

Señor

JUEZ TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, D.C.
E.S.D.

MEDIO DE CONTROL : REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES : JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE, EDUIN FERNANDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNANDEZ SUAREZ, CESAR EDUARDO BOLIVAR GONZALEZ y Otros
RADICADO : 110013336038202100001-00
DEMANDADAS : NACIÓN -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN -RAMA JUDICIAL-

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 adjunto, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran los Señores JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE, EDUIN FERNANDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNANDEZ SUAREZ, CESAR EDUARDO BOLIVAR GONZALEZ 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 48 de la Ley 2080 de 2021, procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 30 de septiembre de 2021, mediante correo electrónico.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

-. **ME OPONGO** al hecho **PRIMERO** de la demanda, sobre el modo en que se produjo la captura del Señor OMAR DANIEL MATEUS ALARCÓN el 9 de mayo de 2013 por los señores Subteniente (r) JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, Intendente (r) EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO, Intendente (r) JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y Patrullero (r) CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ, como miembros activos de la Policía Nacional, según se afirma- realizando labores de vigilancia en el peligroso Barrio Santa Fe de esta ciudad Capital.

Lo anterior, porque al contrario, **CONFORME** al hecho **SEGUNDO** de la demanda, el cual encuentra sustento en los documentos Anexos I, particularmente, la copia de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2018 por el *Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, al igual que la copia de la Sentencia de segunda instancia proferida el 3 de agosto de 2018 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá., en el presente caso se establece que:

1-. Los hechos del proceso penal Rad. 110016000000201400921 (N.I.220968), el cual se adelantó contra los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ** y otros dos miembros de la Policía Nacional (Pachón Bernal y Julián Yesid Arias Galindo), por los delitos de *Privación ilegal de la libertad, prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público*, el cual es objeto de este medio de control de reparación directa, tuvieron su génesis en horas de la madrugada del 9

de mayo de 2013, cuando la central de comunicaciones de la Policía Nacional reportó una riña en inmediaciones de la Calle 23 con carrera 15, barrio Santa Fe de ésta Ciudad.

2-. Al sitio acudieron varias unidades de uniformados y fue capturado en flagrancia el Señor OMAR DANIEL MATEUS ALARCON, por la presunta comisión del delito de *Porte Ilegal de Armas de Fuego de Defensa Personal*, estando en compañía de JOSE DARIO RESTREPO BARRIGA quien, vale la pena señalar, momentos luego del procedimiento policial aludido, fue encontrado sin vida y colgado en las barandas del puente ubicado en la calle 26 con Avenida Caracas, al parecer, por suicidio.

3-. En el Informe Ejecutivo de igual fecha, el entonces intendente JORGE ELIECER HERNANDEZ SUAREZ relacionó los **actos urgentes** de investigación, los cuales ratificó en **entrevista** posterior, señalando el sorprendimiento de MATEUS ALARCÓN en posesión de un arma de fuego, marca *Jericho*, de propiedad de la Fiscalía, al igual que dos (2) proveedores con capacidad para seis (6) y nueve (9) proyectiles, respectivamente. Así mismo, que dichas actividades iniciales las desarrolló junto con los compañeros de institución JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE y EDUIN FERNANDEZ AGUDELO, al igual que con los patrulleros “Chávez y CESAR EDUARDO BOLIVAR GONZALEZ.

4-. Al decir del instructor, dicho reporte no se ajustó a la realidad. En primer término, porque no fue relacionado que MATEUS ALARCON, en el momento de la retención en la carrera 15 con calle 22, estaba acompañado de RESTREPO BARRIGA luego de departir bebidas alcohólicas en el barrio Santa Fe y que fueron abordados por un grupo de personas indeterminadas, quienes se les abalanzaron, al parecer, pretendiendo despojarlos de sus pertenencias, a lo cual, el último en mención, perteneciente al C.T.I., para disuadirlas, esgrimió un arma de fuego, hizo unos disparos y se la paso a aquel para salvaguardarla; de otra parte, por cuanto solo se aludió a la incautación al retenido del arma de fuego y sus proveedores, sin especificaciones, tampoco la parte del cuerpo en que le fue detectada. Sin embargo, no fue reportado de inmediato el caso ni trasladado el retenido a la Estación E14, sino hasta la calle 23 con carrera 15, donde se ubica el bar “El Castillo”, en una panel, donde fue dejado un lapso considerable de tiempo. Así mismo, por omitir informar el decomiso de una maleta contentiva de las pertenencias del occiso, de la cual solo se tuvo conocimiento en la entrevista practicada a MATEUS ALARCON y fue entregada por los policiales ante requerimiento.

