que le cabe a las entidades demandadas debe decirse que en este caso únicamente se realizará en cabeza de la Rama Judicial. Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal en Función de Control de Garantías de La Tebaida; circunstancia que, por sí sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), es el juez, quien luego de “escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa”, valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición.

En efecto, tal y como lo ha puesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial-.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió...”

Pronunciamento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42555, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en el que manifiesta al respecto:

“...Ahora bien, en relación con la responsabilidad que le cabe a las entidades demandadas debe decirse que en este caso únicamente se realizará en cabeza de la Rama Judicial. Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal en Función de Control de Garantías de La Tebaida; circunstancia que, por sí sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), es el juez, quien luego de “escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa”, valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición.

En efecto, tal y como lo ha puesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial-.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y

exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió...”.

Otro pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 41608, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, en el que manifiesta al respecto:

“...Finalmente, respecto a la representación de la Nación por las entidades demandadas, esta Sala debe expresar que a la Fiscalía General de la Nación no le resulta atribuible el daño alegado por la parte actora, pues, analizado el trámite procesal, en la participación de dicha entidad no logró evidenciarse una vulneración de los derechos de la parte demandante, puesto que no existen pruebas que demuestren que sus decisiones hayan sido la causa de la privación injusta de la señora Fernelly Arias Aristizábal, comoquiera que si bien el ente acusador puso a disposición del Juez de Control de Garantías el material probatorio y su teoría del caso; fue este último quien conforme a las facultades que le otorga la normatividad y en ejercicio de la sana crítica, quien consideró prudente imponer la medida de aseguramiento contra la mencionada señora Arias Aristizábal; por ende la condena será impuesta únicamente en contra de la Rama Judicial...”.

Y en un octavo pronunciamiento, más reciente, en el que este Alto Tribunal, a través de sentencia de abril 26 de 2017, C. P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicación número 52001-23-31-000-2010-00082-01 (47380). Actor. Jhon Carlos Peña Viscaya y otros, señaló:

“(...) 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 2002⁶ y 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 aseguramiento"**⁷, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la*

⁶ De conformidad con la Sentencia C-891 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional MP Carlos 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)

⁷ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política

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 penal⁸,

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 ejusdem⁹.

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal¹⁰ 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.

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

⁸ 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 "[s]olicitar 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".

⁹ "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 participe 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".

¹⁰ 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".

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.

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

De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección¹¹, 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.

(...)

HECHO 9: El problema jurídico a resolverse debe fundamentarse en la supuesta privación injusta de la libertad que reclama la parte actora; cuya medida de aseguramiento si bien fue solicitada por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación, también lo es, que la dirección del proceso penal y quien decide si la impone o no, es el correspondiente Juez Penal con funciones de control de garantías, representado en este proceso por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

HECHOS 10 Y 11: Se hace alusión a normas constitucionales y legales; por tal motivo, no haré pronunciamiento alguno.

HECHOS 12, 13 Y 14: No me constan. El apoderado de la parte actora realiza apreciaciones subjetivas, de lo cual no aporta pruebas o evidencias que lo demuestren.

La privación de la libertad de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL no ha injusta, ilegal o desproporcionada.

HECHO 15: No es cierto frente a la Fiscalía General de la Nación.

HECHO 16: Me atengo a lo que frente a este hecho resulte probado en legal forma dentro del proceso.

A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, toda vez que en el presente caso no se configuran los

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 43345, reiterada en fallo del 24 de octubre de 2016, expediente 43943, entre otros.

supuestos esenciales que permitan estructurar algún tipo de responsabilidad en cabeza de mi representada.

Así mismo, manifiesto el desacuerdo con la pretensión indemnizatoria, pues los perjuicios se encuentran sobreestimados, al igual que no existe prueba de los mismos, y no se avizora evidencia y/o prueba del supuesto daño sufrido por los demandantes y menos que este pueda ser atribuible a la Fiscalía General de la Nación.

Si bien los perjuicios morales causados por una supuesta privación injusta de la libertad se presumen de acuerdo a la **Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado** que fijó los Topes Indemnizatorios en materia de perjuicios inmateriales: "daños morales, daño a la salud y afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos" mediante Acta del 28 de agosto de 2014, en la cual fijó el techo de los mismos para el **RECONOCIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MORALES EN CASO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD** en la **Sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp. 36149, M. P. Hernán Andrade Rincón (E). Actor: José Delgado Sanguino y otros. Demandada: La Nación - Rama Judicial**, también lo es que para el caso en estudio, no está plenamente probado que la privación de la libertad de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, haya sido injusta, ilegal, desproporcionada, irracional e irrazonable. Es válido aclarar que en el caso en estudio, se decretó al demandante medida de aseguramiento de detención domiciliaria, lo que conlleva a que en caso de reconocimiento de perjuicios morales, el Consejo de Estado ha establecido que en estos eventos hay lugar a una reducción del 50%; sin embargo, la privación de la libertad del demandante no fue injusta.

Con relación a lo reclamado frente al supuesto daño en la vida de relación pretendido por la parte actora, es preciso indicar que no prueba ni aporta evidencia alguna que lo demuestre; y no especifica de qué manera se le ocasiono dicho perjuicio, y mucho más, si el tiempo en que permaneció LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL privado de la libertad fue en su lugar de residencia, donde podía compartir con su núcleo familiar, no afectando su vida de relación. Lo pretendido frente al supuesto daño en la vida de relación, se encuentra inmerso en los perjuicios morales que de prosperar las pretensiones, este le sería reconocido.

Respecto a los presuntos daños y perjuicios materiales, es necesario indicar que en el escrito de la demanda no se hace alusión a solicitud alguna por este concepto, limitándose únicamente al reclamo de perjuicios morales; no obstante lo anterior, no se avizora evidencias documentales exigidas por la Ley para su reconocimiento (soportes, recibos, facturas, comprobantes, etc.), que demuestren los gastos en que incurrieron los demandantes u obligaciones que no pudieron asumir, en el periodo en que LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL estuvo privado de la libertad.

Ahora bien, es preciso indicar que el proceso penal que se adelantó contra LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL fue en vigencia de la Ley 906 de 2004, donde la dirección del proceso penal está a cargo del Juez con funciones de control de garantías y/o de conocimiento, representados por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. La Fiscalía General de la Nación desde la vigencia de la mencionada norma, es tan solo una parte procesal más, al igual que la defensa del sindicado; en virtud de lo cual se puede colegir, que la entidad que represento, está exenta de todo tipo de responsabilidad.

De acuerdo a la demanda, anexos y pruebas aportados por el apoderado de la parte demandante, no se observa ni se evidencia omisión o extralimitación que pueda ser imputable a la Fiscalía General de la Nación, sin embargo, lo único que al parecer se le endilga al ente acusador de manera general es la supuesta privación injusta de la libertad, sin especificar en qué consistió la falla, omisión o extralimitación de la entidad.

Respecto a lo anteriormente citado, es necesario aclarar y reiterar como anteriormente se expuso, que la Dirección del proceso penal, no está a cargo de la entidad que represento, y no existe prueba o evidencia dentro del proceso penal, que el delegado de la Fiscalía haya decretado y ordenado la medida de aseguramiento contra LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL; por tanto, no es posible afirmar como lo realiza la parte demandante, que el ente acusador sea el causante y responsable de los supuestos perjuicios y daños ocasionados, y mucho menos que estos hayan sido probados con lo aportado y solicitado en el escrito de la demanda. Si bien es cierto la Fiscalía General de la Nación solicita medida de aseguramiento, también lo es que el ente acusador es una parte procesal más, que al igual que la defensa del sindicado realiza solicitudes, y el único que tiene la potestad de decidir es el correspondiente Juez Penal, que para el caso en estudio se encuentra representado por la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Lo sí probado con la demanda, anexos y pruebas, es que LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL fue capturado en flagrancia en compañía de RICARDO PEDRAZA FLOREZ, el día 16 de Junio de 2016, en diligencia de allanamiento realizada por miembros de la Policía Nacional al inmueble donde estos se encontraban, por el delito de TRÁFICO, FABRICACION Y/O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, e impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria por parte del Juez Penal con funciones de control de garantías.

Ante los hechos ilícitos descritos, la entidad que represento se encontraba obligada constitucional y legalmente a iniciar la investigación penal y adelantar el procedimiento establecido en la Ley 906 de 2004.

Es pertinente indicar que no se encuentra probado que la Fiscalía General de la Nación, haya ocasionado perjuicios a la parte demandante. La parte actora en el escrito de la demanda se limitó a transcribir que la entidad demandada incurrió en una privación injusta de la libertad, sin especificar cuál fue el error, omisión, extralimitación o falla, ni indicó porque la medida de aseguramiento decretada fue desproporcional, irracional, ilegal o injusta. No obstante lo anterior, es pertinente indicar que inicialmente de acuerdo a las pruebas e indicios que reposaban en la investigación penal, la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación y decretada por el Juez Penal con funciones de control de garantías, era acorde y proporcional con los delitos investigados.

La parte demandante en el caso en estudio argumenta una supuesta privación injusta de la libertad de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, siendo necesario indicar que no la probó ni aportó evidencias que esta si sea INJUSTA, y que pueda ser atribuible a la Fiscalía General de la Nación, por lo cual hay lugar a relevar de la presunta responsabilidad a mi representada, a la reparación del daño alegado, y mucho más cuando no se prueba que se haya configurado un daño antijurídico, no habiendo lugar a ser declarada responsable. No se demostró elementos que permitan dilucidar dicha responsabilidad.

No es cualquier error o desacierto, el que debe ser sancionado en materia administrativa, sino aquel que desborde flagrantemente los parámetros establecidos para las funciones propias del administrado de justicia, si no fuera así, se estaría vulnerando el principio constitucional de la libre valoración probatoria.

Ahora bien, para que pueda estructurarse una responsabilidad patrimonial de un ente público, no basta con que exista un daño, sino que además, es menester que este daño sea antijurídico, sufrido por la víctima y que ese daño sea el efecto DIRECTO de la falla del servicio, lo cual debe estar plenamente demostrado y en el caso que nos ocupa, es absolutamente claro que no fue probado.

