

Señora
JUEZ TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTA, D.C.
E.S.D.

MEDIO DE CONTROL : REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE : VICTOR MANUEL NIETO ROGELES y Otros
RADICADO : 11001333603420190036300
DEMANDADAS : FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y Otras

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

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 13 de abril de 2021, mediante correo electrónico.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

-. **CONFORME** a los hechos **8. a 23.** de la demanda, los cuales encuentran sustento en la copia de los documentos anexos a la misma, particularmente, la sentencia absolutoria proferida el 28 de febrero de 2017 por el Juzgado 18 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., la cual fue confirmada el 17 de octubre de 2017 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente caso se establece que:

1-. Los hechos del proceso penal radicado con el NUC 110016000028201402382, adelantado contra el Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, por el delito de *Homicidio Agravado*, en concurso con el *de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego*, tuvieron su génesis el 26 de agosto de 2014, entre la 1 y 2 p.m., en el establecimiento comercial ubicado en la carrera 4C No. 54-44 sur, barrio La Paz, localidad Rafael Uribe Uribe de ésta Ciudad, propiedad de la Señora ROSA DILIA SEMA FLORIAN, cuando ingresó un sujeto, pidió un cigarrillo e inmediatamente con arma de fuego le disparó de manera repetida al Señor JORGE OSCARY HERRERA SEMA, su hijo, ocasionándole varias heridas que, a la postre, produjeron su deceso.

2-. En el lugar, además de la progenitora del interfecto, se encontraba YURY STELLA OSPINA A., su prima menor de edad quien, aunque desconocía el nombre del agresor, lo reconoció y señaló posteriormente ante las autoridades policivas como una de las personas que frecuentaba la cancha de fútbol en el barrio, estaba vinculado a una banda delincuencial en el sector y fue identificado como VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, por lo cual se produjo su captura y judicialización.

3-. La *legalidad* de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fue establecida el 7 de septiembre de 2014 ante el Señor Juez 56 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, durante la realización de las *audiencias preliminares concentradas de legalización de la captura, formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva* contra el Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, por el delito de *Homicidio Agravado*, en

concurso con el *de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego*, encontrando reunidos los requisitos sustanciales y formales exigidos, con fundamento en los artículos 308 y ss. de la Ley 906 de 2004.

Aunque en dicha oportunidad el imputado no aceptó los cargos, no se demuestra que frente a la anterior medida privativa de la libertad se hubieran formulado objeciones, tampoco ejercitado los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que la misma fue **legal** y se mantuvo **incólume** durante todo el proceso.

4-. El 15 de diciembre de 2014 la Fiscalía presentó el *escrito de acusación*, el cual, por reparto, correspondió al Señor Juez 18 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C. y fue sustentado en la *Audiencia de Acusación* celebrada el 5 de marzo de 2015.

Tampoco se demuestra que, en esta oportunidad, según lo previsto en el artículo 339 del CPP, instalada la audiencia por el Señor Juez de Conocimiento, ordenado el traslado a las partes, el Ministerio Público o la defensa expresaran oralmente causal alguna de *nulidad* u observaciones al *escrito de acusación*, si este no reunía los requisitos establecidos en el artículo 337.

5-. La audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 17 de septiembre y 30 de noviembre del mismo año y, finalmente, el Juicio Oral se desarrolló en sesiones del 14 de diciembre de 2015, 17 de febrero, 4 de marzo, 29 de abril, 26 y 31 de mayo, 29 de junio y 8 de julio de 2016, culminando con el anuncio del sentido de fallo absolutorio.

6-. En sus *alegatos*, la delegada del ente acusador solicitó sentido de fallo de carácter condenatorio, entre otros aspectos, aduciendo que se logró probar la *autoría* y la responsabilidad del procesado en la comisión del delito contra la vida, para lo cual trajo a colación lo narrado por la madre y la prima del occiso, respectivamente, testigos presenciales de los hechos, e hizo énfasis en que esta última reconoció plenamente al atacante, pues lo había visto con anterioridad en el parque del barrio y posteriormente indagó su nombre por medio de la red social *Facebook*, lo cual no había sido desvirtuado.