5-. De las versiones sobre el operativo realizado, la Fiscalía coligió que existían razones para afirmar, en lo atinente a la muerte de RESTREPO BARRIGA y la presunta captura de MATEUS ALARCON, que los policiales callaron parcialmente las circunstancias reales de su ocurrencia e, incluso, falsearon u omitieron consignar detalles en sus informes. Adicionalmente, que el Subteniente JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE, no obstante tener conocimiento del acompañante de MATEUS ALARCÓN e, incluso, saber que minutos más tarde apareció colgado de las barandas del puente de la calle 26 con Avenida Caracas de esta Ciudad, omitió reportarlo, máxime que momentos antes estuvo en custodia de los integrantes de la fuerza pública relacionados en precedencia.

-. **NO ME CONSTA** el hecho **TERCERO** de la demanda, según el cual, en el trámite del levantamiento del cadáver, actuaron también miembros de la Policía Nacional, en su calidad de policía judicial. Por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que resulte de las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

-. **NO ME CONSTA** el hecho **CUARTO** de la demanda, según el cual, el 10 de mayo de 2013 la Fiscalía 293 Seccional consideró que, pese a que objetivamente se presentó el delito por parte de MATEUS ALARCÓN, por los argumentos que este esbozó, no contaba con la certeza del dolo, igualmente, por haberse establecido que el arma pertenece a la Fiscalía, por tanto, expidió orden de libertad. Por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que resulte de las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

- **ME OPONGO** al hecho **QUINTO** de la demanda, según el cual, mediante resolución No. 2123 de fecha 31 de mayo de 2013, el señor Fiscal General de la Nación consideró que la investigación adelantada en contra del señor MATEUS ALARCÓN por porte ilegal y la investigación que cursaba por la muerte del señor JOSÉ DARÍO RESTREPO BARRIGA (f), deberían variar en su asignación y ordenó que fuese la fiscalía 30 Delegada ante los jueces penales del circuito especializado, Unidad contra las bandas emergentes, la que debería adelantar las investigaciones bajo una misma cuerda procesal.

Lo anterior, con base en la consulta al sistema de información SPOA del proceso penal Rad. **11001600000201400921**, por FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO, el cual es objeto de este medio de control de reparación directa, cuya info-impresión aporto, porque si bien el 16-7-13 se registra **acumulación** por **conexidad**, no obstante, se observa que el 15-7-14 hubo **ruptura**, porque el **escrito de acusación** No cobijó todos los delitos.

Y según consulta al sistema de información SPOA, cuya info-impresión aporto, figura vigente y activo, en estado de Investigación, el proceso radicado con el **NUNC 110016000028201301396**, por el delito de Homicidio, siendo víctima JOSE DARIO RESTREPO BARRIGA, y como personas vinculadas al caso, en calidad de indiciados, figuran los señores HERNANDEZ SUAREZ JORGE ELIECER, FERNANDEZ AGUDELO EDUIN, PACHON BERNAL ALVARO, ARIAS GALINDO JULIAN YESID, BOLIVAR GONZALEZ CESAR EDUARDO, MATEUS ALARCON OMAR DANIEL y GONZALEZ HINCAPIE JAIME ANDRES.

- **NO ME CONSTA** el hecho **SEXTO** de la demanda, según el cual la Fiscalía 30 ordenó la captura de los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO, CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ, Álvaro Pachón Bernal y Julián Yesid Arias Galindo. Por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que resulte de las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

No obstante, con base en los documentos Anexos I, particularmente, la copia de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2018 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., al igual que la copia de la Sentencia de segunda instancia proferida el 3 de agosto de 2018 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá., en el presente caso se establece que la **legalidad** de las actuaciones de la Fiscalía fue establecida el 3 de abril de 2014 ante el Juzgado 75 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, 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** de los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ en establecimiento carcelario.

