DEAJALO20-4113

Bogotá D. C., 13 de mayo de 2020

Doctor
ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
Juzgado 38 Administrativo de Bogotá
Ciudad

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ZOILA PEREZ SAYA Y OTROS
Proceso RADICADO 11001333603820190028 4
Demandados: NACION - RAMA JUDICIAL - DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL- FISCALIA GENERAL DE LA NACION

MARYBELI RINCÒN GÒMEZ, mayor de edad, vecina y residente en la ciudad de Bogotá, D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 21.231.650 de Villavicencio y con Tarjeta Profesional No. 26.271 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderada de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, en el proceso de la referencia, poder (anexo a la presente contestación) conferido por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, conforme el numeral 8° del artículo 99 de la Ley Estatutaria 270 de 1996, al Señor Juez, con el debido respeto y estando dentro del término legal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** que nos ocupa, en los siguientes términos:

PRETENSIÓN DE LA DEFENSA

Solicito respetuosamente, sean acogidos los argumentos que se presentarán en la presente contestación, tanto así como aquellos que a bien tendrá exponer la Defensa de la Nación – Rama Judicial dentro del curso del proceso con el fin de demostrar en el presente caso la ausencia de responsabilidad de la Nación -Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y que resultarán en su absolución, denegando las pretensiones de la de la acción de reparación por las excepciones que de conformidad con el C.P.A.C.A resultaren probadas.

A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La Nación, Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a través de la suscrita apoderada se opone enfática y rotundamente a cada una de las pretensiones de la demanda por cuanto que, como se probará en el proceso, no existió falla en el servicio por privación injusta, ni error judicial y menos aún defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, atribuible a la Nación – Rama Judicial – en los hechos que la parte demandante narra como fundamento fáctico de la reclamación de perjuicios.

A LOS HECHOS

Del hecho 1 al 4: Los doy por ciertos, no obstante contener elementos de conjetura del apoderado de la parte actora, los cuales deben probarse.

Al hecho 5: Es cierto

Del hecho 6 al 9: Deben probarse acorde con el acervo probatorio, obrante en el expediente

Del hecho 10 y 13: Contiene aseveraciones que importan al proceso y que constituyen la base de defensa de la Rama Judicial, no obstante deben probarse.

El hecho 11 y 12: Deben probarse acorde con el acervo probatorio, obrante en el expediente

Del hecho 14 al 18: Deben probarse acorde con el acervo probatorio, obrante en el expediente

Al hecho 19: Es cierto

Del hecho 20 al 23: Deben probarse conforme al plenario

Al hecho 24: Es cierto

RAZONES DE LA DEFENSA

Los demandantes pretenden que se declare administrativa y solidariamente responsables a la NACION — RAMA JUDICIAL y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION por la presunta privación injusta de la libertad, de que fue objeto la

señora ZOILA PEREZ SAYA y en consecuencia, se ordene el pago de los perjuicios de orden material y moral que estiman en la suma de 26.171.882.oo

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.

Por ello se hace imperioso 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 respecto a este título de imputación ha hecho la jurisprudencia y examinar si la entidad debe responder por los hechos alegados por los demandantes.

El artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado "*responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades".* Esta es la cláusula general de responsabilidad estatal, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

1. Existencia de un daño antijurídico.
2. Que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad.

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

Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996- reguló la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres títulos de imputación:

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

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 regula el título de imputación de la privación injusta de la libertad, así:

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

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, declaró exequible el anterior artículo, siempre y cuando fuera entendido en los siguientes términos:

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

Así las cosas, de conformidad con el pronunciamiento de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270, la privación de la libertad **SÓLO DEVIENE INJUSTA** cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgrede los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, **sólo en esos eventos el daño se torna antijurídico,** por manera que no puede calificarse como tal, la restricción de la libertad que se acompasa con los presupuestos legales que la regulan. De este pronunciamiento se desprende que el análisis que debe realizarse para efectos de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad se orientará bajo los estándares del régimen subjetivo o de falla del servicio.