Al respecto, fuerza señalar señor Juez, que en el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de mi representada.

Del texto de la demanda, no se aprecia un extremo de particular importancia, para que se despache favorablemente las pretensiones de la demanda, cual es una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio imputable a mi representada la Fiscalía General de la Nación, por lo cual no es viable predicar hechos y omisiones que constituyan faltas o fallas en el servicio de la administración de justicia, en consecuencia Señor Juez, mal podría endilgarse responsabilidad alguna a la Entidad que represento.

Si bien es cierto que, a la Nación-Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar la investigación, le corresponde al juez de garantías y/o de conocimiento, dirigir el proceso penal y proferir decisiones.

Como es bien sabido, mediante Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo un cambio radical en el sistema de enjuiciamiento penal en Colombia, erigiendo un sistema de partes que relevó a la Fiscalía General a ser una más dentro del proceso, concentrando las decisiones que afecten los derechos fundamentales, en especial el de libertad, en los jueces de control de garantías en la etapa preliminar, y en la etapa de juicio al Juez de conocimiento. En ningún caso la Fiscalía General de la Nación, o sus delegados, pueden emitir decisiones, y ni mucho menos imponer o decretar medidas de aseguramiento.

Con todo respeto me permito reiterar lo expuesto en su oportunidad en el sentido de que la Falla del Servicio, atribuida a la Entidad a la cual represento no está demostrada dentro del presente proceso contencioso administrativo, siendo la actuación de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, ajustada a derecho sin que genere ninguna clase de perjuicios a la parte demandante, ya que para que los mismos sean reconocidos no basta con enunciarlos o afirmarlos como se hizo en el escrito demandatorio, sino que es necesario que se prueben, lo cual no sucedió.

La responsabilidad por parte del Estado que se pretende con la presente acción, no reúne los requisitos exigidos para el efecto, a saber:

"...Para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes supuestos:

Existencia del hecho (falla del servicio).

Daño o perjuicio sufrido por el actor.

Relación de causalidad entre el primero y el segundo..."¹².

En lo que hace relación a la falla del servicio, la jurisprudencia ha señalado que la falla debe ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo anterior fue manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado, en sentencia de agosto 5 de 1994, Expd. 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

"...Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación..."

"...La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falla. Ella debe ser de tal entidad, que teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente"..."

En este orden de ideas, si bien es cierto que la responsabilidad que tiene el Estado por las acciones u omisiones de sus autoridades, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 90 de la Carta Política, obligan a su reconocimiento de los daños causados, también lo es, que dicha responsabilidad sólo surge cuando se cumplen los mencionados supuestos y/o requisitos, es decir una falta o falla en el servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; un daño que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho con las características generales que la ley determina para que sea indemnizable, que sea cierto, determinado o determinable, evaluable, etc; una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización. Y para el caso en estudio, es claro que no se configura una falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de ideas, al no probarse la falla en el servicio y por corresponder a decisiones que adoptaron los jueces de garantías y/o de conocimiento se tiene que no le son imputables las pretensiones de la demanda a la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, la Ley 906 de 2004 destacó el papel de la FISCALÍA, como un ente netamente investigador y acusador, quitándole la responsabilidad de decidir, dejando dicha facultad en los jueces de control de garantías y/o de conocimiento, mismos que hacen parte exclusivamente de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, por tal motivo, las pretensiones de la demanda no podrán prosperar frente a la entidad que represento.

¹² Sentencia de 18 de abril de 1967 - Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: William Bendeck contra la Nación. Anales del Consejo de Estado. Tomo LXL Número 413-414 páginas 257 y ss. Responsabilidad por falta o falla del servicio.

Al no tener injerencia alguna en las decisiones adoptadas en el proceso penal adelantado contra LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, la Fiscalía General de la Nación no puede ser llamada a responder.

Precisamente, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, razón por la cual, las decisiones son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso.

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos – Ley 906 de 2004, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni falla en el servicio o Privación Injusta de la Libertad.

Debe reiterarse que en este nuevo sistema penal, a la Fiscalía General de la Nación y sus delegadas les corresponde detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias y conseguir información general sobre un hecho delictivo o en general diseñar el programa metodológico de la investigación con el propósito de inferir que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y proceder a formular una imputación ante el juez de control de garantías (art. 286). En ese momento, la Fiscalía debe describir al imputado, dar su nombre y/o número de identificación y condiciones civiles como profesión, estado civil, nombre de los padres, ciudad donde es oriundo y demás, para identificarlo plenamente. Así mismo, relatar claramente los hechos y solicitar la medida de aseguramiento que le corresponde imponer al juez de control de garantías, como lo señala el artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

Posteriormente, la Fiscalía puede formular la acusación o preclusión de la investigación, decisión que es adoptada por el juez de conocimiento -art. 331 Ley 906 de 2004-; es decir, el juez es el destinatario de toda la actividad probatoria y adopta las decisiones relacionadas con la privación de la libertad y absolución o condena a los procesados. Por lo tanto, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; sin embargo, no tiene la facultad de proferir decisiones.

En efecto, la labor de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal mencionado -Ley 906- no obliga al Juez a acoger sus solicitudes; aun cuando es la Fiscalía quien, inmediatamente se presenta la comisión de un delito, toma el control de la investigación y una vez recaudado el suficiente material probatorio relacionado con la ocurrencia del delito y el autor del mismo, lo pone en conocimiento del Juez de control de garantías, solicitándole la expedición de la orden de captura y, posterior a la captura del posible autor, solicita ante el mismo Juez, la legalización de la orden de captura, realiza la imputación de cargos y solicita la imposición de la medida de aseguramiento; y así ocurrió en la investigación penal donde fue involucrada la parte actora, tal como se encuentra probado en este proceso.

De tal forma que, en el presente caso, es evidente que no le asiste responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, en el entendido que su actuación en el proceso penal acusatorio, estipulado en la Ley 906, es simplemente como parte acusadora, puesto que ninguno de sus agentes fue quien ordenó la privación de la libertad de la demandante ni adoptó ninguna otra decisión, no tenía a su cargo la

dirección del proceso penal, por tal razón se presenta frente a mi representada la excepción, se reitera, **-falta de legitimación en la causa por pasiva-**.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha sostenido que para que un quebranto patrimonial sufrido por un particular revista el carácter de perjuicio indemnizable se necesita, sin embargo, la concurrencia de ciertos requisitos. Entre ellos y en primer lugar, la antijuridicidad del perjuicio; así en situaciones de orden público los ciudadanos tendrían que soportar, bajo ciertas circunstancias, las dificultades que el control de ese orden público pueda causarle. La ley permite en ciertos casos la retención de personas, el allanamiento, la requisa, la retención preventiva de ciudadanos. En estos asuntos se causa un perjuicio, pero dadas las circunstancias, la persona tendría el deber de soportarlos. Es preciso indicar en este punto, que la parte actora no ha especificado en que consistió el daño antijurídico causado, y menos que este pueda ser atribuible a la Fiscalía General de la Nación.

Así las cosas, no existe relación de causalidad entre el supuesto daño sufrido por los demandantes con la actuación surtida por la Fiscalía General de la Nación; de lo cual se puede concluir que frente a la entidad que represento, se configura igualmente UNA AUSENCIA DE NEXO CAUSAL.

Mal podría condenarse a la Fiscalía General de la Nación al pago de los perjuicios solicitados por la parte demandante, considerando que si bien, la Fiscalía fue una parte procesal más del proceso penal, al igual que la defensa del demandante. Por consiguiente, la actuación realizada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se enmarca dentro de los cometidos estatales que le han sido asignados en materia de investigación. Conforme con lo anterior se presenta en el caso bajo estudio, la excepción de inexistencia del daño imputable a la Entidad que represento.

Por ello, NO se encuentran probados los diferentes elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa de mí representada, es decir, el hecho dañoso y la relación de causalidad entre uno y otro, por lo cual deberá negarse las súplicas de la demanda respecto de mi representada.

Señor Juez, en el caso que nos ocupa, no se configura ningún tipo de error, ni falla en el servicio, y mucho menos un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o privación injusta de la libertad, es decir, al examinar las actuaciones de mí representada, tal como lo aduce y quiere hacer ver la parte actora en general en la demanda, y sin probarlo, por cuanto el Fiscal actuó conforme a la ley, en cumplimiento del deber legal.

Si bien se culminó el proceso penal absolviendo a LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, eso por sí solo no significa que las medidas y actuaciones adoptadas por la Entidad que represento, fueron ilegales o no contenían los requisitos para su adopción, lo que reafirma que se dio aplicación correcta a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, el cual requería de elementos probatorios que comprometieran la responsabilidad del sindicado, y éstos estaban más que presentes en el proceso penal. Existían serios indicios, los que se extrajeron de prueba debidamente recaudada y ante los mismos, era deber de la entidad vincular a la investigación penal, al aquí actor y solicitar la imposición de la medida de aseguramiento y la imputación en su contra, pues era la única medida que procedía de acuerdo al delito investigado y a la época en que sucedieron los hechos. Es preciso indicar que a pesar de la importancia del rol que cumple la Fiscalía General

de la Nación en el proceso penal, la dirección de este, estuvo a cargo en el caso en estudio, de los Jueces con funciones de control de garantías y de conocimiento.

La Fiscalía General de la Nación no debe ser condenada dentro de la teoría de la falla en el servicio o responsabilidad objetiva, dado que no cometió falla alguna, puesto que su actuación se surtió dentro de la gradualidad propia del proceso penal, contando con fundamentos fácticos, y dado que la realidad procesal obligaba a adoptar ciertas solicitudes, medidas y actuaciones contra LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, toda vez que fue capturado en flagrancia, y por tanto su actuar origino que el aparato judicial se activará.

Aceptar que el Estado debe responder por todos los perjuicios, riesgos o peligros a los que se ven abocados permanentemente los ciudadanos, bien por actuación de terceros, bien por un actuar de la administración de justicia completamente ajustado a la Constitución y a la ley, como sucedió en el presente caso con la actuación realizada por la Fiscalía General de la Nación, sería tanto como pedirle milagros, como exigirle que sobrepasara las fronteras de lo que humanamente es posible.