- **ME OPONGO** a los hechos **SÉPTIMO y OCTAVO** de la demanda, según los cuales se impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad de detención preventiva en establecimiento carcelario a los hoy demandantes sin mayor esfuerzo argumentativo por parte del señor Juez de Control de Garantías y sin despachar los manifestaciones del ministerio público y la bancada de la defensa; por lo cual, se presentó recurso de reposición el cual no fue tenido en cuenta, por lo tanto la providencia fue apelada y el 24 de junio de 2014, el Juzgado 16 Penal de Circuito de Conocimiento de Bogotá, revocó en su integridad la decisión y dispuso la libertad inmediata de los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ.

Lo anterior, **porque** faltan los audios de las audiencias de formulación de imputación, medida de aseguramiento y de segunda instancia en la que se revocó la medida de Aseguramiento, luego dicha circunstancia jurídico procesal no es clara, pues, aunque en la sentencia de segunda instancia se menciona la misma, según los ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES,

consignados en el numeral 4.1 de la sentencia de primer grado, en comento, se registra que fue con ocasión del vencimiento de términos, que se les restableció a los demandantes dicha garantía.

En cambio, según los registros de las actuaciones en el sistema de información SPOA del proceso 110016000028201301396, cuya info impresión aporó, se observa que el 24 de junio de 2014, el Juzgado 16 Penal de Circuito de Conocimiento de Bogotá, "Confirma y aclara la decisión apelada".

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

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

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

Por lo tanto, para su solicitud e imposición NO es exigible tener *certeza* sobre la responsabilidad del procesado, pues, de acuerdo con los parámetros de *gradualidad y progresividad* dentro de la investigación penal, conforme al Artículo 308, *ob. cit.* el juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

En el caso concreto, atendiendo la naturaleza y gravedad de los delitos investigados, contra la Fe Pública y contra la Administración Pública, la detención preventiva era procedente y la Fiscalía General de la Nación cumplió desde el inicio su labor de demostrar los enunciados fácticos en los que basó sus pretensiones ante el *Señor Juez de Control de Garantías*, para la postulación de la misma, acorde con las previsiones legales, lo cual desvirtúa que esta actuación por parte de mi representada fue *injusta, arbitraria o irrazonable* en clave de los derechos que constitucional y legalmente a los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ les son reconocidos.

- **ME OPONGO** al hecho **DÉCIMO** de la demanda, según el cual el delegado de la Fiscalía, pese a la advertencia del juzgado de segunda instancia que revocó la medida de aseguramiento y sin armar más elementos materiales de prueba, presentó escrito de acusación en contra de los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ, por los mismos delitos,

adelantando audiencia al respecto el día 03 de junio de 2016 ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Lo anterior, porque no se acredita que durante la práctica de dicha diligencia, conforme a las previsiones del artículo 339 del CPP, ordenado el traslado a las partes, el Ministerio Público o la defensa de los acusados hubieran formulado solicitud alguna de *nulidad* a lo actuado por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION, o formulado observaciones al *escrito de acusación*, si éste no reunía los requisitos exigidos establecidos en el artículo 337 *ibídem*.

En cambio, en el presente caso se observa que el ente acusador cumplió su labor constitucional y legal de ***investigar*** los hechos constitutivos de delitos, los cuales le fueron puestos en su conocimiento, a través de la información legalmente obtenida, al igual que ***acusar*** a los presuntos responsables ante la autoridad judicial competente, solicitando además al Señor *Juez con funciones de Control de Garantías* adoptar las medidas necesarias para asegurar la *comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad*.

Sobre el anterior aspecto, el H. Consejo de Estado ha sostenido que "***...si bien es cierto que el ente acusador es la autoridad que promueve la acción penal y recauda los elementos materiales probatorios que llevan a la imposición de la medida de aseguramiento, también lo es que sus funciones constitucionales y legales no se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita una sentencia de condena, sino que de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 66 de la Ley 906 de 2004, dichas atribuciones 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.*** (Consejo de Estado, Sentencia 6 de diciembre de 2017, proceso 73001-23-00-000-2012-00327-01(53905))

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

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

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

(...)

