



DEAJALO21- 6904
Bogotá D. C., 17 de noviembre de 2021

Doctor

ASDRUBAL CORREDOR VILLATE

Juez Sesenta (60) Administrativo de Bogotá – Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-36-038-2021-00001-00.
Medio Control: Reparación Directa
Demandante: Jaime Andrés González Hincapié, Eduin Fernández Agudelo,
Jorge Eliecer Hernández Suarez y cesar Eduardo Bolívar
González y cada grupo familiar.
Demandada: Nación - Rama Judicial y Otros.

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

1.- A LAS PRETENSIONES

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

2.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal adelantado contra JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, EDUIN FERNÁNDEZ AGUDELO, JORGE ELIECER HERNÁNDEZ SUAREZ Y CESAR EDUARDO BOLÍVAR GONZÁLEZ Y CADA GRUPO FAMILIAR, por los punibles de: privación ilícita de la libertad, prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público,



radicado con el No. 11001-60-00-000-2014-00921 NI 220968. La Rama Judicial no está de acuerdo con los hechos relacionados con la presunta privación injusta y los perjuicios reclamados. Los más relevantes resumo en los siguientes términos:

Según la sentencia absolutoria de primera instancia, la génesis de esta investigación penal tuvo lugar por los hechos ocurridos el 9 de mayo de 2013, cuando los señores Omar Daniel Mateus Alarcón y José Darío Restrepo Barriga, estudiantes de derecho de la Universidad la Gran Colombia, hacia las 3.39 am a la altura de la calle 22 con Avenida Caracas, fueron abordados por un grupo de personas que pretendían apoderarse de sus pertenencias, consecuencia de lo cual, el segundo de los mencionados en calidad de miembro activo del Cuerpo Técnico de la Fiscalía CTI, esgrimió arma de fuego de dotación, tipo pistola marca , Jericó, calibre 9 milímetros, color negro, e hizo unos disparos para disuadir a quienes lo asediaban.

En ese preciso instante, un grupo de personas se les abalanzó y con el ánimo de salvar el arma de dotación, se la pasó al primero, quien al llegar a la carrera 15 con calle 22, al parecer con el arma en la mano y un proveedor con 6 cartuchos, fue capturado en flagrancia, imputándosele el punible de fabricación ilegal de armas de fuego, porque no portaba el salvoconducto expedido por autoridad competente, no obstante no fue trasladado, ni fue reportado el caso a la Estación de Policía E14, contrario sensu, según el ente Fiscal, fue llevado en la panel (patrulla) hasta la calle 23 con carrera 15 donde esta ubicado el Bar El castillo, donde presuntamente fue dejado un considerable lapso de tiempo.

Para poner a disposición de la Fiscalía, el capturado se efectuó informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia, acta de incautación del arma de fuego, donde de acuerdo al ente Fiscal, se consignó que Omar Daniel Mateus Alarcón llevaba consigo dos proveedores, cuando únicamente portaba el arma que le había entregado su amigo y se callaron algunos aspectos relacionados con el momento de la incautación, la hora de la captura y en compañía de quien se hallaba aprehendidos.

Así mismo, los Uniformados dijo el ente Fiscal, omitieron entregar y reportar el morral donde Restrepo Barriga (QEPD), llevaba un computador y otros elementos, de los cuales, sostuvo, se apropiaron y devolvieron cuando el Fiscal asumió el caso de Omar Daniel Mateus Alarcón efectuó el interrogatorio de este último, en curso del cual, comentó sobre la existencia del mismo.

Dicho caso fue reportado a la central de radio de la Policía, donde se alertaron varias patrullas del sector, entre ellas, la integrada por el Teniente Jaime Andrés González Hincapié, Intendente Edwin Fernández Agudelo y el Patrullero Oscar Alejandro Ponto



Chávez, conductor de la panel, en la que subieron a los retenidos, quienes en términos del ente persecutor, abusando de su cargo, y calidad de servidores públicos, privaron de manera ilegal a José Darío Restrepo Barriga (QEPD), lo subieron al mismo vehículo donde llevaban a Omar Daniel Mateus Alarcón y omitieron reportar o informar la aprehensión del primero, quien 30 minutos después, apreció colgado de una correa en el puente ubicado en la avenida calle 26 con caracas.