Cabe destacar que, frente a casos como éste, corresponde a la parte actora acreditar cuál fue la actuación del Estado que produjo el daño, además del nexo de causalidad entre estos dos elementos, los cuales, en el asunto *sub examine*, no se encuentran acreditados; por cuanto como ya se expuso anteriormente, la parte actora se limitó a reclamar a la Fiscalía General de la Nación sin especificar ni probar una supuesta responsabilidad con ocasión a la privación injusta de la libertad, pero no indico en qué sentido se le causo un daño antijurídico, toda vez que si bien se terminó el proceso penal con absolución, esto no significa que sea un motivo para poder imputar un daño antijurídico.

En consecuencia, por tales circunstancias en el presente caso, la Fiscalía General de la Nación no está llamada a responder en el evento de llegarse a probar algún daño, toda vez, que de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes, fue el Juzgado con Función de Control de Garantías y/o de conocimiento, en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien adelantó todo el proceso penal en contra del aquí actor. No obstante lo anterior, la parte actora no aporta pruebas ni evidencias que demuestren que la privación de la libertad del demandante, haya sido injusta, ilegal, irracional, irrazonable y mucho menos desproporcionada.

La medida de aseguramiento decretada a LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, reunía los requisitos necesarios para su imposición, y nótese que de la absolución en el proceso penal en favor del demandante, se ordeno por cuanto las pruebas no permitían condenar, ya que las que obraban en el proceso penal no demostraban plenamente la participación del mencionado en el hecho punible, y que bajo el principio IN DUBBIO PRO REO (Falta de pruebas o de certeza) fue absuelto. Es preciso indicar que fue absuelto por duda y no porque se hubiese demostrado plenamente su INOCENCIA. Así mismo, se deja claro, que las actuaciones de la Fiscalía de conocimiento no fueron ilegales o irregulares, tanto así, que dichas actuaciones y procedimientos no fueron motivo de nulidad ni reproche por parte del Juez Penal de Conocimiento.

Respecto a los eventos en que se absuelve o precluye dando aplicación al principio *in dubio pro reo* ha precisado la jurisprudencia que es diferente el título de

imputación en los casos en que hay elementos probatorios, pero estos no arrojan certeza, de aquellos en los cuales no hay incertidumbre propiamente dicha porque en realidad lo que se evidencia es la falta de pruebas por falla en la actividad de instrucción. Así se ha dicho, entre otras en sentencia del 9 de junio de 2010. Expediente 19.283:

ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo¹³ - strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)¹⁴ y 15.463 (2007)¹⁵, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

*En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, **se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado-¹⁶, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.***

*iii) **La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo.***

Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

*No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que **en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal–** o en los cuales la libertad se produce por la absolución o su equivalente en alguno de los supuestos del artículo 414*

13 [Pie de página de la cita] “La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos; por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del in dubio pro reo. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

14 [Pie de página de la cita] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

15 [Pie de página de la cita] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

16 [Pie de página de la cita] “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del in dubio pro reo, contra la primera.” Ibid. Pág. 151- 152.

del C.P.P., es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria¹⁷.

Es válido afirmar y concluir que cada una de las actuaciones llevadas a cabo en desarrollo del proceso penal seguido en contra del señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, por parte de la Nación Fiscalía General de la Nación se realizaron conforme a las normas penales aplicables para la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es la Ley 906 de 2004 y se cumplieron los términos establecidas en dicha disposición, por tanto, al cumplir los estándares legales, no se advierte una afectación injustificada al demandante con la restricción de su libertad por la medida de aseguramiento que le fue impuesta, *máxime* cuando, se reitera, la misma cumple con los requisitos exigidos para su imposición.

En consecuencia, de las pruebas aportadas se evidencia que aunque en etapa de juicio oral el Juzgado de Conocimiento absolvió de la investigación al demandante; lo cierto es que, las actuaciones desplegadas por el procesado en forma previa y durante el proceso de captura en flagrancia fueron debidamente acreditadas y constituyeron la causa eficiente en la producción de su propio daño, pues actuó con desatención u omisión de las obligaciones o reglas comunes a las que debía estar sujeto como ciudadano, debiendo ser negligente y adoptando medidas de cuidado, lo cual no realizó e incurrió en conductas que ameritaron la investigación penal y, consecuentemente, justificaron la restricción de su libertad.

Resulta evidente que la Fiscalía General de la Nación, cumplió con el deber estatal de investigación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento (cuando procede la misma), como quiera que al momento de restringírsele por parte del correspondiente Juez Penal la libertad al señor AYALA SAHAMUEL, debido a su propio proceder, la entidad que represento contaba con todos los indicios racionales y las pruebas pertinentes que le permitían inferir que el mismo estaba incurso en el delito investigado, pese a que posteriormente se ordenó su libertad.

Igualmente, aun cuando se profirió absolución a favor del imputado, efectivamente se desvirtúa la responsabilidad en cabeza del ente acusador, como quiera que obran evidencias y suficiente material probatorio dentro del proceso penal, que permiten concluir que éste por su propia voluntad actuó bajo los parámetros de la culpa grave, máxime al evidenciar que desatendió los deberes propios y el cuidado que inclusive personas negligentes o con poca prudencia suelen emplear y no tuvo la más mínima diligencia en sus actuaciones; por tanto, resulta claro que la detención de que fue objeto el señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, fue determinada por su propio proceder, el cual dio lugar al proceso penal que se adelantó en su contra y a la privación de la libertad que se debate. Se puede concluir, que en el caso en estudio se configura el eximente de responsabilidad para la Fiscalía General de la Nación, CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.

17 [Pie de página de la cita] "Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática." FOUCAULT, Michel "Vigilar y Castigar", Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed., pág. 173. "Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma." RAWLS, John "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273.

La parte demandante no probó ni demostró con lo aportado en el escrito de la demanda, que la privación de la libertad de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, haya sido injusta, ilegal, desproporcionada, o irracional; así tampoco, que los supuestos perjuicios reclamados fueron ocasionados por la Fiscalía General de la Nación. Es pertinente indicar que con las actuaciones y procedimientos desplegados por la Fiscalía General de la Nación en el caso en estudio, no se evidencia ni se prueba falla en el servicio, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y mucho menos un error judicial.

EXCEPCIONES O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PARA TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE PROFERIR DECISIÓN DE FONDO

No obstante todo lo anteriormente expuesto, respetuosamente me permito proponer las siguientes excepciones:

1. FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:

Al no corresponder a la Fiscalía General de la Nación, con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, imponer la medida de aseguramiento, ya que como se dijo anteriormente, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, **correspondiéndole al Juez de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes**, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, **es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer**. Y siendo ello así no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por “detención ilegal”, **ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por mi representada**.

Sobre este particular, en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió el 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.

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.

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.

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.

Frente a la detención de acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la **Ley 906 de 2004**, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede **EXIMIDA** de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa, impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad. Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

(...) “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. 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. 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. 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. (...)”.

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas”. Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Conforme a las anteriores enseñanzas y a otras similares que están recogidas en las sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-730 de 2005, que refieren a los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, introducido mediante el acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, se concluye que ya la Fiscalía no puede resultar responsable por los daños antijurídicos que se le imputen por “detención injusta”, sencillamente porque esta Entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. En el último fallo aludido (sentencia C-730 de 2005), la Corte Constitucional dijo que la Fiscalía General de la Nación, “ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente”.

2. INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

No hay nexo sustancial entre lo pretendido por la parte demandante, que no está igualmente probado, con las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación. Es importante traer a colación, que el proceso penal se surtió en vigencia de la Ley 906 de 2004, estando el proceso penal bajo la dirección del Juez Penal con funciones de control de garantías y de conocimiento.

3. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

El artículo 90 de la Carta Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, en ella se señala expresamente que son los denominados ANTIJURÍDICOS, agregando además “que le sean imputables”, causados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas.

La Fiscalía General de la Nación no ha ocasionado ningún daño antijurídico, así como tampoco lo demostró la parte demandante con la demanda y anexos, y mucho menos, cuando no se especificó cuál es la falla del servicio o defectuoso funcionamiento de esta entidad, imputándole únicamente una supuesta privación injusta de la libertad de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL.

4. COBRO DE LO NO DEBIDO

No hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora conforme con lo expuesto anteriormente.

5. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO NORMATIVO Y FINALIDAD LA LEY 906 DE 2004 Y EN CONSECUENCIA NO PUEDE PREDICARSE FALLA EN EL SERVICIO ATRIBUIBLE A ESTA ENTIDAD. AUSENCIA EN LA FALLA DEL SERVICIO POR PARTE DEL ENTE ACUSADOR:

La Fiscalía General de la Nación en el caso en estudio actuó en cumplimiento a lo que la Constitución Política de Colombia y la Ley lo obliga, no omitiendo ni extralimitándose, por lo tanto, se configura una AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO Y DE PRUEBAS FRENTE A LO QUE PRETENDE LA PARTE ACTORA.

La absolución de la investigación a favor de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, significa el cumplimiento por parte de cada uno de los funcionarios que participó dentro del proceso de sus funciones contempladas en la Ley 906 de 2004. Se hace claridad sobre los roles que cumple la policía judicial, los fiscales y los jueces, así:

1. Se comienza el proceso con el conocimiento de la probable ocurrencia de una conducta delictiva y a la policía judicial le corresponde realizar “actos de indagación o investigación” (artículo 205 de la Ley 906 de 2004).
2. El resultado debe ponerse en conocimiento del fiscal que dirige la investigación, quien debe adelantar el plan metodológico, en el cual se deben establecer los objetivos de la investigación teniendo en cuenta la naturaleza de la “hipótesis delictiva”.
3. Recolectadas las pruebas, se presenta formulación de imputación (artículo 286 de la Ley 906). En esta etapa es que se puede afirmar que inicia la investigación, en la cual, tanto la defensa como el fiscal recopilan pruebas.
4. Luego se presenta la acusación, etapa en la cual la defensa puede conocer las pruebas con las que cuenta la Fiscalía (artículos 339 y ss. de la Ley 906).