En cambio, señaló que, no obstante que la defensa aportó en Juicio el testimonio de JOSE MONSAIVE PEREZ, empleador del encartado, quien señaló que estuvo en su compañía durante todo el día en que ocurrieron los hechos, “...*resulta siquiera extraño que éste tenga tan presente y al detalle minuto por minuto el itinerario que realizó el 26 de agosto de 2014...*, puesto que a la fecha han transcurrido más de 19 meses de los hechos”, y que si se diera crédito a la defensa en ubicar al procesado en un lugar distante al momento del suceso, “...*con la presentación de un video de seguridad del almacén Jumbo del centro comercial Calle 100, éste únicamente lograría probar que el encartado estuvo el 26 de agosto de 2014 en ese lugar sobre las 10:00 de la mañana y, por consiguiente, esto no incide en la probanza de la presencia del encartado en el lugar y hora de los hechos*”

7-. El Juzgado 18 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., no obstante encontrar acreditada la materialidad de los hechos delictivos investigados, mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2017, ante la falta de un conocimiento certero sobre la participación y responsabilidad del procesado, en aplicación del principio de ***in dubio pro reo***, resolvió ***absolver*** al Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELIS de los cargos contenidos en la acusación formulada en su contra.

La anterior decisión, tras analizar y valorar las pruebas documentales y testimoniales aportadas al proceso, al concluir el juzgador que “...***no puede afirmar categóricamente en este caso que el ciudadano no tuvo participación en los hechos, pero de igual manera, tampoco puede afirmar de forma absoluta que tuvo alguna participación en los mismos***” (Subrayo y resalto.)

8-. Apelada la anterior decisión por la Fiscalía General de la Nación y la apoderada representante de las víctimas, entre varios aspectos, arguyendo el testimonio serio y creíble de la sobrina del occiso, carente de animadversión contra el acusado, no obstante, la misma fue confirmada el 17 de octubre del mismo año, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

-. **ME OPONGO** al hecho **24.-** de la demanda, referido a la crítica de que en el proceso penal la Fiscalía General de la Nación no probó la autoría y responsabilidad del Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES en el delito de Homicidio y otro.

Lo anterior, con fundamento en el artículo 250 de la Constitución Política, porque las funciones de la Fiscalía General de la Nación **NO** se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita sentencia condenatoria.

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

En el mismo sentido la **H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en Sala de Casación, dentro del radicado número: 29118, de fecha 23/04/2008, sobre el anterior aspecto, señaló:

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

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

(...)

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

Ella, por cuanto, aunque esa nueva perspectiva del actuar de la fiscalía dentro de un proceso de partes implica de sus funcionarios una determinada actividad encaminada a demostrar la que se ha asumido particular teoría del caso, por virtud de lo cual ya no se hace imperativo el mandato de la Ley 600 de 2000, de investigación integral que busque allegar tanto lo favorable como lo

desfavorable al procesado, es lo cierto que su teoría del caso debe basarse en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar beneficio para el procesado, pues, resulta inaudito que se diga cubierto el cometido constitucional de la Fiscalía, solo porque, adoptada una particular perspectiva de los hechos, se obtuvo la sentencia condenatoria pretendida, aún reconociendo que esa óptica no se corresponde con la realidad. (Subrayo y resalto)

(...)

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

Luego, carece de fundamento la crítica del actor sobre las actuaciones cumplidas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION en el proceso penal adelantado contra el Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, por el delito de Homicidio, dado que inicialmente, atendidos los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, con base en los artículos 308 y ss. de la Ley 906 de 2004, se podía inferir con probabilidad de verdad que los hechos si existieron y que el mencionado podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva investigada.