De estos hechos conoció la Fiscalía 30, despacho que bajo el radicado 11001-60-000-2014-0092102 NI 220968 inició investigación en contra de dichos Policiales al evidenciar irregularidades en el procedimiento de captura, así como en el manejo de los elementos de prueba recolectados cuando capturaron al procesado.

El 3 de abril de 2014, ante el Juzgado 75 Penal Municipal con Función de Control de Garantías se legalizó la captura de los indicados, se les formuló imputación por los delitos de: privación ilícita de la libertad, prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de documento público. Así mismo se solicitó e impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad.

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.

Para soportar su pretensión de imposición de medida de aseguramiento, la Fiscalía presentó como elementos materiales de prueba y evidencia lo descrito por: Omar Daniel Mateus sobre las circunstancias de su captura y lo que siguió una vez fue aprehendido. Además, se presentaron los Informes de policía elaborados por los procesados, donde se evidenciaban discordancias en lo relacionado con la captura y con los elementos incautados, unos que no correspondían a lo incautado y otros que no quedaron registrados.

Una vez adelantadas las etapas procesales pertinentes, el 26 de febrero de 2018, el Juzgado 8 Penal de Conocimiento de Bogotá emitió fallo absolutorio en favor de los procesados por aplicación del principio in dubio pro reo.

Esta sentencia fue apelada por la Fiscalía, y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 3 de agosto de 2018.



Por estos hechos la parte actora estuvo privado de la libertad entre el 2 de abril de 2014 fecha de la captura, ingresó al centro de reclusión el 10 de abril de 2014, recobró la libertad por revocatoria el 24 de junio de 2014, por lo que a juicio del apoderado de la parte actora, considera que se le han causado perjuicios de orden material y moral, que ascienden a la suma de \$737'173.575.00

3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Sea lo primero advertir que en el presente caso no se realizó la notificación electrónica cuya constancia debe registrarse en el Sistema Siglo XXI, como lo ordenan las nuevas disposiciones legales, para contabilizar el término de contestación de la demanda, por ello nos quedamos esperando dicha anotación.

Normatividad aplicable

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

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

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

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

En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades



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

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

Corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales. Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado, comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se



funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política”

La Sentencia SU - 072 de 2018.

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

Por lo anterior, la labor del operador judicial en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, a raíz de la sentencia de unificación antes relacionada. No se puede limitar a verificar si la persona privada de la libertad fue absuelta en el proceso penal o su investigación culminó con preclusión, pues está visto que esa circunstancia no hace injusta la privación de la libertad soportada en la captura del indiciado o en la imposición de la medida de aseguramiento al sindicado.

La sentencia C- 037 de 1996

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

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



El caso concreto Inexistencia de antijuridicidad.

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

En razón a tal premisa, es imperioso citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto a este título de imputación ha hecho el H. Consejo de Estado y examinar si la entidad debe responder por los hechos alegados.

Ahora bien si de lo que se trata es de una supuesta falla en el servicio, para que pueda considerarse verdadera causa de perjuicio y comprometa la responsabilidad del Estado, "no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración puede considerarse como "anormalmente deficiente". (Consejo de Estado, Sentencia de agosto 4 de 1994. Expediente 8487).

En el acápite de pretensiones de la demanda, los demandantes solicitan una cuantiosa indemnización por perjuicios materiales y morales por supuesta falla en el servicio judicial.

Olvidan los actores que la responsabilidad del Estado, de acuerdo a jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, éste "falla cuando con sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho, desconoce los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier persona vulnere dichos derechos" No debe olvidarse que la responsabilidad del Estado es primaria, es decir, recae en la persona de derecho público, en primer lugar, y es objetiva; y existe falla cuando existe daño a los derechos de los asociados como consecuencia de la acción u omisión estatal". (C. E., Sección Tercera, Sentencia nov. 4/75).

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



puede considerarse como "anormalmente deficiente". (Consejo de Estado, Sentencia de agosto 4 de 1994. Expediente 8487).