5. Se realizan los actos preparatorios del juicio oral con la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria (artículos 356 y ss. de la Ley 906).

6. Juicio Oral. Tal como se reconoce en esta sentencia, en la fase investigativa no puede hablarse propiamente de “pruebas”, porque adquieren esta connotación sólo en el debate público. Por lo tanto, el juicio oral se constituye “en el centro de gravedad del proceso penal”.

Hay que tener claro que el proceso penal contemplado en la Ley 906 de 2004, tiene una filosofía acusatoria diferente al anterior *“debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes involucra justamente las nociones de la duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación (...). Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de la responsabilidad penal”*¹⁸.

Por lo tanto, no puede pretenderse que el fiscal desde el comienzo del proceso pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad de la investigada, porque existe un debate probatorio para tratar de establecer la verdad de los hechos y es al juez a quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir según los principios de hermenéutica jurídica en materia penal, pues tanto es así que hasta en el juicio oral puede solicitar la absolución del investigado, tal y como sucedió en el caso que nos ocupa sin llegar a incurrir en falla alguna, toda vez que como se ha venido mencionado todos los procedimientos se hacen bajo la dirección, orientación y visto bueno del juez de garantías o de conocimiento según sea la etapa del proceso.

6. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

Acercas del eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, el Consejo de Estado en diversa jurisprudencia se ha manifestado, diciendo que, cuando el perjuicio reclamado por la víctima ha sucedido por causa exclusiva de ella y la Administración de ninguna manera tenía la posibilidad de resistir, ni de prever la circunstancia causante del daño, entonces, ninguna responsabilidad le puede ser cargada, puesto que la propia persona fue la causante del daño que pretende reclamarle al Estado; es decir, no se constituye como un daño antijurídico. Sobre este tema se han traído extractos de jurisprudencia del Consejo de Estado en el marco teórico de este concepto. Y es que fue el demandante quien causó su propio daño, que hizo que se pusiera en movimiento el aparato judicial.

Suficiente es lo anterior, para determinar en primer lugar, que si bien se pudo generar un daño con el proceso penal adelantado, no fue un daño antijurídico, puesto que la parte actora estaba en el deber jurídico de soportarlo, al quedar demostrado que generó la investigación penal en interés, es decir, que el daño es consecuencia de su propio actuar.

¹⁸ PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013, página 57.

De otra parte, en el año 2014, en sentencia del Consejo de Estado se recopilaron las siguientes subreglas aplicables cuando se ha de determinar si opera la eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima:

Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

*"... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual **la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de quien implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.** Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño..."*

De lo anteriormente traído a colación, es ajustado a derecho colegir que en el sub iudice se configura un eximente de responsabilidad a favor de la Fiscalía General de la Nación por actuación excluyente de un tercero.

Al respecto, es de recordar que el Consejo de Estado, en relación con hechos similares a los alegados por la parte actora, ya se ha pronunciado, recordemos:

"...constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañoso no sea imputable a la administración. Y se dice que no es imputable cuando quiera que se ha producido por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito...". (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Bogotá, D. C., 23 de Octubre de 1975 - Consejero Ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis - Ref. Exp. 1405 Actor Ananías Hernández Vargas - A.C.E. Año L Tomo LXXXIX Nos. 447 - 448 Página 438).

En el caso en estudio, se colige que se configura la CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA frente a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL fue capturado en flagrancia por miembros de la Policía Nacional.

7. LAS GENÉRICAS

Sean las anteriores razones suficientes por las que respetuosamente me permito replicar al Señor Juez, para que de configurarse una excepción, de oficio la decrete; y en consecuencia, se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las

declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.

Finalmente podemos observar que la Fiscalía no violó ni desconoció los preceptos legales aducidos en el acápite Fundamentos de Derecho, como ya se dijo, actuó conforme a derecho y a lo ordenado por la Constitución Política y la Ley.

PRUEBAS

En cuanto a la obligación de allegar el expediente administrativo, se debe resaltar que en el caso objeto de estudio no se adelantó un expediente administrativo por la entidad que represento, lo que se dio fue la participación como parte en un proceso penal, la cual se demuestra con pruebas obrantes en el expediente allegadas por la parte actora y en cuanto a la custodia del referido expediente penal, el mismo reposa en la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en consecuencia no está en poder de mi representada.

No obstante lo anterior, adjunto los documentos que a continuación relaciono:

- Informe ejecutivo firmado por la Dra. ANGELA ATULEYA CAMACHO CORTES, Fiscal 117 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá – Unidad de Delitos contra la Libertad Individual, Salud Pública y Seguridad Pública; y pantallazos obtenidos del SPOA como anexos. Cinco (5) archivos en PDF.

PETICION

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicito muy respetuosamente al Señor Juez DENEGAR las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, se proceda al archivo de las diligencias.

ANEXOS

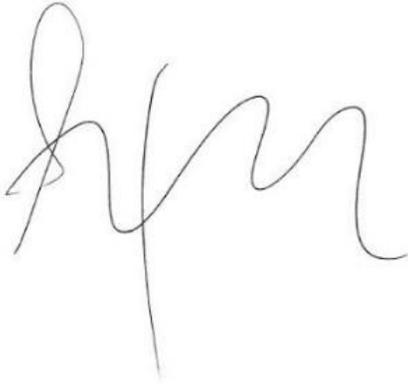
Acompaño al presente memorial los siguientes:

- Poder para actuar. Artículo 5 del Decreto 806 de 2020, en donde se indica: *“los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán conferir mediante mensaje de datos, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento”*
- Fotocopia de la Resolución número 0-0303 de marzo 20 de 2018 (Por medio de la cual se establece la organización interna de la Dirección de Asuntos Jurídicos y se dictan otras disposiciones).
- Fotocopia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22B N° 52 - 01, Tercer Piso del Edificio "C", Ciudad Salitre, Bogotá, Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del Juzgado o al correo electrónico jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, jur.novedades@fiscalia.gov.co y santiago.nieto@fiscalia.gov.co.

Del Señor Juez,



SANTIAGO NIETO ECHEVERRI
C.C. No. 6.241.477 de Cartago Valle
T. P. No. 132.011 del C. S. de la J.



DEAJALO21- 4157

Bogotá D. C., martes, 22 de junio de 2021.

Doctor

JOSE IGNACION MANRIQUE NIÑO

Juez Treinta y Cinco (35) Administrativo de Bogotá – Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-43-035-2020- 00158-00
Medio Control: Reparación Directa
Demandante: Luis Eduardo Ayala Sahamuel y Otros.
Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ, identificado con la cédula de ciudadanía No.10'539.319 de Popayán, titular de la tarjeta Profesional No.43.870 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder que adjunto, estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda, en los siguientes términos:

1.- A LAS PRETENSIONES

Con todo respeto me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda, por cuanto en el presente caso no se configuran los requisitos para que se estructure la falla en la prestación del servicio que se demanda.

2.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal adelantado contra LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, por los punibles de: tráfico y porte de estupefacientes agravado, radicado con los Nos: 11001-60-00-017-2016-08493 NI 266.939 y el proceso No. 11001-60-00-000-2017-02154 NI 308.939. La Rama Judicial no está de acuerdo con los hechos relacionados con la presunta privación injusta y los perjuicios reclamados. Los más relevantes resumo en los siguientes términos:



Por labores de inteligencia de la Policía Nacional y a través de información de la comunidad en el mes de junio de 2016 se supo de la existencia de un expendio de sustancias alucinógenas en el Barrio el Bosque, en un inmueble particular, por lo que realizado el seguimiento correspondiente, obtenidas las evidencias necesarias, se solicitó autorización para realizar diligencia de allanamiento, la cual estuvo a cargo del Agente FABIO ALEJANDRO BALLESTEROS LOPEZ, adscrito a la SIJIN con la finalidad de descartar la existencia de esta conducta punible, hallar sustancias estupefacientes y hacer las respectivas incautaciones y capturas, se tomó fotografía a la nomenclatura, se consiguió el certificado de tradición del inmueble y el mapa catastral.

Respeto a la diligencia de allanamiento da cuenta lo ocurrido el Informe Ejecutivo FPJ 3 del 22 de mayo de 2016 por los hechos denunciados por la comunidad del Barrio el Bosque, quienes indican que dentro de un inmueble se trafica con estupefacientes, la afluencia de personas a ese lugar era masiva y después salían a consumir alucinógenos en los parques del sector, la comunidad dio a conocer la dirección y el nombre de un "alias Federico".

En el inmueble en la diligencia se encontró a dos (2) personas en el inmueble quienes permitieron el acceso, el señor RICARDO PEDRAZA FLOREZ entregó a la autoridad sustancia alucinógena, que dio positivo para cocaína en cantidad de 27 gramos y manifestó que la sustancia era solo de su propiedad.

En el lugar también estaba el señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, indicando que se encontraba de visita, por lo que fueron CAPTURADOS EN FLAGRANCIA, según quedó consignado en los informes de registro y allanamiento FPJ 19 y el acta de allanamiento y registro FPJ 18 del 16 de junio del 2016 por el suscritos, los que dan cuenta de las razones de tiempo, modo y lugar de lo encontrado.

Estos hechos y los dos (2) capturados fueron puestos a órdenes de la Fiscalía con los Elementos materiales probatorios y la sustancia incautada para que se decida su participación en los hechos.

La Fiscalía les imputo cargos por el punible de fabricación, tráfico o porte de estupefacientes agravado. Solicito al Juez de Garantías imparta la legalidad de la incautación, a la captura e imponga medida de aseguramiento.

El Juez de Garantías el 16 de septiembre de 2016 verificados los requisitos legales, impartió legalidad al allanamiento, a las capturas, con base en la sustancia incautada, por la naturaleza del punible impuso medida de aseguramiento intramural. Contra estas decisiones la defensa del aquí demandante interpuso recursos y la medida intramural fue revocada por detención domiciliaria el mismo 16 de septiembre de 2016



Por la aceptación de los cargos y sometimiento a sentencia anticipada del señor RICARDO PEDRAZA FLOREZ, el 21 de noviembre de 2017, se profirió sentencia de condena, lo que dio lugar a la ruptura de la unidad procesal del proceso radicado con el No. 11001-60-00-017-2016-08493 NI 266.939.