-. **ME OPONGO** a los hechos **25.- a 27.-** de la demanda, sobre la *privación injusta de la libertad* del Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, al haberse demostrado en el proceso penal su *ajenidad* en los hechos punibles investigados.

Por el contrario, conforme a lo arriba expuesto, en el presente caso se establece que el Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, fue absuelto mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2017 por el Juzgado 18 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, D.C., ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

Por lo tanto, el proceso penal adelantado contra el Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, no culminó realmente bajo alguno de los supuestos que actualmente permiten inferir *“objetivamente”* que una persona fue *privada injustamente de la libertad*, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los supuestos señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que *el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible.*

-. **NO ME CONSTAN** los hechos **1.- a 7.-** y **28.- a 34.-** de la demanda, relacionados con el entorno personal, familiar, laboral, social y económico del Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, los perjuicios que se aducen le fueron ocasionados al mencionado y su núcleo familiar, con ocasión del proceso penal seguido en su contra, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tampoco sus actuaciones en torno a la solicitud de copias; por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor en la demanda.

-. **ME OPONGO** a los hechos **35.-** de la demanda, porque no es un hecho objeto del presente debate, pues se refiere a la verificación cumplimiento de los requisitos de procesabilidad de la acción por el presente medio de control de reparación directa.

3. LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Se declare que la Nación – Rama judicial –Fiscalía General de la Nación-, son patrimonial, solidaria y administrativamente responsables del *daño antijurídico* causado a los demandantes, por *privación injusta de la libertad* del Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, desde el 6 de septiembre de 2014, hasta el 9 de julio de 2016, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, por el delito de *Homicidio*, en concurso con el de Porte Ilegal de Armas, respecto de los cuales fue absuelto mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2017 por el Juzgado 18 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, D.C., decisión la cual fue confirmada el 17 de octubre del mismo año, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.

En consecuencia, solicita se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios en la demanda descritos.

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

1- -. Inexistencia del daño antijurídico, por falla del servicio. Cumplimiento de un deber legal.

ME OPONGO a las pretensiones de la presente demanda, respecto de mi representada la Fiscalía General de la Nación, porque en el presente caso **NO** se demuestra el carácter “**injusto**” del *daño* reclamado, por *privación injusta de la libertad* del Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, por el delito de *Homicidio*, en concurso con el de Porte Ilegal de Armas, respecto de los cuales fue absuelto mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2017 por el Juzgado 18 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, D.C., decisión la cual, no obstante que fue apelada por la Fiscalía y la representante de las víctimas, fue confirmada la misma el 17 de octubre del mismo año, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., valga señalar, ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

Como arriba se expone, en el presente caso, la *legalidad* de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fue establecida el 7 de septiembre de 2014 ante el Señor Juez 56 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, durante la realización de las **audiencias preliminares concentradas** de *legalización de la captura*, *formulación de imputación* e *imposición de la medida de aseguramiento* de *detención* preventiva contra el Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, por el delito de *Homicidio Agravado*, en concurso con el de *Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego*, encontrando reunidos los requisitos sustanciales y formales exigidos, con fundamento en los artículos 308 y ss. de la Ley 906 de 2004.

No demuestra el actor que en dicha ocasión el Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES** o su defensor hubieran formulado objeciones a las anteriores medidas, tampoco ejercitado los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que las mismas fueron **legales** y se mantuvieron **incólumes** durante todo el proceso; luego, no le es dable predicar al actor, ahora, sin fundamento, que la privación de la libertad de su mandante fue injusta.

Cabe señalar que la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política **NO** es absoluta, porque es viable su restricción en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como en los mecanismos de la **CAPTURA** y **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA**, los cuales han sido instituidos, vale la pena

señalar, solo para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

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

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

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

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

"...el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria. (Subrayo y resalto)

Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión del patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados." (Subrayo y resalto)

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

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

"(...)