No obstante lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado dictó sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Consejero Ponente, Dr. **MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**, No. de Radicación 52001233100019967459 – 01 (23.354), en la cual, con abierto desconocimiento de la sentencia de constitucionalidad C-037 de 1996, destacó que el régimen de responsabilidad aplicable al título de imputación de privación injusta de la libertad es el objetivo por daño especial y, en ese sentido, estimó dicha sentencia que la misma se torna injusta y da lugar a indemnización, incluso cuando la actuación judicial ha atendido los procedimientos legales, cuando: i) el hecho no existió; mi) el sindicado no lo cometió; iii) la conducta es atípica; y, iv) por aplicación del principio de *indubio pro reo*.

Pese a que el anterior criterio venía siendo el imperante y de manera preponderante aplicado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 15 de agosto de 2018, dictada dentro del proceso de radicado No. 66001-23-31-000-

2011-00235 01 (46.947), con ponencia del doctor **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**, con mucho acierto, además de cuestionar[1] y desvirtuar los argumentos que sustentaron la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, decidió modificar su jurisprudencia: *"en relación con los casos en que la Litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revocó esa medida, sea cual fuere la causa de ello"*, y **UNIFICÓ** criterios en el sentido de conminar a los jueces a la valoración de 4 criterios que deben verificar:

1) Si el daño *(privación de la libertad)* fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

Se indicó en el referido fallo que en todos los casos

"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", en primer lugar, ***debe valorarse la antijuridicidad del daño****, en los términos del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, esto es,* ***determinando si la restricción de la libertad fue adoptada transgrediendo los procedimientos legales, constitucionales o convencionales, pues si la actuación judicial se aviene a éstos, el daño se torna jurídicamente permitido y la privación no es injusta****.*

A este respecto precisó en su parte considerativa la sentencia:

"(…) no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera: "… ***se estaría permitiendo que en***

[1]Se trata de una tesis jurisprudencial que contrae su análisis a que se verifique de forma llana la existencia del daño (la privación de la libertad) y que, por consiguiente, escinde o desnaturaliza los elementos en los que se estructura la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, teniendo en cuenta que relega por completo la necesidad de que se conciba y se demuestre la antijuridicidad de aquél (del daño), aun cuando este presupuesto, en los términos del artículo 90 superior y del artículo 68 de la ley 270 de 1996, se torna imprescindible para que surja la obligación de reparar, por parte de la administración, los perjuicios ocasionados en asuntos de privación injusta de la libertad.
(…)
En cuanto a la autonomía e independencia que se debe predicar frente a los funcionarios judiciales, ha de decirse que, si se observa detenidamente el escenario en el que el agente judicial debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona, lo dicho en los últimos párrafos atrás transcritos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquél (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales –sea el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponer, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta la posibilidad de que se repita en contra suya, esto es, de quien impuso a medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

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****" (se resalta).*

(…)

Entonces, con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, ***consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal.*** *De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.*

(…)

(…) ***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.*

(…)

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de

acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permite absolver o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de in dubio pro reo, ***pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta****. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.*

(…)

En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, ***al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, per se, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico****.*

(…)

Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que ***medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita*** *y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.*

De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría ***no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí-*** *que se le obligará a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de*

pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, ***si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último****.”* (Destacado fuera del texto original)

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -*análisis que hará, incluso de oficio*-, 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 (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil)

A este respecto, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que debe estudiarse la actuación o conducta de quien fue privado de la libertad y determinar su incidencia en el daño alegado, esto es, en la vinculación al proceso penal e imposición de medida o decisión restrictiva de la libertad[2].

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

Al respecto, será determinante analizar las actuaciones u omisiones de la Fiscalía General de la Nación que contribuyeron en la producción del daño antijurídico.

4) En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encauzar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

Al respecto, señaló la Sección Tercera en la sentencia de unificación que, de acuerdo a las particularidades del caso, el juez deberá determinar el título de imputación de responsabilidad que considere aplicable, para lo cual deberá manifestar en forma razonada los fundamentos de su decisión.