No obstante que respecto a la inocencia o exclusión en la participación de los hechos del señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL no expresó nada, por lo que la investigación continuó en su contra, con nuevo radicado el No. 11001-60-00-000-2017-02154 NI 308.939.

El proceso continuó su desarrollo con audiencia preparatoria.

La Fiscalía ante la ausencia de pruebas contra el aquí demandante y al haber aceptado cargos el señor RICARDO PEDRAZA FLOREZ, solicitó la preclusión de la investigación a favor de LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL y el Juez 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá el 10 de julio de 2018, decretó dicha preclusión, precisando que se le había concedido la libertad desde el 17 de septiembre de 2016.

Por estos hechos el aquí demandante permaneció privado de la libertad entre el 16 de junio de 2016 al 17 de septiembre de 2016, es decir, por, 3 meses y 1 día, por lo que el demandante considera que se le han causado perjuicios morales y la vida de relación por \$221'950.500oo.

3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Inexistencia de antijuridicidad

La parte actora pretende que se declare que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son responsables administrativamente por los daños y perjuicios que reclama, alegando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial la “supuesta” privación injusta de la libertad de la que fue objeto.

En el acápite de las pretensiones, el demandante solicita cuantiosa indemnización por concepto de perjuicios materiales, por supuesta falla en el servicio judicial por una presunta privación injusta de la libertad.

Olvida el actor que la responsabilidad del Estado, de acuerdo a jurisprudencia del Consejo de Estado, éste *“falla cuando con sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho, desconoce los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier persona vulnere dichos derechos.*



No debe olvidarse que la responsabilidad del Estado es primaria, es decir, recae en la persona de derecho público en primer lugar, y es objetiva; y existe falla cuando existe daño a los derechos de los asociados como consecuencia de la acción u omisión estatal”. (C. E., Sección Tercera, Sentencia nov. 4/75).

La falla en el servicio para que pueda considerarse verdadera causa de perjuicio y comprometa la responsabilidad del Estado *“no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración puede considerarse como “anormalmente deficiente”. (Consejo de Estado, Sentencia de agosto 4 de 1994. Expediente 8487).*

Así mismo, el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A, Consejero ponente - MAURICIO FAJARDO GOMEZ mediante providencia del 7 de abril de 2011, con radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01, se indicó que:

Teniendo en consideración que el título de imputación alegado es la presunta *“privación injusta de la libertad”*, se estima pertinente citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que sobre el punto ha enseñado la jurisprudencia y examinar si la parte demandada debe responder por los hechos alegados.

Conforme a las pretensiones descritas, resulta pertinente destacar que la cláusula general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, del cual se puede concluir que para que se estructure la responsabilidad por parte del estado, debe existir un daño antijurídico y que este pueda ser atribuible a una Autoridad por acción u omisión¹.

En desarrollo del precepto constitucional citado, la Ley Estatutaria 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrando la posibilidad de que quien sufra este daño, puede demandar al Estado la indemnización de perjuicios².

Aunado a lo anterior, y tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, es preciso establecer que el régimen para atribuir responsabilidad a las autoridades con ocasión del daño sufrido por privación injusta de la libertad puede ser el modelo de responsabilidad

¹ Artículo 90 Constitución Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

² Ley 270 de 1996. Art. 68: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”



subjetiva. Así lo señaló la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control previo y automático sobre el proyecto de la Ley Estatutaria citada anteriormente. Al respecto este Alto Tribunal manifestó:

*“... una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, **la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.**”³*

Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para las Autoridades Administrativas en el ejercicio de sus competencias sentencia c - 634 de 2011:

“JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Acatamiento estricto

El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de

³ Corte Constitucional. Sentencia C – 037 de 1996 M. P. Dr.: Vladimiro Naranjo Mesa. En previos pronunciamientos de esta misma Corporación, se ha establecido que el artículo 90 constitucional permitía la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad, basado en la culpa: “A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.” En: Corte Constitucional. Sentencia C – 430 de 2000. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.



control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas

En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio. Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 C.P.); entonces las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales. Por supuesto, en este último caso reconociéndose las posibilidades legítimas de separación del precedente que, se insiste, están reservadas a los jueces, sin que puedan predicarse de los funcionarios de la administración.

FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS-Omisión legislativa relativa

Corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes,



el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales. Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política"

La Corte Constitucional en la Sentencia SU - 072 de 2018 concluyó que tratándose de la responsabilidad del Estado por privación injusta de libertad, el régimen que se puede aplicar es el de responsabilidad subjetiva. Esto por cuanto al hacer una interpretación de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado no se puede descartar la aplicación de dicho régimen: *"De la misma forma, se anota que la Corte y el Consejo de Estado comparten dos premisas: la primera, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). La segunda, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional."*⁴

También esta Corporación en la misma providencia destacó que el régimen aplicable para casos de privación injusta de la libertad sea el objetivo, y que, por el contrario, es el Juez, atendiendo a las particularidades del caso objeto de estudio, quien debe definir el régimen aplicable, permitiendo entre otros que se analice el dolo o la culpa en cada caso. Esto con ocasión de la aplicación del principio *iura novit curia*⁵:

*"Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁵ Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera: "El principio *iura novit curia*, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen." En: Corte Constitucional. Sentencia T – 851 de 2010. M. P. Dr.: Humberto Antonio Sierra Porto.



jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”⁶

Aunado a lo anterior, otro aspecto tenido en cuenta por el Alto Tribunal citado para afirmar que tratándose de la privación injusta de la libertad es pertinente acudir o aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad consisten en primer lugar en determinar que el *nomen iuris* del título de imputación denominado “*privación injusta de la libertad*”, trae en su contenido el vocablo “*injusta*”, lo cual permite colegir que para atribuir responsabilidad al Estado por esta causa, el Juez debe terminar que la decisión sea desproporcional o irrazonable, antes claro está, de verificar que la decisión sea ajustada al ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto. Sobre este particular afirmó:

“En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión “injusta” necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho.”⁷ (negrilla fuera de texto).

Dicha proporcionalidad y razonabilidad puede verificarse según lo dispuesto en las normas de la Ley 906 de 2004, según las cuales, para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de libertad se deben cumplir o acreditar con una serie de requisitos tales como la inferencia razonable, y que la misma se muestre como necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, que el imputado constituya un peligro para la comunidad o la víctima y/o que el imputado no vaya a comparecer al proceso o al cumplimiento de la sentencia.⁸

Dicho lo anterior, la Corte Constitucional ha concluido que no basta con verificar la causalidad en relación con aspectos de privación injusta de libertad, sino que además es deber el fallador verificar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva de la libertad impuesta. En tal sentido se destaca:

“Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida,

⁶ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 308



debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.”⁹

De cara a lo anterior, resulta pertinente destacar lo que la Corporación en cita manifestó en relación con la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, lo cual implica en el ámbito penal que para proferir una condena se debe llegar a un grado de conocimiento más allá de toda duda, y si esta persiste y no es superada, el Juez de Conocimiento debe emitir absolución en favor del procesado, pues se mantiene incólume la presunción de inocencia.

Se advirtió por parte de la Corte que, en este tipo de casos, cuando hay imposición de medida de aseguramiento, pero absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la responsabilidad del Estado NO opera de forma automática o/y objetiva, y esto se explica ya que en este tipo de casos la labor del Ente Acusador y del Juez de Conocimiento se torna más compleja de discernir. Esto por cuanto la Corte reconoce que, conforme al esquema procesal vigente, el mismo se adecua a una serie de principios tales como los de inmediación, contradicción, oralidad, entre otros, y que también la facultad de investigar y juzgar se encuentra en diferentes Instituciones. De allí que, a manera de ejemplo, al no existir en este esquema procesal lo que anteriormente se conocía como permanencia de la prueba, solamente en juicio oral al momento de practicarse las pruebas se puede determinar si el testigo miente, se contradice o si por el contrario dice la verdad y ayuda a soportar una teoría de caso. Esto implica que la valoración que hace un juez de garantías respecto de los elementos materiales probatorios es diferente a la que hace el Juez de Conocimiento para emitir fallo condenatorio o absolutorio. En este sentido menciona la Corte:

*“Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que **la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.***

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas



*En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, **es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.***

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.¹⁰

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad¹¹. Al respecto se ha mencionado:

*“El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta “sospecha” en su contra. Mas adelante, para poder formular acusación, es necesaria la “probabilidad” de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en él. Sólo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la “certeza” sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente pueden tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido.”*¹²

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el *sub*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de octubre de 2019. Rad.: 53440. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar

¹² Jauchen, Eduardo. Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2015. Pág.: 297 – 298.



examine se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal.

En eventos en los cuales al procesado se le haya impuesto una medida de aseguramiento privativa de la libertad y posteriormente sea absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, se debe hacer por parte del Juez de la causa la verificación de los criterios arriba expuestos, pues tal como se manifestó por el Corte Constitucional, tanto la medida como la sentencia de fondo corresponden a dos escenarios diferentes donde no se puede exigir al Juez Penal el mismo criterio de valoración probatoria.

La sentencia C - 037 de 1996

La Corte Constitucional en la Sentencia C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término “INJUSTAMENTE” para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (*ratio decidendi*).

En este orden de ideas, corresponde a la parte actora como carga procesal, acreditar que las decisiones que adoptó el Juez de Garantías, fueron arbitrarias, caprichosas y/o adoptadas por fuera de los procedimientos legales, evento que no ha ocurrido en el presente caso, pues ello no se encuentra acreditado.

La Sentencia SU - 072 de 2018.