El **daño antijurídico** comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, **impone considerar dos componentes:** a) el alcance del daño como

entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, **b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)"** (Resalto y subrayo)

En el caso de estudio, **NO** demuestra el actor en los hechos de la demanda que frente a la *medida de aseguramiento de detención preventiva* impuesta, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos al Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**.

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

Por lo tanto, **NO** se demuestra en la demanda que frente a la anterior medida **hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.**

Cabe señalar que, de acuerdo con la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del Docto Carlos Betancourt Jaramillo, para que exista indemnización de perjuicios por la presunta ***falla del servicio***, se deben tener en cuenta las circunstancias en las cuales se debe prestar el servicio y determinar si la falla es de tal magnitud que la conducta de la administración deba ser considerada como anormalmente deficiente, lo cual en el presente caso no está demostrado.

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

"(...)

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

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

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

En el caso concreto, no explica el actor el alcance o concepto de violación de las normas que, en su sentir, fueron incumplidas por mi representada, de cara a la *medida de aseguramiento de detención preventiva* que por el Señor Juez de Control de Garantías le fue impuesta.

Tampoco demuestra el actor que en la Audiencia de Formulación de Acusación, , según lo previsto en el artículo 339 del CPP, instalada la audiencia por el Señor Juez de Conocimiento, ordenado el traslado a las partes, el Ministerio Público o la defensa expresaran oralmente causal alguna de *nulidad* u observaciones al *escrito de acusación*, si este no reunía los requisitos establecidos en el artículo 337.

En el presente caso se establece que el Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, fue absuelto mediante sentencia proferida el 28 de febrero de 2017 por el Juzgado 18 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá, D.C., ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

Por lo tanto, el proceso penal adelantado contra el Señor **VICTOR MANUEL NIETO ROGELES**, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, no culminó realmente bajo alguno de los supuestos que actualmente permiten inferir “*objetivamente*” que una persona fue *privada injustamente de la libertad*, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los supuestos señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que *el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible*.

Por lo tanto, en el presente caso no se demuestra el carácter *injusto* de la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida en su contra, dado que el hecho de su absolución, por *duda*, no *deslegítima* ni *desvirtúa* de manera “*automática*” las actuaciones cumplidas por la Fiscalía General de la Nación, durante la *investigación y el Juicio*.

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

Lo anterior, porque tal y como arriba se explica, en el presente caso se demuestra que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN *sí* tuvo inicialmente los elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico establecido, para la formulación de imputación y, luego, la acusación al Señor VICTOR MANUEL NIETO ROGELES, por el delito contra el supremo interés de la Vida y la Seguridad Pública.

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

responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cual vulnera los derechos al **debido proceso y a la igualdad**, así como el principio de **sostenibilidad fiscal**.

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

En igual sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA-, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante Sentencia de Unificación 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) proferida el quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), señaló que cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el **hecho no existió**, que **el sindicado no cometió el ilícito** o que **la conducta investigada no constituyó un hecho punible**, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio **in dubio pro reo**, **será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño, entendido como aquel que el administrado no se encuentra en el deber de soportar**; por lo tanto, se exhorta al juez administrativo verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad, **visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil**, actuó con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

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

No obstante, prescribe que el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo, en virtud del principio **iura novit curia**, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

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

Acerca de la naturaleza de la detención preventiva, cabe señalar que se trata de un acto eminentemente de **carácter jurisdiccional** y que su imposición solo es procedente para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual, o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

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

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

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

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

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

Emerge de lo expuesto, que si bien la Fiscalía interviene en la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, carece dicha actuación de relevancia fáctica y jurídica para determinar la causa jurídica del perjuicio reclamado.

En efecto, según la doctrina y la jurisprudencia, *“...Para suavizar este criterio -“teoría de la equivalencia de las condiciones”-, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada (subrayo y resalto), según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido (subrayo y resalto); esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante (subrayo y resalto) es la que ha podido producir el daño...”* (Nota original de la sentencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2a edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.)