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

Ello, 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)

- **CONFORME** a los hechos **DECIMO PRIMERO** y **DECIMO SEGUNDO** de la demanda, los cuales encuentran sustento en los documentos Anexos I, particularmente, la copia de la sentencia proferida el 26 de febrero de 2018 por el *Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, al igual que la copia de la Sentencia de segunda instancia proferida el 3 de agosto de 2018 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá., en el presente caso se establece que los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ, EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ finalmente fueron absueltos, en aplicación del beneficio de la **duda**.

Lo anterior, no obstante que desde el 8 de julio de 2015 uno de los representantes judiciales de los acusados solicitó la **preclusión de la investigación**, pedido el cual también fue denegado por el **Señor Juez de Conocimiento** en decisión del 7 de octubre de 2015, decisión la cual fue confirmada el 22 de enero de 2016 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá.

Lo anterior demuestra, en consecuencia, que si existieron méritos para mantener la vinculación de los acusados al proceso y que su final absolución mediante sentencia, en las circunstancias descritas, por **duda**, no torna de manera **automática** en *ilegales, injustas* o *arbitrarias* las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN o de la RAMA JUDICIAL, en la investigación y el Juicio, tampoco la medida de aseguramiento de detención preventiva que, bajo los ritos del sistema penal acusatorio, les fue impuesta, pues se parte del hecho que la Fiscalía instructora inicialmente **SÍ** tuvo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico vigente y resultaría cuando menos injusto que el Estado tuviera que indemnizar por una *privación de la libertad* dispuesta inicialmente con los mentados sustentos, constitucional y legal, arriba descritos.

Luego, en el presente caso, carecen de fundamento los hechos de la demanda basados en la crítica de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en el proceso, el cual es objeto del 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 de los daños causados a los demandantes, bajo el

título de imputación ***Privación Injusta de la Libertad*** de los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ**, desde el día dos (02) de abril de 2014, hasta el día 25 de junio de 2014, dentro del proceso penal Rad. 110016000000201400921 (N.I.220968), el cual se adelantó en su contra y Otros por los delitos de *Privación ilegal de la libertad, prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público*, respecto de los cuales fueron absueltos mediante sentencia proferida e 26 de febrero de 2018 por el *Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, en aplicación del beneficio de la ***duda***, decisión la cual fue apelada por la Fiscalía, pero fue confirmada la misma en segunda instancia el 3 de agosto de 2018 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá.

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

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

ME OPONGO a las pretensiones de la presente demanda, respecto de mi representada la Fiscalía General de la Nación, por las siguientes razones:

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

Como arriba se expone, en el presente caso **NO** se demuestra el carácter “**injusto**” del *daño* reclamado en la demanda, por *privación injusta de la libertad* que se adelantó contra de los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ**, por los delitos de *Privación ilegal de la libertad, prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público*, respecto de los cuales fueron absueltos mediante sentencia proferida e 26 de febrero de 2018 por el *Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, en aplicación del beneficio de la ***duda***, decisión la cual fue apelada por la Fiscalía, pero fue confirmada la misma en segunda instancia el 3 de agosto de 2018 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá.

En el caso de estudio no se demuestra el “*daño antijurídico*” bajo el título de imputación denominado “*privación injusta de la libertad*, porque no se demuestra que el proceso penal, en comento, haya culminado realmente bajo alguno de los supuestos que, conforme a la SENTENCIA SU-072/18, actualmente permiten inferir “objetivamente” que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que el *hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible*.

Por lo tanto, fuera de los eventos contemplados en la citada norma, la parte actora se encuentra en la obligación de demostrar la ***injusticia*** de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una *falta o falla* en la prestación del servicio de administración de Justicia, lo cual, en el presente caso, como arriba se expone, no sucede.

La absolución de los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ**, en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*, no torna *per se* en ilegales, injustas o

arbitrarias las actuaciones de mi representada, tampoco la decisión del Juez de control de garantías de imponer medida de aseguramiento de detención en su contra.

Desde la anterior óptica, el *daño antijurídico* reclamado en la presente demanda, por privación injusta de la libertad, resulta **INEXISTENTE** a la luz de los criterios contenidos de la **Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996**, donde se prescribe 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 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."

"... 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)**

Concordante con lo anterior, en la Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014 por 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), referente al concepto *daño antijurídico*, señaló lo siguiente:

"(...)