En este contexto es necesario tener en cuenta que bajo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, la cual se encuentra directamente relacionada con la Sentencia C-037 de 1996, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva contra Entidades como la aquí demandada, por el solo hecho que el sindicado resulte absuelto o se le precluya la investigación. Es claro en estos institutos jurídicos, per se, no hacen injusticia la captura o la medida de aseguramiento de una persona, puesto que en la actualidad se requiere un esfuerzo probatorio y argumentativo mucho mayor, dado que la parte actora le concierne demostrar que la orden impuesta no se avino a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

El caso concreto:

La captura en flagrancia



En el presente caso, se destaca que en el inmueble al momento de la diligencia de allanamiento se encontró a dos (2) personas en el inmueble quienes permitieron el acceso, el señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL y RICARDO PEDRAZA FLOREZ este último entregó a la autoridad sustancia alucinógena, que dio positivo para cocaína en cantidad de 27 gramos, por lo que se produjo su captura en FLAGRANCIA.

En cuanto a la responsabilidad de quien es capturado en flagrancia, el Consejo de Estado ha expresado:

“CAPTURA DE CIUDADANOS POR PARTE DE POLICÍA NACIONAL SIN ORDEN JUDICIAL – Genera responsabilidad patrimonial del Estado / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Objetivo / IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – Si resulta absuelto el sindicado deberá ser indemnizado

la Sala ha adoptado el criterio conforme con el cual el Estado, en virtud del régimen de responsabilidad de **carácter objetivo**, debe indemnizar los perjuicios ocasionados a los ciudadanos afectados con medidas de aseguramiento y que, luego, resultaron exonerados de los cargos imputados, mediante sentencia absolutoria o su equivalente, con fundamento en que i) el hecho no existió, ii) el implicado no lo cometió; iii) la conducta no constituía hecho punible o iv) por aplicación del principio del in dubio pro reo . **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado en procesos donde no se desvirtuó el principio in dubio pro reo consultar, sentencia de 26 de mayo de 2011, Exp. 20299, CP Mauricio Fajardo Gómez

RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD – Se puede declarar la falla en el servicio siempre que se advierta un error jurisdiccional o un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

[C]uando se advierta un error jurisdiccional o un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia es posible recurrir al régimen de responsabilidad de carácter subjetivo y declarar la existencia de una falla en el servicio, con el fin de efectuar un juicio de reproche sobre el proceder de las autoridades jurisdiccionales. En las condiciones analizadas, lo que determina la configuración o no de la privación injusta de la libertad y, de manera consecuente, da paso a la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo, es que al sindicado que resultó absuelto se le hubiera impuesto una medida de aseguramiento. **NOTA DE RELATORÍA:** En tratándose de los daños causados por la administración de justicia y su régimen de responsabilidad aplicable consultar, sentencia de 30 de junio de 2016, Exp. 39808 y sentencia de 24 de octubre de 2016, Exp. 37812



“MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – Alcances / MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – Naturaleza

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las medidas de aseguramiento, sus alcances y su naturaleza consultar, sentencia de la Corte Constitucional de 31 de agosto de 2016, Exp. C-469, MP Luis Ernesto Vargas Silva

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – Régimen legal / MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO – Garantiza la comparecencia del sindicado en proceso penal

[L]as medidas de aseguramiento se adoptan una vez se ha iniciado el proceso penal, con el fin de “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” (artículo 355 de la Ley 600 del 2000, aplicable al presente asunto).

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 – ARTICULO 365

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR CAPTURA EN FLAGRANCIA – Presupuestos

*[L]a responsabilidad derivada de la captura en flagrancia de un ciudadano **no es susceptible de ser analizada con fundamento en los criterios propios de la “privación injusta de la libertad”, dado que la aprehensión en estas condiciones no proviene de la imposición de una medida de aseguramiento, sino del cumplimiento del deber consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política**, esto es, aquel en virtud del cual cualquier ciudadano y autoridad pública debe capturar a las personas sorprendidas al cometer un delito, de ahí que no se requiera una orden judicial y no comporte una detención preventiva. En efecto, la captura en flagrancia está orientada a que la persona sorprendida al momento de cometer un delito sea puesta a disposición del funcionario judicial competente para que este decida respecto de la legalización de la aprehensión, así como sobre la procedencia de iniciar la investigación penal.*

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 32

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO Y CAPTURA EN FLAGRANCIA –



Corresponden a restricciones a la libertad con alcances y finalidades propias

[L]a captura en flagrancia y las medidas de aseguramiento corresponden a restricciones de la libertad con alcances y finalidades propias, razón por la cual, al primer evento -captura en flagrancia-, por no ser el resultado de una decisión jurisdiccional, a través de la cual se impone una medida preventiva, no le resultan aplicables los criterios jurisprudenciales predicables en relación con el segundo, sino que se rige por el régimen subjetivo de responsabilidad extracontractual del Estado.

DETENCIÓN ADMINISTRATIVA – Procedencia de captura en casos de flagrancia / FLAGRANCIA – Presupuestos

*[P]rocede la captura, sin previa orden judicial, en las situaciones de detención administrativa y en los estados de flagrancia, los cuales, para el caso concreto, corresponden a los definidos por el artículo 345 de la Ley 600 del 2000 (...) la flagrancia se configura cuando, entre otros, la persona identificada o por lo menos individualizada es sorprendida al momento de cometer un delito, a título de autor o de partícipe. Conviene aclarar que a la autoridad que lleva a cabo la aprehensión no le corresponde valorar las circunstancias que permitan esclarecer la responsabilidad del sujeto sorprendido en flagrancia o que conlleven a su libertad, dado que este es un asunto de competencia de las autoridades penales, a disposición de las cuales se debe dejar al implicado, en el menor tiempo posible. Ahora, derechos como el de la intimidad y el de la inviolabilidad de domicilio no son de carácter absoluto, de ahí que la Constitución Política, en su artículo 28, admita su afectación, sin orden judicial en algunos eventos excepcionales. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la flagrancia y sus presupuestos consultar, sentencia de la Corte Constitucional de 27 de enero de 1994, Exp. C-024, MP Alejandro Martínez Caballero*

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTICULO 28 / LEY 600 DE 2000- ARTICULO 345

FLAGRANCIA – Debe estar precedida de un conocimiento fundado que permita deducir las situaciones que justifiquen la intromisión domiciliaria

[L]a práctica de tales diligencias, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, debe estar precedida de un conocimiento fundado que permita



*deducir las situaciones especiales que justifiquen la intromisión domiciliaria, lo que no quiere decir que se deba tener certeza, sino que se debe contar con elementos que permitan inferir la probabilidad de configuración de las situaciones que facultan la intromisión sin orden judicial previa. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la flagrancia y sus requisitos especiales consultar, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de noviembre de 2006, Exp. 23327, MP Marina Pulido de Barón.*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DETENCIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR – Se configuró / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE POLICÍA NACIONAL – Existente por acreditarse falla en el servicio por cumplir presupuestos para llevar a cabo diligencia de captura

En relación con la imputación del daño, es claro que la llamada a responder es la Policía Nacional, por cuanto esta autoridad que capturó a la demandante, pese a no cumplirse los presupuestos dispuestos para tal fin –configuración de la flagrancia o existencia de orden judicial previa–. Por su parte, se advierte que la Fiscalía General de la Nación no participó en las actuaciones objeto de cuestionamiento y no adoptó ninguna decisión en el marco de las diligencias de registro y captura adelantadas el 20 de octubre de 2006, lo que resulta suficiente para concluir que esta entidad no debe asumir ningún tipo de responsabilidad en este asunto. En cuanto a Ecopetrol S.A., se tiene que si bien practicó un análisis con fundamento en el cual se procedió a la captura analizada, no es menos cierto que su actuación no fue la que causó el daño, dado que fueron los funcionarios de la Policía Nacional los que le otorgaron mérito probatorio, pese a que carecían de este, por ser el resultado de una prueba practicada de manera ilegal. (CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Sentencia del 10 de mayo de 2017, radicación número: 73001-23-31-000-2008-00669-01(47338), actor: LUZ ADRIANA RAMÍREZ VALENCIA Y OTRA, demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - ECOPETROL S.A).

Inexistencia de Antijuridicidad

La Fiscalía dentro del término legal presentó ante el Juez de garantías con el fin de que se pronunciara sobre la legalidad de su aprehensión puesto que las circunstancias en las que fue aprehendido permitían suponer su posible participación en las conductas imputadas por la Fiscalía.



La Fiscalía como soporte de la imputación presentada el 16 de septiembre de 2016, contra los procesados: Informe Ejecutivo FPJ 3 del 22 de mayo de 2016 por los hechos denunciados por la comunidad del Barrio el Bosque, Informe del allanamiento y la incautación de la sustancia alucinógena con un peso neto de 27 gramos de cocaína, las versiones de la comunidad que daban cuenta de expendio de sustancias alucinógenas en el inmueble.

Es por lo anterior que el Juez de Garantías contaba con varios indicios que permitían suponer su posible participación en las conductas punibles endilgadas, por lo que era necesario clarificar su situación jurídica por el aquí demandante. Además, por cumplirse los requisitos previstos en la ley, se le impuso medida de aseguramiento intramural. Decisión que fue impugnada, obteniéndose su revocatoria.

Dicha decisión resultó ajustada a la constitución y la ley, es decir en derecho, por cuanto las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una inferencia razonable, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación de la aquí demandante frente al delito de estafa, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.¹³

¹³ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A**, Consejero Ponente Dr. JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020), radicación: 50001-23-31-000-2009-00250-01 (54.122), Actor Angelica María Herrán Trujillo. Demandada: Fiscalía



Inexistencia del daño antijurídico

Bajo el caso sub examine, se constata que al señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL aquí demandante, se le procesó por los delitos de: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, la Fiscalía General de la Nación, a raíz de los hechos investigados y con elementos materiales probatorios recaudados hasta ese momento, tales como lo descrito por lo narrado por los Agentes de Policía que participaron en la captura, solicitó medida de aseguramiento y el Juez con Función de Garantías accedió a dicha petición ordenando enviar de forma preventiva al procesado a establecimiento carcelario. Sin embargo dicha medida fue modificada.