---

[2] Ibídem: *“En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.”*

Con esta rectificación jurisprudencial, queda claro entonces que **la privación de la libertad adoptada por las autoridades judiciales sólo puede calificarse como injusta y el daño causado como antijurídico, cuando es abiertamente transgresora de las normas convencionales, constitucionales y legales que autorizan la restricción del derecho a la libertad.** Ello en cualquier caso en que se haya impuesto la medida de aseguramiento y luego sobrevenga la absolución o desvinculación del procesado, sea cual fuere la causa, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta era atípica o ante la aplicación del principio de *in dubio pro reo.*

Ahora, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 072 de 5 de julio de 2018, igualmente señaló que en los términos del artículo 90 Constitucional y sentencia C-037 de 1996, el juez debe valorar si la privación de la libertad fue injusta y si es un daño antijurídico, lo que implica definir si la decisión que restringe la libertad fue proporcionada, razonable y conforme a derecho. Así lo indicó:

"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…"* (Subrayado fuera del texto)

Sumado a lo anterior, la Corte en la referida sentencia de unificación se pronunció en lo referente al régimen de responsabilidad aplicable en privación injusta de la libertad, para destacar que: **i)** de ningún modo puede existir un régimen estricto, automático e inflexible de responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad[3]; **ii) tratándose de casos donde sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia - principio de *indubio pro reo* – o por atipicidad subjetiva de la conducta, entre otros, NO puede juzgarse la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo**, sino que debe establecerse si la decisión que impuso la medida de aseguramiento de detención es inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, esto es, **debe juzgarse bajo el régimen de responsabilidad subjetivo de falla del servicio[4]**;

[3] Sentencia SU 072 de 2018 "*108. Lo anterior permite afirmar que establecer el régimen de imputación, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, contraviene la interpretación contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revisó el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensión del artículo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad."*

[4] Ibídem: *"106. 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*.

iii) solo sería viable jurídicamente aplicar el régimen de imputación objetivo en casos en que el hecho no haya existido o ante atipicidad objetiva[5], pero en todo caso, siempre debe analizarse previamente la antijuridicidad del daño; **iv)** el régimen de imputación **preferente es la falla del servicio o subjetivo**, mientras que los demás de daño especial y riesgo excepcional u objetivos son residuales, y a éstos sólo puede acudirse cuando el régimen subjetivo resulta insuficiente para resolver el caso[6]; y **v)** en todos los casos debe el juez administrativo estudiar el expediente penal a efectos de valorar la conducta de la víctima de la restricción de la libertad, pues ésta puede tener la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado por responsabilidad administrativa[7].

Precisados los anteriores aspectos, la Corte refirió que en aplicación del principio de *iura novit curia*, debe el juez de lo Contencioso Administrativo establecer un régimen de imputación en cada caso particular, de acuerdo a los hechos probados y particularidades de cada asunto, **sin embargo, en todos los casos y en forma previa debe siempre valorar o verificar la antijuridicidad del daño, esto es, si**

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****.*
(…)
En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial[329], 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.

107. Así las cosas, ***incluir la absolución*** *en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo,* ***en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.*** *"*

[5] Ibídem: *"105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –****el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica****- es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que* ***el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.***

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces[326], disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida."

[6] Ibídem: *"102. De acuerdo con ese panorama y sin definir aún si efectivamente la sentencia C-037 de 1996 estableció un régimen de imputación concreto cuando el daño se ocasiona por la privación injusta de la libertad, se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que* ***la falla en el servicio es el título de imputación preferente[322] y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación****[323]".*

[7] Ibídem: "*Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de responsabilidad administrativa".*

la actuación judicial obedeció a una actuación arbitraria, desproporcionada e ilegal. Así lo precisó en los siguientes apartes de la sentencia:

"104. 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, 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****.*

(…)

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ***el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse****.*

(…)

109. 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.*

Se colige de lo expuesto, que actualmente es uniforme la postura jurisprudencial de las altas Cortes, adoptada en la sentencia C-037 de 1996 y en las sentencias de unificación del Consejo de Estado de 15 de agosto de 2018 y de la Corte Constitucional SU 072 de 2018, las cuales se complementan, en el sentido de considerar que en **todos los casos, en primer lugar, debe establecerse si la privación de la libertad resulta ser injusta y, en consecuencia antijurídica, entendida ésta como una actuación desconocedora de los presupuestos y procedimientos convencionales, constitucionales y legales que legitiman la restricción de la libertad**; en segundo lugar, debe definirse el régimen de responsabilidad aplicable, estimando que **la falla del servicio (subjetivo) es el régimen general y preponderante aplicable**, pues los demás de carácter objetivo son residuales o excepcionales y sólo aplican cuando el subjetivo sea insuficiente; y, en tercer lugar, siempre debe evaluarse, incluso de oficio, si concurre la culpa exclusiva de la víctima o cualquier otro eximente de responsabilidad, y si la

respuesta es negativa, entonces, debe determinarse qué autoridad debe responder.