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)

Conforme a lo expuesto, en el caso concreto **NO** se demuestra que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos a los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ.**

Por el contrario, se debe conceder que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés público.

Con base en las razones expuestas, **NO** demuestra el actor que hubo un rompimiento de las cargas públicas de los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ, más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.**

El hecho de la absolución de los procesado, en aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*, no demuestra que las actuaciones de la FISCALÍA en el proceso penal en comento fueron anormales, no apropiadas, ni razonadas, ni conforme a los procedimientos legales establecidos.

Lo anterior, porque no acredita el actor el alcance de las obligaciones legales que en su sentir fueron incumplidas o cumplidas parcialmente por mi representada, tampoco la forma en que, por el contrario, debió entonces haber cumplido la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION con sus funciones constitucionales y legales, o lo que, en su criterio, debió ser entonces un adecuado ejercicio de las funciones atribuidas a mi representada en el procedimiento penal que regula la Ley 906 de 2004.

Luego, en el presente caso, no se demuestra en la demanda que hubo falta o falla en las actuaciones de mi representada y, si bien se establece que en la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento fue el fiscal delegado del caso quien solicitó y argumentó la medida, es lo cierto que quien resolvió la imposición de la medida fue el Señor Juez con funciones de control de Garantías, por lo cual mi representada no es responsable del presunto daño ocasionado.

De acuerdo con la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del Docto Carlos Betancourt Jaramillo, para que exista indemnización de perjuicios por la presunta *falla del servicio*, se deben tener en cuenta las circunstancias en las cuales se debe prestar el servicio y determinar si la falla es de tal magnitud que la conducta de la administración deba ser considerada como anormalmente deficiente.

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

"(...)

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

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

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 presente caso, reitero, se debe apreciar y conceder que mi representada, dando cumplimiento al artículo 250 de la Constitución Política de 1991, cumplió su labor de investigar y acusar al presunto responsable de los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, para lo cual contó con los medios cognoscitivos que inicialmente tuvo a su alcance para la formulación de imputación y solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, ante el Juez de Control de Garantías, **siempre sustentada en la prevalencia, respeto o consideración del interés general.**

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 lo tanto, 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 sindicato 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.

Finalmente, se 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.

En el anterior sentido, ya el Honorable Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la Sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA

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

“(…)

“Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que, si bien acompañé la providencia mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Rama Judicial por la privación de la libertad del señor John Carlos Peña Viscaya, por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, de los cuales fue exonerado, por cuanto no los cometió, no comparto el criterio según el cual hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado no solo cuando la persona privada de la libertad es exonerada en el proceso penal porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, sino también cuando lo es en virtud del principio del indubio pro reo.

En mí sentir, los únicos supuestos que permiten inferir objetivamente que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, son los señalados por el derogado artículo 414 del C. de P.P., pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio. (Subrayo y resalto)

El legislador fue claro y enfático en establecer únicamente esos tres eventos como aquellos en los cuales la persona que sufre una detención preventiva y luego es exonerada de responsabilidad penal tiene derecho a ser indemnizada, sin entrar a hacer calificaciones o elucubraciones de índole alguna, salvo que dicha medida obedezca a una actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, evento en el cual hay lugar a exonerar de responsabilidad a la demandada. (Subrayo y resalto)

De hecho, pueden darse múltiples ejemplos de casos en los que la exoneración de responsabilidad penal se dé por razones distintas a las tres que la norma en cita consagra como generadoras de responsabilidad de la administración, como cuando opera una causal eximente de antijuricidad o de culpabilidad, o cuando la detención se produce por delitos cuya acción se encuentra prescrita, o por una conducta que la legislación haya dejado de considerar delictiva, o cuando la detención se produce en un proceso promovido de oficio frente a un delito que exija querrela de parte, o cuando la medida restrictiva de la libertad se produce sin fundamento legal o razonable o ésta resulta desproporcionada en consideración al delito de que se trate, casos en que la responsabilidad que obliga a indemnizar se resuelve bajo el título de falla en la prestación del servicio y ante los cuales no se ve razón válida alguna para dar un tratamiento diferente al del indubio pro reo. (Subrayo y resalto)