Dicha situación se encuentra conforme con lo dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Política¹⁴, autoriza la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que resulta procedente, de forma excepcional, la privación de la libertad como medida cautelar. Es decir, se encuentra ajustado a los instrumentos internacionales que protegen derechos humanos que un Estado pueda privar de la libertad a una persona de forma preventiva:

“ 69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.”¹⁵

¹⁴ ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. INFORME No. 86/09 CASO 12.553 FONDO JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY 6 de agosto de 2009. Misma posición descrita en las siguientes decisiones: Corte I.D.H., Caso López Álvarez. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C Nº 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C Nº 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párrafo 77.



Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado que bajo los presupuestos de la Constitución existen privaciones de la libertad que resultan legítimas en el marco de un proceso penal. En decisión de constitucionalidad del año 2016 resaltó lo siguiente:

“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”¹⁶

Bajo la Constitución la normatividad procesal vigente es al Juez de Control de Garantías al que le corresponde decidir sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento. Para establecer si el daño causado al demandante es de carácter antijurídico, se hace necesario precisar cuál es el rol o función del Juez de Control de Garantías dentro del sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 y el juez de conocimiento.

Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la Fiscalía, la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento¹⁷, por manera que, no es del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio* y *ab initio*, sobre la responsabilidad penal del imputado.

Lo que sí compete, inicialmente, al Juez de Garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ Artículo 250 C.P.





de imputación e imposición de medida de aseguramiento,¹⁸ actuaciones que inician a petición de la Fiscalía, como titular de la acción penal, la cual se sustenta en la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane.

Bajo el anterior contexto y conforme a los hechos descritos si bien es cierto el Juez de Control de Garantías impartió control de legalidad a la captura del demandante, formuló la imputación hecha por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento por dicho ente solicitada, tales decisiones se produjeron en un momento procesal en el cual el estándar probatorio exigido es el de una inferencia razonable de autoría o participación¹⁹

Conforme a la normatividad citada, el Juez de Control de Garantías, para imponer la medida de aseguramiento debe verificar lo siguiente:

La inferencia de autoría o participación del procesado en la comisión de una conducta punible

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito²⁰. Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que el estándar probatorio para imponer y revocar una medida de aseguramiento es básicamente “(...) **la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.**”²¹ (Negrilla fuera de texto)

En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos Elementos Materiales Probatorios (no plena prueba) que daban cuenta de la posible participación en los punibles de: tráfico y porte de estupefacientes agravado, soportado en el Ejecutivo FPJ 3 del 22 de mayo de 2016 por los hechos denunciados por la comunidad del Barrio el Bosque, Informe del allanamiento y la incautación de la sustancia alucinógena con un peso neto de 27 gramos

¹⁸ Artículos 275 y s.s. del C.P.P.

¹⁹ Ley 906 de 2004. Art. 286.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.



de cocaína, las versiones de la comunidad que daban cuenta de expendio de sustancias alucinógenas en el inmueble.

Lo anterior evidencia que existió mérito para vincularlo e imponerle medida de aseguramiento.

Los fines constitucionales de la medida de aseguramiento – proporcionalidad

El artículo 308 del Código de procedimiento penal establece los fines constitucionales que se debe acreditar para la imposición de una medida de aseguramiento. Los fines constitucionales que se deben acreditar deben ir acompañados de un test de proporcionalidad que debe ser resuelto por el fallador. Así lo ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.”²²

Aunado a esto, en reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, destacó que junto la inferencia razonable y la necesidad o fines constitucionales de la medida, se debe acudir a la normatividad que en específico permiten la imposición de determinadas medidas de aseguramiento. Al respecto señaló en decisión del año 2019:

“Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.



privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).”²³

Así, es claro que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías se fundaron en la **inferencia razonable** a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes en el momento de la audiencia por parte de la **Fiscalía**, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

La defensa del aquí demandante, contra el auto que decretó la medida de aseguramiento se interpuso recurso de apelación y en aplicación del principio de la doble instancia, el 30 de mayo de 2011 se decretó la nulidad de la medida y se ordenó la libertad inmediata del aquí demandante.

De otra parte, de cara a la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, resulta pertinente recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona **a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.



todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal²⁴ (se subraya).

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

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

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

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

“... la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la **antijuridicidad del daño**, como elemento que da derecho a la reparación, **no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y**

²⁴ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia". (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente No, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), actor Martha Lucía Ríos Cortés y otros, demandado La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación).

Siendo así las cosas, las decisiones adoptadas por el Juez de Garantías se encuentran ajustadas a la constitución y la ley, es decir, fueron proferidas en derecho.

Recuérdese que la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2010, al declarar exequible el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, amplió aún más su contenido en el sentido de conminar al fallador penal a emitir un pronunciamiento acorde con lo solicitado.

En igual sentido, en decisión del 21 de marzo de 2012, con ponencia del doctor JOSÉ LUÍS BARCELÓ CAMACHO, Radicación No. 38256, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, enseñó lo siguiente:

"9.5 La jurisprudencia ha dicho que en el sistema de la Ley 906 del 2004, la solicitud de absolución, hecha por la Fiscalía, implica el retiro de los cargos, tanto que, a voces del artículo 448, en ningún caso el juez puede emitir condena por delitos por los cuales el acusador no haya pedido esa decisión. (Sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15.843.)"

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, "pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras"

Es decir, jurisprudencialmente la petición de la Fiscalía para la emisión de una sentencia absolutoria se constituye en un verdadero retiro de los cargos por parte de la Fiscalía ya que finalmente es la titular de la acción penal. (...)" (Negritas y subrayas fuera del texto)

En dichas condiciones, puede afirmarse que si bien los Jueces gozan de autonomía e independencia judicial para elegir las normas jurídicas aplicables al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar



el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en esta labor no les es dable apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, menos aún, desconocer las disposiciones constitucionales o legales, que rigen el procedimiento que orientan el proceso bajo cuya dirección adelantan, para el caso concreto la Ley 906 de 2004, que obliga al Juez Penal de Conocimiento a emitir una decisión favorable al procesado cuando no sea posible probar más allá de toda duda la responsabilidad del acusado, en atención además al principio de congruencia, en razón de la solicitud de preclusión elevada por el Ente Acusador, lo cual conlleva un efectivo desistimiento del ejercicio de la acción penal.

En consecuencia, el Juez de Control de Garantías al imponer la medida de aseguramiento, atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, restringir preventivamente el derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los Elementos Materiales Probatorios aportados por la Fiscalía (no como plena prueba), toda vez que, el destape probatorio se inicia con audiencia de acusación (art.344 Ley 906) y en este caso no se llegó a ella.

Por lo anterior, las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una inferencia razonable de que el imputado podría ser autor o partícipe de la conducta delictiva por las cuales se le investiga, además, la pena de la conducta punible imputada es superior a cuatro (4) años, por lo que se cumplió uno de los requisitos

Lo anterior permite reiterar, que las decisiones adoptadas por el Juez de Garantías se encuentran ajustadas a la Constitución y la ley, es decir, en derecho y en garantía del debido proceso, se revocó la medida de aseguramiento y como ya se expresó, se ordenó su inmediata libertad.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

En el presente caso no puede pasarse por alto que la causa determinante del daño que aquí se reclama lo constituye la conducta del procesado, toda vez que, así haya sido absuelto, se expuso de manera imprudente y con culpa grave, si bien se pudo generar un daño, este no fue antijurídico, puesto que la parte actora estaba en el deber jurídico de soportarlo, al quedar demostrado que con su conducta, al ser capturado al interior de la vivienda, lugar de expendio de alucinógenos, en compañía de quien aceptara los cargos y se sometiera a sentencia anticipada, lo que dio lugar a que fuese vinculado a dicha investigación penal, por cuanto en el lugar de su aprensión se encontraron 27



gramos de cocaína, por lo que debía definir su situación jurídica y su participación en los hechos.

Es por ello que actuó con culpa grave, mas no como un buen padre de familia que vive en una sociedad llena de valores, principios y buenas costumbres.

A partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, la culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

El Consejo de Estado, respecto a la culpa exclusiva de la víctima, ha expresado:

*"... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual **la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de quien implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.** Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa desató a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño..."*

Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño.

Bajo esta perspectiva en el presente caso se configura una causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputable a la Rama Judicial.

HECHO DE UN TECERO.



Otro de los aspectos que contribuyeron a que el aquí demandante fuese involucrado en el proceso penal y que constituye otra causa determinante del daño que aquí se reclama esta relacionado con el silencio del señor RICARDO PEDRAZA FLOREZ, quien fuera sorprendido con la sustancia alucinógena, desde la captura en flagrancia, guardó silencio respecto a la responsabilidad del señor LUIS EDUARDO AYALA SAHAMUEL, por cuanto en todo el desarrollo del proceso no hizo pronunciamiento alguno para excluir al señor Ayala Sahamuel de la investigación penal. Nunca expresó que nada tenía que ver con la sustancia incautada, que no era comprador o vendedor de estupefacientes, ni cuando acepto su responsabilidad como propietario de la sustancia alucinógena, y dicho silencio, contribuyó de manera determinante en la prolongación de la privación del aquí demandante, lo que configura el eximente de responsabilidad a favor de la Rama Judicial denominado HECHO DE UN TERCERO.

El hecho de un tercero ha sido definido por el Consejo de Estado, de la siguiente forma:

“En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culposo sino que constituya la causa exclusiva del daño²⁵.” (Subrayas propias).

La misma corporación, en reciente fallo, ha determinado los elementos que configuran su existencia como eximente de responsabilidad estatal, siendo estos, los siguientes:

“Se destaca en particular, para los efectos de esta providencia, que el hecho del tercero será causa extraña que exonere de responsabilidad a la entidad demandada, cuando reúna los siguientes requisitos: (i) Que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño, porque si tanto el tercero como la entidad estatal concurren en la producción del daño existiría solidaridad entre éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le dará derecho a éste para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien pague se subrogará en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que

²⁵ Expediente 25000-23-26-000-1993-09409-01(16927). M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 25 de febrero de 2009.



proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención. (ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado. (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina “sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor”²⁶.