Al analizar los anteriores derroteros y al apelar a la lógica jurídica, fluye colegir con suficiente claridad que considerando que el análisis de antijuridicidad del daño prácticamente parte de la valoración de una actuación ilegal, arbitraria y/o desproporcionada, esto es, un error judicial[8], **en todos los casos en que se alegue la privación de la libertad debe hacerse un estudio bajo el régimen de imputación de responsabilidad subjetivo o de falla del servicio, y luego, solo si se torna insuficiente, da lugar a aplicar el régimen objetivo**.

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en su rectificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, debe precisarse que actualmente bajo los derroteros de las altas Cortes, de ningún modo puede considerarse antijurídico el daño por el solo hecho de la absolución o desvinculación del proceso penal, sino que la antijuridicidad y el injusto de la privación de la libertad está determinado por una actuación arbitraria, desproporcionada, inadecuada, irrazonable y desconocedora de los procedimientos legales, constitucionales y convencionales que autorizan la limitación del derecho a la libertad, requisito que debe valorarse inicialmente y en todos los casos. Para lo cual corresponde al juez de lo contencioso administrativo estudiar todo el proceso penal.

EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PROPUESTOS PARA ESTE PROCESO.

I. DE LA INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO EN EL CASO CONCRETO

Bajo el caso sub examine, se constata que a la demandante ZOILA PÉREZ SAYAS se le procesó por el delito 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 la captura en flagrancia y las sustancias encontradas en la vivienda, solicitó medida de aseguramiento y el Juez de Control de Garantías accedió a dicha petición ordenando enviar de forma preventiva al procesado a establecimiento carcelario.

[8] Las normas convencionales exigen la ocurrencia de error judicial como presupuesto para considerar injusta la privación de la libertad: el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual: *"Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial"*; el artículo 14, numeral 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé: *"Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.";* y, el artículo 9, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: *"Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación."*

Dicha situación se encuentra conforme con los dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Política[9], 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."[10]

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, denominas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.*

[9] 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**.

[10] 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.

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."[11]

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 GENERAL DE LA NACIÓN**, 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 conocimiento[12], 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 de imputación e imposición de medida de aseguramiento,[13] actuaciones que inician a petición de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, 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 GENERAL DE LA NACIÓN,** 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 participación[14]

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

[11] Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.
[12] Artículo 250 C.P.
[13] Artículos 275 y s.s. del C.P.P.
[14] Ley 906 de 2004. Art. 286.

a. 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 delito[15]. 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***."[16] (Negrilla fuera de texto)

En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos elementos materiales probatorios que daban cuenta de las posibles conductas delictivas desarrolladas por parte de la convocante del delito de tráfico, fabricación, porte o tenencia de estupefacientes. Inclusive se encontraron las sustancias en su lugar de residencia. Aunado a esto también el Ente Acusador en su actividad investigativa recolectó elementos materiales probatorios elementos que le bastaban para llegar al grado de probabilidad sobre la ocurrencia de los hechos y la posible autoría del aquí convocante, sin dejar de lado que la captura se produjo en situación de flagrancia.

El proceso penal a medida que avanza exige un grado mayor de conocimiento, por ello tratándose de audiencias preliminares como la de imputación y medida, el conocimiento exigido es el menor que exige la Ley. Con razón expone la doctrina especializada que:

"*Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento*."[17]

b. Los fines constitucionales de la medida de aseguramiento – proporcionalidad

[15] Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas
[16] Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.
[17] Suárez Ramírez José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano. Bogotá. Editorial Ibáñez. 2018. Pág.: 15.