Como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obre en contra de la persona sindicada del hecho punible un indicio grave de responsabilidad penal, pero dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, pues, al efecto, se requiere plena prueba de la responsabilidad; 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 y que, finalmente, la prueba recaudada resulte insuficiente para establecer la responsabilidad definitiva, caso en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio del in dubio pro reo, situación que no implica, por sí misma, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad fuera injusta, desproporcionada o carente de fundamento legal. (Subrayo y resalto)

Efectivamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, la legalidad de la orden de detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar las personas privadas de la libertad, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación; otras, en cambio, son las que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, existe duda para proferir sentencia condenatoria, evento en el cual, para que surja la responsabilidad del Estado, debe acreditarse que la privación de la libertad fue injusta, **pues si hay duda de la culpabilidad es porque también la hay de la inocencia** y, en este caso, a mi juicio, es claro que se deben soportar a cabalidad las consecuencias de la investigación penal, sin que esto se entienda, como pudiera pensarse, en que se parte, entonces, de la presunción de culpabilidad de la persona, pues de donde se parte es del hecho de que hubo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho y más bien ajustados al ordenamiento jurídico, para privarla de la libertad en forma, por ende, no injusta.

Lo acabado de expresar cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por otra parte, que el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política obliga a la Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requieran para asegurar que el imputado comparezca al proceso penal, que es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva. (Subrayo y resalto)

A lo anterior se añade que resultaría cuando menos absurdo que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta, incluso, con el mencionado sustento constitucional. (Subrayo y resalto)

El artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal establece, en su parte inicial, un título de imputación genérico para la indemnización por privación injusta de la libertad, caso en el cual el interesado en la indemnización debe acreditar lo injusto de la medida, por ejemplo, demostrando su falta de proporcionalidad, su arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la misma. A renglón seguido, la misma norma define o identifica unos casos en los que parte de la injusticia de la medida, con base en la absolución por uno de los supuestos señalados en la norma: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no es un hecho punible. Siendo ello así, es claro, a mi juicio, que no puede otorgarse el mismo efecto a ambas partes de la norma, para derivar de ellas un derecho a la reparación, con base en la simple constatación de que no se dictó sentencia condenatoria en contra del procesado.

Así las cosas, la enumeración de unos casos determinados en que el legislador (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) califica a priori la detención preventiva como injusta significa que, en los demás supuestos, es decir, en los que se subsumen en la primera parte de la norma en cita, como cuando la absolución deviene como consecuencia de la aplicación del principio del in dubio pro reo, para que surja la responsabilidad del Estado

el demandante debe acreditar la injusticia, la falta de proporcionalidad, la arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la medida de aseguramiento de detención preventiva, para lo cual no basta acreditar que no hubo condena en el proceso penal.

Así, por ejemplo, puede suceder que la duda se configure porque es la desidia o la ineficiencia del Estado lo que no permite desvirtuar la presunción de inocencia del encartado, como cuando aquél no asume con diligencia y seriedad la carga que le corresponde, en aras de establecer la responsabilidad del sindicado, caso en el cual es evidente que la privación de la libertad se torna injusta, ya que la medida restrictiva impuesta no cumple la finalidad para la cual fue diseñada y es entonces cuando emerge clara la responsabilidad del Estado, por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (Subrayo y resalto)

Si se considera que en todos los casos en que la sentencia absolutoria o la providencia equivalente a la misma da derecho a indemnización en favor de la persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, sin que sea necesario establecer si la medida fue o no ilegal, desproporcionada, errada, arbitraria o, en fin, injusta, resulta necesario concluir que ningún efecto jurídico tiene el hecho de que la decisión absolutoria se produzca con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente.
(Subrayo y resalto).

2-. Se presenta la “culpa de la víctima”, como causal excluyente de responsabilidad

En el caso de estudio se presenta la “culpa de la víctima” como causal excluyente de la responsabilidad del Estado.

Lo anterior, porque en el Informe Ejecutivo el entonces intendente JORGE ELIECER HERNANDEZ SUAREZ relacionó los **actos urgentes** de investigación, los cuales ratificó en **entrevista** posterior, señalando el sorprendimiento de MATEUS ALARCÓN en posesión de un arma de fuego, marca *Jericho*, de propiedad de la Fiscalía, al igual que dos (2) proveedores con capacidad para seis (6) y nueve (9) proyectiles, respectivamente. Así mismo, que dichas actividades iniciales las desarrolló junto con los compañeros de institución JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE y EDUIN FERNANDEZ AGUDELO, al igual que con los patrulleros “Chávez y CESAR EDUARDO BOLIVAR GONZALEZ.