En este panorama, en el presente caso se configura otra causa extraña que impide que el daño antijurídico sea imputable a la Rama Judicial.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

El Juzgado 40 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 10 de octubre de 2018, luego que la Fiscalía solicitara la preclusión, el profirió sentencia de carácter absolutorio por preclusión. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU - 072 de 2018 manifestó:

“Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo– exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”– o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.

²⁶ Expediente 25000-23-26-000-1998-00668-01(19287). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 18 de marzo de 2010.



(...)

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.

(...)

*Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”*

De otra parte, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha afirmado que la aplicación del principio *in dubio pro reo* no se equipara con la inocencia del procesado, sino que simplemente no se llegó a un convencimiento más allá de toda duda, con base en las pruebas practicadas. Al respecto ha señalado el Alto Tribunal:

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del ***in dubio pro reo*** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la*



*declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA** para que se dictara sentencia condenatoria... ”²⁷*

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio. En efecto, no se descartó la materialidad de la conducta, solamente que, debido a la insuficiencia de la Fiscalía en la actividad probatoria, no se pudo llegar a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal.

Deficiencia probatoria

Tratándose de casos como el presente, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía es la titular de la acción penal (Art, 250 Constitución Política) y en consecuencia es esta institución a través de sus delegados quien tiene la facultad de investigar, recaudar elementos materiales probatorios e imputar y solicitar medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías.

La formulación de imputación es definida por el legislador de la siguiente manera: “*La formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.*” ²⁸

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y reciente jurisprudencia se ha encargado de identificar las características o consecuencias prácticas de esta figura en la Ley 906 de 2004, destacando entre otras que se trata de una potestad exclusiva de la Fiscalía, que no tiene control material por parte del Juez y que es relevante para la solicitud de medida de aseguramiento. En este orden de ideas ha mencionado esta Corporación al hacer estudio del artículo 308 de la Ley 906 de 2004:

“De esta norma se desprende lo siguiente: (i) mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez; (ii) a diferencia de la

²⁷ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.

²⁸ Ley 906 de 2004. Art. 286



*imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, **el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada.**"²⁹*

De lo anterior se colige que la formulación de imputación limita o determina el debate propio de la medida de aseguramiento y si bien es cierto corresponde al Juez de Control de Garantías imponer la medida de aseguramiento, esta decisión se encuentra supeditada a la solicitud de imputación cuya carga corresponde al Ente Acusador. En tal sentido, es responsabilidad de la Fiscalía realizar los actos de investigación idóneos para llevar al Juez a un grado de conocimiento, en inferencia razonable, sobre la responsabilidad del procesado.

Es pertinente resaltar que el proceso penal colombiano se caracteriza porque rige o se reconocido, entre otros, el **principio de progresividad**. Este ha sido reconocido y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que precisamente es responsabilidad de la Fiscalía verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los presupuestos exigidos por la Ley procesal penal. En tal sentido ha expresado la Sala Penal:

*“Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que **en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación. Precisamente por esta razón la acción penal, a diferencia de la civil, se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.***

En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.³⁰ (negrilla fuera de texto)

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía posiblemente incurrió en errores los cuales llevaron a la absolución del aquí demandante. Lo que debía hacer la Fiscalía a través de sus representantes era realizar las respectivas labores de investigación para poder obtener material probatorio sólido y suficiente que permitiera al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, situación que en el caso concreto no ocurrió.

Pero tal como se evidencia en este caso, la Fiscalía NO llevó a juicio elementos de convicción, que permitieran establecer la responsabilidad del aquí demandante, solo del señor RICARDO PEDRAZA FLOREZ quien aceptó los cargos y se sometió a sentencia anticipada. Respecto del señor Luis Eduardo Ayala Sahamuel la Fiscalía no determinó si se trataba de un comprador, vendedor o si era adicto a alguna sustancia alucinógena, ni el grado de amistad o el motivo de su presencia en el lugar.

En el juicio oral la Fiscalía se quedó sin pruebas respecto al aquí demandante, por lo que solicitó la preclusión, por cuanto no se probó ni la materialidad ni la responsabilidad. Si bien es cierto tuvo elementos suficientes para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento, con base en los elementos materiales probatorios inicialmente allegados y también es cierto que con base dispuesto en el artículo 207 de La Ley 906 de 2004, con base en el PROGRAMA METODOLOGÍCO la Fiscalía, que daban cuenta de la participación del aquí demandante en el punible de homicidio y porte ilegal de armas, debió hacer un esfuerzo mayor en su investigación para llevar al Juez a un convencimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado.

Lo anterior permite concluir que hubo falencias por parte de la Fiscalía en cuanto a la investigación y las solicitudes probatorias resultaron deficientes. Se desconoció el siguiente precepto:

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de abril de 2007. Rad.: 26309. M. P. Dr.: Yesid Ramírez Bastidas. Posición reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



“Durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

(...)

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.”

Conforme a lo anterior se colige que la Fiscalía siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma.

De manera que teniendo el Ente Acusador la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal con elementos materiales de prueba admisibles y con el poder suasorio suficiente, también al no cumplir con esta carga ni desarrollar de manera idónea la practica probatoria, se puede atribuir la responsabilidad a esta Institución, de no lograr probar sus propias pretensiones por las deficiencias probatorias en que incurrió. Se puede evidenciar el desconocimiento del principio de progresividad den el caso concreto, pues antes de realizar los actos procesales de imputación, acusación y petición de condena en juico oral, la Fiscalía examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia.

Es por lo anterior que, cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, lo cual da lugar a que se deba absolver a la procesada no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, toda vez que, la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador, en los que, por las deficiencias allí consignadas, el proceso no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba y soportar una decisión condenatoria contra la aquí demandante.

Inexistencia de antijuridicidad a favor de la Rama Judicial

En conclusión, la Corte Constitucional sentencia de unificación 072 de 2018, además de exponer que **la antijuridicidad del daño está determinada por una decisión restrictiva de la libertad abiertamente ilegal, desproporcionada, irracional, inapropiada o arbitraria**, precisó que bajo los derroteros del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, no puede aplicarse un régimen de responsabilidad riguroso e inmutable (objetivo) de manera general para los casos en que se alegue la privación injusta de la libertad, pues corresponde al juez de lo Contencioso Administrativo valorar el régimen de imputación aplicable de acuerdo a las particularidades del caso, considerando que el de falla del servicio (subjetivo) es el preponderante y general, y que el objetivo es excepcional y residual y solo aplica si el subjetivo resulta insuficiente para declarar la responsabilidad del Estado, pero, en todo caso, éste último debe aplicarse en



casos en que la **absolución se funde en el principio de *in dubio pro reo*** o en la atipicidad subjetiva.

En el presente caso, es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación del convocante frente a los delitos de falsedad marcaría en concurso con utilización ilegal de uniformes e insignias y en concurso con peculado por aplicación oficial diferente, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

Razones por las que se considera que el **daño que alega el extremo demandante no tiene la calidad de antijurídico**, pues, tanto la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado, como la sentencia absolutoria fueron consecuencia del agotamiento de los procedimientos y requisitos, tanto constitucionales, como legales, que la permiten y legitiman, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y en procura de unos fines superiores en los que prevalece el interés general, por ende, **se trató de un daño jurídicamente permitido**.

Finalmente, con base en lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término **"INJUSTAMENTE" para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi)**, razón por la cual, corresponde a la parte actora asumir la carga procesal de acreditar la ilegalidad de las decisiones, aspecto que en este caso no se encuentra acreditado, lo que desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD deprecada.

Aunado a lo anterior, en el presente caso se configuran los eximentes de responsabilidad de: culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS



La parte actora solicita indemnización de perjuicios morales y daño a la vida de relación, respecto de los cuales en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha expresado:

Solicitud de perjuicios morales y a la vida de relación

El Consejo de Estado ha prohibido el doble pago de perjuicio morales y los relacionados con la vida de relación (daño a la salud), como lo establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, Expediente 26251, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor Ana Rita Alarcón, demandado Municipio de Pereira, por cuanto son excluyentes y no acumulativos.

Pruebas de la parte demandada.

Respecto a la carga de la prueba el Consejo de Estado, ha expresado:

*“CARGA DE LA PRUEBA - Naturaleza / CARGA DE LA PRUEBA - Regla de conducta del juez / CARGA DE LA PRUEBA - Principio de autorresponsabilidad El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. **En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. **En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general,*****



corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.

(Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720) Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS).

NOTA DE RELATORIA: Sobre carga de la prueba, (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 28 de octubre de 1976, MP. Jorge Valencia Arango; del 30 de junio de 1990, rad. 3510, MP. Antonio J. Irisarri Restrepo y del 16 de 2007, MP. Ruth Stella Correa Palacio; rad. 25000-23-25-000-2002-00025-02(AG)).

En este contexto, con todo respeto solicito se niegue la prosperidad de las pretensiones.

5.- ANEXOS

1.- Copia de la Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, por medio de la cual el Director Ejecutivo delega la función de Representación Judicial de la Nación - Rama Judicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal y Copia de la Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se nombra en propiedad a la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE como Directora Administrativa de la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y Acta de posesión del 30 de noviembre de 2016.

2.- Copia de la Resolución No 0986 del 5 de abril de 2012 con la que se nombra en provisionalidad al Doctor CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMIREZ como Director (E) de la División de Procesos, por el tiempo de la licencia no remunerada de la Dra. BELSY YOHANA PUENTES DUARTE

6.- NOTIFICACIONES

Ministerio Publico a través de la Procuradora 97 Delegada Administrativa Dra. Karime Chávez Niño: prociudadm97@procuraduría.gov.co.

Apoderado de la parte actora: abogado Albertneil Carmona Giraldo: correo: Akarmonaabogado@gmail.com, celular: 312-8319835.

Fiscalía General de la Nación: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co

La Rama Judicial recibirá las notificaciones personales en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7 - 96 Piso 8º. Tel.





Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. o en el buzón electrónico de notificaciones: Correo electrónico: notifdeaj@deaj.ramajudicial.gov.co o al mi correo institucional: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184.

Del Señor Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ

C.C. No 10'539.319 de Popayán.

T.P. No 43.870 del C. S. de la J.

Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co

Cel: 320-4685184.