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.*"[18]

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 GENERAL DE LA NACIÓN**, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

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, evidencia física e información legalmente obtenida, que permitían, **bajo una inferencia razonable**, determinar que el imputado podría ser autor o partícipe de las conductas delictivas por las cuales se le investigaba más aun tratándose de delitos o conductas de tal trascendía que atentaban contra el bien jurídico de la seguridad pública y el patrimonio económico.

II. DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

El Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Aguachica profirió en primera instancia, el fallo absolutorio a favor de la demandante por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

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

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.

(…)

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 equiparársele 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…"*[19]

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 la duda recayó sobre elementos subjetivos del tipo y no se logró llevar al juez a un convencimiento más allá de toda duda, sin embargo, tampoco se descartó la hipótesis de que los hechos hubieran ocurrido y de la participación de ZOILA PÉREZ en los hechos, más teniendo en cuenta que la captura se produjo en flagrancia y se corroboró en juicio con prueba técnica que las sustancias eran estupefacientes.

III DE LA LEGITIMIDAD POR PASIVA EXCLUSIVA EN EL CASO CONCRETO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Tratándose de casos como el presente, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía General de la Nación 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 faculta de investigar, recaudar elementos materiales probatorios e imputar y solicitar medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías.

[19] 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.

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*." [20]

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 estuco 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 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****."*[21]

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 General de la Nación verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los

[20] Ley 906 de 2004. Art. 286
[21] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar

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 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*."[22] (negrilla fuera de texto)

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía General de la Nación incurrió en errores los cuales llevaron a la absolución de la demandante. Esto a pesar de que incluso la captura de la señora Zoila Pérez Saya fue en flagrancia. 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 permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, situación que en el caso concreto no ocurrió. Deba acreditar no solamente los elementos objetivos de la conducta sino los subjetivos, siendo estos últimos los que no se acreditaron en el desarrollo del juicio oral.

Conforme a la parte motiva de la decisión proferida por el Juez del Circuito de Aguachica, este manifestó que la absolución se produjo debido a la falta de acreditación de unos elementos para establecer responsabilidad pues no se logró acreditar, entre otros, el conocimiento sobre las sustancias que involucraban a la demandante. De dicha situación se puede concluir que hubo falencias por parte del Ente Acusador en cuanto a las solicitudes probatorias, pues se decretó un testigo

[22] 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

que no fue idóneo para introducir y acreditar los mencionados objetos en juicio oral. La Ley 906 de 2004 impone la carga a las partes de realizar las solicitudes probatorias. En tal sentido el artículo 357 consagra:

"*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 d ellos medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso."

Conforme a lo anterior se colige, que la Fiscalía General de la Nación siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma. De manera que siendo del 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 los mismos errores en que incurrió.

En conclusión, en el caso en concreto se tienen las siguientes eximentes:

- Ausencia de daño antijurídico
- Inexistencia de título de atribución de responsabilidad por aplicación del principio in dubio pro reo.
- Legitimidad por pasiva exclusiva de la Fiscalía General de la Nación.
- Culpa exclusiva de la victima

EXCEPCIONES

1.- AUSENCIA DE CAUSA PETENDI PARA DEMANDAR: Con sujeción a los planteamientos esbozados en las anteriores excepciones, este medio exceptivo está llamado a prosperar, teniendo en cuenta que esta demanda nunca debió dirigirse contra la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

2.- DE LA FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía General de la Nación posiblemente incurrió en errores los cuales llevaron a la absolución de la convocante. 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 permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, situación que en el caso concreto no ocurrió. Debía solicitar elementos de prueba que permitieran corroborar lo manifestado por quienes presenciaron la ocurrencia de los hechos, así como los que acreditaran los elementos subjetivos de las conductas acusadas, pues la materialidad de las conductas no se descartó.

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 GENERAL DE LA NACIÓN,** 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 convocante frente al delito de fabricación, porte o tráfico de estupefacientes**,** 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 proferida por el Juez Penal 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**.