Así mismo, al decir del instructor, el Informe Ejecutivo policial que sirvió de base a la investigación contra MATEUS ALARCON no se ajustó a la realidad. En primer término, porque no fue relacionado que el mencionado, en el momento de la retención estaba acompañado de RESTREPO BARRIGA y que ambos fueron atracados por un grupo de personas indeterminadas, luego de consumir bebidas alcohólicas en el barrio Santa Fe; de otra parte, por cuanto solo se aludió a la incautación del arma y sus proveedores, sin especificación de sus características, ni de la parte del cuerpo en la cual se le detectaron. Así mismo, por omitir el decomiso de una maleta contentiva de las pertenencias del occiso, de la cual se tuvo conocimiento en la entrevista de MATEUS ALARCON, la cual solo fue entregada por los policiales ante el requerimiento por parte de la Fiscalía instructora.

De las versiones contradictorias sobre el operativo policial realizado, la Fiscalía coligió que existían razones para afirmar, en lo atinente a la muerte de RESTREPO BARRIGA y la presunta captura de MATEUS ALARCON, que los policiales callaron parcialmente las circunstancias reales de su ocurrencia e, incluso, falsearon u omitieron consignar detalles en sus informes, por lo cual se informa que incluso se adelantó investigación disciplinaria en su contra.

Adicionalmente, se señala que el Subteniente JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE, no obstante tener conocimiento del acompañante de MATEUS ALARCÓN e, incluso, saber que minutos más tarde apareció colgado de las barandas del puente de la calle 26 con Avenida Caracas de esta Ciudad, omitió reportarlo, máxime que momentos antes estuvo en custodia de los integrantes de la fuerza pública relacionados en precedencia.

Sobre la **“culpa de la víctima”** como causante del **“daño”**, prevé el Artículo 70 de la ley 270 de 1996:

*“ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. 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.**”* (Subrayo y resalto).

En torno a la exequibilidad de la norma en comento, la H. Corte Constitucional en la Sentencia de exequibilidad C-037-96 de 5 de febrero de 1996, consideró que:

*“Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. **Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual 'nadie puede sacar provecho de su propia culpa'**”* (subrayo y resalto).

Conforme a lo anterior, en el presente caso se observa que los señores **JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ**, el día de los hechos violaron los estándares de conducta como agentes del orden, además, encargados de brindar seguridad y protección ciudadana, y con ello dieron lugar a su a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra y, tal como lo señaló el juzgador en la sentencia absolutoria, incluso, que por tales comportamientos se adelantó investigación disciplinaria en su contra.

Respecto del **juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima**, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado², ha señalado que:

*“El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, “en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio”³. **Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta**”* (Subrayo y resalto), que se imponen por igual

² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B; C. P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., Catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) -Radicado No.: 20001-23-31-000-2010-00235-01(42771)

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. **De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos**(Subrayo y resalto).

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que **la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C⁴, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exige a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente**(Subrayo y resalto).

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que "los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos"⁵. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance (Subrayo y resalto):

Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales; i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprobable, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad⁶."

El H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, en Sentencia de 5 de diciembre 2.005, Radicación número: 41001- 23-31-000-1990-05732-01(12158), al referirse a las características del **daño antijurídico y el hecho de la víctima**:

*"(...). La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues **solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad**. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las*

⁴ ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁵ Exp. 42.376, op.cit.

⁶ Exp. 42.376, Op.cit.

cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta).

*"(...). La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)._En otras palabras, **así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones legales y legítimas de los particulares.**"(Resalto y subrayo fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, en el presente caso se establece que la privación de la libertad de los señores JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDWIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ, aunque tuvo su causa material e inmediata en la actividad de la Administración de Justicia, a través de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra, la misma fue auspiciada por su propio comportamiento irregular, sin la observancia de los estándares generales de buena conducta, contrarios al orden social, a la moral o a las buenas costumbres, la “**causa eficiente**” o “**adecuada**” para la producción del daño reclamado, el cual, sin justificación pretende ahora ver resarcido a través del presente medio de control de reparación directa.