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

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

Aunado a lo anterior, y tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, es preciso establecer que el régimen para atribuir responsabilidad a las autoridades con ocasión del daño sufrido por privación injusta de la libertad puede ser el modelo de responsabilidad subjetiva. Así lo señaló la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control previo y automático sobre el proyecto de la Ley Estatutaria citada anteriormente. Al respecto este Alto Tribunal manifestó:

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

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

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



consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.³

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

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

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

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

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



“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”⁶

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

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

Dicha proporcionalidad y razonabilidad puede verificarse según lo dispuesto en las normas de la Ley 906 de 2004, según las cuales, para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de libertad se deben cumplir o acreditar con una serie de requisitos tales como la inferencia razonable, y que la misma se muestre como necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, que el imputado constituya un

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

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



peligro para la comunidad o la víctima y/o que el imputado no vaya a comparecer al proceso o al cumplimiento de la sentencia.

En ese caso el Juez de Garantías para la legalización de la captura e imponer la medida de aseguramiento tuvo en cuenta los siguientes elementos materiales probatorios: las versiones de los policiales que atendieron el caso, minutas de vigilancia del CAI de 8 y 9 de mayo de 2013, los informes de investigación de campo, los testimonios de los Investigadores: Rubén Montalvo Marrugo y Gonzalo Albarracín Gómez, entre otras y la naturaleza de los punibles imputados, los cuales tienen penas superiores a 4 años, cumpliéndose así el elemento objetivo, aunado al uso de arma de fuego, pistola 9 milímetros.

Por lo anterior, el Juez de Garantías respecto a la medida de aseguramiento se sujetó a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, motivo por el cual, las decisiones de legalidad de la captura y la imposición de la medida de aseguramiento intramural estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Siendo así las cosas el auto que impartió legalidad a la captura y el que impuso la medida de aseguramiento se encuentran ajustados a derecho, lo que de antemano desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD de la medida.

Con base en la jurisprudencia transcrita, se ratifica la necesidad de la imposición de la medida de aseguramiento intramural en esta clase de punibles dada la gravedad de la conducta punible imputada por la Fiscalía.

De destaca que la imputación formulada por la Fiscalía fue modificada por el mismo Ente Acusador, luego de impuesta la medida de aseguramiento, más no porque se hubiese acomodado delitos a diestra y siniestra como lo afirma el apoderado de la parte actora, toda vez que, ello es permitido por la ley, precisamente en garantía del debido proceso y al único de los 4 indiciados que se le suprimió la conducta punible, el de falsedad fue al señor Jaime Andrés González Hincapié.

Recordemos que la Fiscalía el 3 de abril de 2014 formulo imputación a los indiciados por los siguientes punibles:



A Jorge Eliecer Hernández Suárez, como presunto autor de: privación ilegal de la libertad en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de elemento material probatorio.

A Julián Yesid Arias Galindo, como presunto autor del delito de destrucción, supresión u ocultamiento de elemento material probatorio en concurso heterogéneo con peculado por apropiación.

A Álvaro Pachón Bernal se le imputó el delito de supresión u ocultamiento de elemento material probatorio.

A Jaime Andrés González Hincapié se le imputó las conductas punibles de privación ilegal de la libertad en concurso heterogéneo y sucesivo con prevaricato por omisión y destrucción, supresión u ocultamiento de elemento material probatorio.

A Edwin Fernández Agudelo se le imputó: privación ilegal de la libertad en concurso heterogéneo con prevaricato por omisión, destrucción, supresión u ocultamiento de elemento material probatorio.

A Cesar Eduardo Bolívar González, se le imputó: prevaricato por omisión en concurso heterogéneo con falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación y destrucción, supresión u ocultamiento de elemento material probatorio.

Teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios, no plena prueba por cuanto esta solo se adquiere en la audiencia de juicio y como el destape probatorios según lo dispuesto en el artículo 337, 344 de la Ley 906 de 2004, este se realiza a partir de la audiencia de acusación, aportados por la Fiscalía y la defensa, dichas conductas punible la pena es superior a los cuatro (4) años para imponer medida de aseguramiento, con el agravante de que los implicados eran servidores públicos, por lo que con base en el principio de progresividad, la medida de aseguramiento se profirió en derecho.

Lo que dificultó la investigación fue el unir dos eventos: la muerte del Investigador del CTI José Darío Retrepo Barriga y la aprehensión por porte ilegal de armas.