3.- CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA:- La inactividad de la víctima durante el proceso exonera de responsabilidad a la Nación Rama Judicial así: *"El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya* ***actuado con culpa grave*** *o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado"*

Aplicando lo anterior al caso concreto tenemos que en el presente caso se tiene probado, según el proceso penal que se adelantó destacar que la captura y posterior imposición de medida de aseguramiento en contra de la señora Zoila

Pérez Saya, devino de las circunstancias que rodearon la comisión de los hechos punibles investigados y **su captura en flagrancia** y es así como:

Los hechos que motivaron la captura de la señora Pérez fueron que el 30 de octubre de 2014 se realizó un allanamiento en una vivienda ubicada en el barrio San José de Gamarra – César. En las horas de la mañana miembros de la Policía Nacional realizaron un allanamiento y encontraron supuestamente cocaína y marihuana y procedieron a capturar a Ignacio Osorio y Zoila Pérez quienes se encontraban en la vivienda.

En el acto allanamiento la Policía Nacional consignó que en la casa sólo se encontraba Ignacio Osorio y Zoila Pérez.

De igual manera se tienen dentro de las pruebas obrantes en este plenario que de la sentencia del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito con Función de Control de Garantías del 18 de julio de 2017 que obra al folio 41 del expediente y de la noticia criminal del 19 de marzo de 2019, adjunta al folio 128 de los anexos de la demanda, se sabe que el motivo por el cual se inician las diligencias tendientes al allanamiento de la vivienda que compartía con la hoy demandante con el señor IGNACIO EMIGDIO OSORIO MARTINEZ y que era sabido por todos los vecinos que en esa casa se vendían estupefacientes y que la venta la hacían esa pareja y un hijo menor de edad también lo ponían a vender.

La señora YAZMIN STELLA DÍAZ CRUZ, cuando hace la denuncia, narra entre sus motivos para denunciar que una venta de droga, como la que se hacía en esa casa, ponía en peligro a todos los vecinos y que era tanto el descaro y la forma de vender, que en la misma casa tenían una habitación para consumir la droga y que como droga como el bazuco dan hambre al consumir, la señora Zoila Pérez Saya, les vendía comida. Es de suponer que pasadas las diligencias preliminares, las pruebas y testimonios cambiaron para favorecer a la hoy demandante y que solo permaneciera en la cárcel su marido el señor Osorio Martínez.

Por lo que se encuentra demostrado que el demandante se puso en una situación que conllevó a su captura, y que fue determinante en la producción del daño alegado. Lo anterior permite concluir que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; por lo que no puede ser imputable a la Rama Judicial, quien con su conducta se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño, que reclama.

4- LA INNOMINADA: De conformidad con el Artículo 187 del C.P.A.C.A., solicito se declare cualquier otra que el fallador encuentre probada en el curso del proceso

PRUEBAS

Comedidamente solicito al señor Juez, decretar y tener como pruebas:

1. Las que obran dentro del proceso, en especial la diligencia de allanamiento a la vivienda, la parte motiva de la providencia del Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de Aguachica (Cesar) con Función de Control de Garantías.

2. La noticia criminal del 19 de marzo de 2013, que obra al folio 128 de los anexos

3. Las que su señoría considere decretar de oficio

PETICION

Solicito respetuosamente al Señor Juez que se nieguen las súplicas de la demanda y se declare que La Nación- Rama Judicial, no es responsable ni ha causado perjuicio alguno al demandante.

ANEXOS

1.- Poder otorgado por la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE, en su Calidad de Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

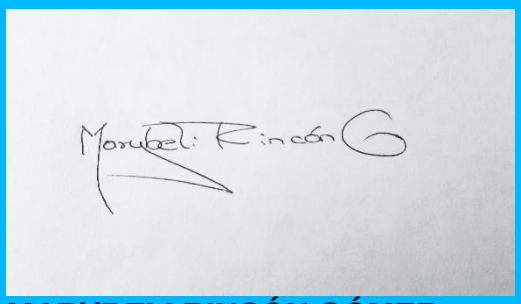
2.-Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, por medio del cual se delega la función de representación judicial y extrajudicial de la Nación-Rama Judicial

3.- Resolución No. 7361 de 3 de noviembre de 2016

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7-96 Piso 8º. Tel. 5553939 Ext. 1078-1080 de Bogotá D.C.

Del señor juez,



MARYBELI RINCÓN GÓMEZ
C.C. N° 21.231.650 de Villavicencio.
T.P. N° 26.271 del C. S. de la J.
mrincong@deaj.ramajudicial.gov.co