3-. 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 2002⁷ 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 aseguramiento⁸, 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 penal⁹, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

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

En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem¹⁰. (Subrayo y resalto)

⁷ 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).

⁸ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.

⁹ 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*".

¹⁰ "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 ¡a detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal¹¹ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.** (Subrayo y resalto)

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

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

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

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".

¹¹ 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".

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, querrela 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 los 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 participe 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.**

4. PRUEBAS

- Documentales Aportadas: Con el fin de clarificar las reales circunstancias en que ocurrieron los hechos de la demanda, apporto los siguientes documentos:

1-. Consulta del Sistema de Información SPOA, donde consta la **NUNC 110016000028201301396**, por el delito de **Homicidio**, víctima **JOSE DARIO RESTREPO BARRIGA**, indiciados HERNANDEZ SUAREZ JORGE ELIECER, FERNANDEZ AGUDELO EDUIN, PACHON BERNAL ALVARO, ARIAS GALINDO JULIAN YESID, BOLIVAR GONZALEZ CESAR EDUARDO, MATEUS ALARCON OMAR DANIEL, GONZALEZ HINCAPIE JAIME ANDRES.

La asignación a la FISCALIA 159, se encuentra VIGENTE, el estado del caso ACTIVO, en etapa de INVESTIGACIÓN.

Como actuaciones relevantes, se registra que el 3-4-2014 se legalizó la captura formuló imputación e impuso MAD, la cual es confirmada y aclarada el 24-6-2014. Así mismo, que el 15-7-2014 se presentó el escrito de acusación por la fiscal del caso (MARIA TERESA SUAREZ OCHOA), el cual No cobija todos los delitos (Ruptura).

2-. Copia de la consulta del Sistema de Información SPOA, por ruptura de la Unidad Procesal, **NUNC 110016000000201400921**, por el delito de Falsedad Ideológica en Documento Público, indiciados JAIME ANDRES GONZALEZ HINCAPIE, ALVARO PACHON BERNAL, JULIAN YESID ARIAS GALINDO, JORGE ELIECER HERNANDEZ SUAREZ, EDUIN FERNANDEZ AGUDELO y CESAR EDUARDO BOLIVAR GONZALEZ.

3 -. Copia de la solicitud a los fiscales de los casos, respectivamente, de rendir un "Informe Ejecutivo" detallado, soportado y completo sobre las sendas adelantadas en el Radicado 110016000000201400921 (N.I.220968), por falsedad ideológica y otros delitos; así mismo, dentro de la NUNC 110016000028201301396, por Homicidio, víctima JOSE DARIO RESTREPO BARRIGA.

4-. Copia de la solicitud al Centro de Servicios judiciales de Bogotá para que allegue con destino al proceso contencioso administrativo de la referencia copia íntegra del expediente NUNC Radicado 110016000000201400921 (N.I.220968), el cual es objeto del presente medio de control de Reparación Directa.

5 -. Copia de la solicitud a la Oficina de Control Disciplinario del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, para que allegue al presente proceso contencioso administrativo, copia íntegra de la actuación disciplinaria adelantada contra el Subteniente (r) JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, Intendente (r) EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO, Intendente (r) JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ y Patrullero (r) CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ, al cual se alude en la sentencia absolutoria de segundo grado, como miembros activos de la Policía Nacional, por hechos acaecidos el día 09 de mayo de 2013.

6-. Copia de la solicitud en el sistema de información SPOA sobre anotaciones del Señor OMAR DANIEL MATEUS ALARCON, C.C. 74379043, por el delito de Porte Ilegal de Armas.

➤ Testimonial solicitada

De manera comedida, solicito a su Señoría disponga recepcionar el testimonio de la Doctora MARIA TERESA SUAREZ OCHOA, según el Sistema de Información SPOA, como fiscal del caso, contra los acá demandantes, con el fin que esclarezca las circunstancias fácticas y procesales que llevaron a la ruptura de la unidad procesal que dio origen a la NUNC 110016000000201400921, por Falsedad Ideológica en Documento Público y otros delitos, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa. La mencionada funcionaria, podrá ser citada a través del suscrito apoderado.

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