En el anterior orden de ideas, en materia de responsabilidad extracontractual de mi representada, además del el daño y el hecho generador del mismo, se requería establecer una causalidad ***necesaria y eficiente*** en sus actuaciones que permitiera imputar el daño a la conducta (acción u omisión) de sus agentes. No obstante, si no es posible encontrar esa relación mencionada, así haya falla, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

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

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

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

En el anterior sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá,

D.C., mediante Sentencia de veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó:

“
(...)

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

En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002² y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento³, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, prevé:

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

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

"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal⁴, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

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

En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de

² De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional M.P.

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

³ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.

⁴ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde "[solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas".

manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem⁵. (Subrayo y resalto)

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal⁶ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento**. (Subrayo y resalto)

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

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

⁵ "ARTICULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

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

"2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

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

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

⁶ 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".

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

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

El Señor Juez con funciones de Control de Garantías, por su parte, ejerce control de legalidad previo y posterior a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual se apoya en reglas jurídicas que deben establecer no sólo la **legalidad**, sino además la **proporcionalidad**, la **razonabilidad**, y la **necesidad** de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas.

Así, le corresponde al señor Juez de Control de Garantías examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, son o no **LEGALES**; por otro aspecto, si son o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si son o no **NECESARIAS** para alcanzar los fines propuestos y, finalmente, si el objetivo perseguido con la intervención compensaba los sacrificios que la medida comporta para el procesado y la sociedad, en especial, las víctimas del delito investigado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…)

....La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, está llamada a prosperar. Premisa que encuentra fundamento central en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de emitirse la orden de captura y librar detención preventiva contra el señor HELBER PARDO PARDO, como quiera que al enlistar sus atribuciones, excluye la de proferir medida de aseguramiento y solo por excepción la de capturar, conforme decanto antes, y contrastada la realidad procesal del sub-lite, se tiene

que la orden de captura del Señor ..., fue expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander, en cumplimiento de la cual, fue capturado por la policía judicial... y colocado a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander con Funciones de control de Garantías, autoridad que legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, que se prolongó hasta el 29 de mayo de 2012, fecha en la que se profiere sentencia absolutoria a favor del señor ...y se ordena su libertad inmediata. Ello es, estuvo privado de la libertad por orden del Juez de Control de Garantías, por lapso de 7 meses y cinco días.

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

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

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

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

Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior. (Subrayo y resalto).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme a lo anterior, en el sistema penal oral acusatorio, el **rol** de la Fiscalía General de la Nación es limitado y sus funciones son sustancialmente distintas a las señaladas en la Ley 600 de 2000. Así, bajo el esquema de la ley 906 de 2004, como lo he venido señalando a lo largo del presente escrito, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, puestos en su conocimiento y, en tal virtud, no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos en la ley para el principio de oportunidad.

Igualmente, con motivos fundados en los elementos materiales probatorios existentes o evidencia física, debe **solicitar** al Señor Juez con funciones de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de las pruebas y la protección de la comunidad y, en este caso, en especial, de las víctimas. No obstante, reitero, **CARECE** la Fiscalía General de la Nación de **capacidad dispositiva** para afectar la libertad de las personas, y **su facultad de postulación NO ES VINCULANTE para el Juez**, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente.

Desde la anterior perspectiva, dentro del actual procedimiento **SE INSTITUYE DE MANERA RELEVANTE LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, COMO EL PRINCIPAL GARANTE DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD Y DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIENES PARTICIPAN EN EL PROCESO PENAL, CORRESPONDIÉNDOLE A ÉL EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS RELATIVAS A LA RESTRICCIÓN DE LAS LIBERTADES Y DEMÁS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.**

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

6. NOTIFICACIONES

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

Del Señor Juez,



JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA

C. C. 19.390.977 Bogotá

Tarjeta Profesional No. 83.468 del C. S. de la Judicatura

CONTACTO: CEL. 3112502983