De igual manera el artículo 332 de la citada ley, consagra 7 causales para solicitar a la Fiscalía la preclusión de la investigación, sin solicitud en tal sentido, por lo que no se sabe con qué propósito se dejó avanzar el proceso hasta la etapa de juicio, lo que



contribuyó con la prolongación de la libertad. Lo anterior por cuanto no solo es endilgarle la culpa al Juez, se debe también mirar la gestión de la defensa.

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

“Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.”⁸

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

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

⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas



elementos materiales probatorios es diferente a la que hace el Juez de Conocimiento para emitir fallo condenatorio o absolutorio. En este sentido menciona la Corte:

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

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

Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.⁹

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad¹⁰. Al respecto se ha mencionado:

“El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta “sospecha” en su contra. Mas adelante, para poder formular acusación, es necesaria la “probabilidad” de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido

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

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de octubre de 2019. Rad.: 53440. M. P.

Dra.:

Patricia Salazar Cuéllar



participación en él. Sólo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la “certeza” sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente pueden tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido.”¹¹

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el *sub examine* se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal.

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

Inexistencia de daño antijurídico en el caso concreto

La Fiscalía a raíz de los hechos investigados y con elementos materiales probatorios recaudados hasta ese momento, como ya se mencionó para soportar la imputación como elementos materiales probatorios, presentó: las versiones de los policiales que atendieron el caso, minutas de vigilancia del CAI de 8 y 9 de mayo de 2013, los informes de investigación de campo, los testimonios de los Investigadores: Rubén Montalvo Marrugo y Gonzalo Albarracín Gómez, entre otras y la naturaleza de los punibles imputados, los cuales tienen penas superiores a 4 años, cumpliéndose así el elemento objetivo, aunado al uso de arma de fuego, pistola 9 milímetros, sin desconocer el indicio de presencialidad, entre otras.

¹¹ Jauchen, Eduardo. Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2015. Pág.: 297 – 298.



Dicha situación se encuentra conforme con lo dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Política¹², autoriza la restricción del derecho a la libertad, o la internación en clínica por el delicado estado de salud, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

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

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

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.”¹³

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

¹² ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. INFORME No. 86/09 CASO 12.553 FONDO JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY 6 de agosto de 2009. Misma posición descrita en las siguientes decisiones: Corte I.D.H., Caso López Álvarez. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C N° 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C N° 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.



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

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”¹⁴

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

Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la Fiscalía, la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento¹⁴, por manera que, no es del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio* y *ab initio*, sobre la responsabilidad penal del imputado.

Lo que sí compete, inicialmente, al Juez de Garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación de imputación, actuaciones que inician a petición de la Fiscalía, como titular de la acción penal, la cual se sustenta en la información oportuna y

¹⁴ Artículo 250 C.P.



legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane.

La privación de la libertad se torna en antijurídica cuando el Estado queda en imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado, sin embargo, como aquí ocurrió lo contrario, el aquí demandante estaba en el deber jurídico de soportar la privación de la libertad. No obstante lo anterior, su absolución fue por duda, más no porque haya demostrado plenamente su inocencia.

Bajo el anterior contexto y conforme a los hechos descritos si bien es cierto el Juez de Control de Garantías impartió control de legalidad a la captura del demandante, formuló la imputación hecha por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento por dicho ente solicitada, tales decisiones se produjeron en un momento procesal en el cual el estándar probatorio exigido es el de una inferencia razonable de autoría o participación¹⁵

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.

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

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito¹⁶. Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que el estándar probatorio para imponer y revocar una medida de aseguramiento es básicamente “(...)la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa **que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serias, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.**”¹⁷ (Negrilla fuera de texto)

¹⁵ Ley 906 de 2004. Art. 286.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.



En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos elementos materiales probatorios que daban cuenta de las posibles conductas delictivas desarrolladas por parte de JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ, existió el informe de los investigadores, lo que permitió su vinculación al proceso penal, con base en los informes de los Policiales que participaron en dicha captura, que por la naturaleza de las conductas punibles imputadas por la Fiscalía hacían viable la medida de aseguramiento, por cuanto de los elementos materiales probatorios aportados dan cuenta de una eventual participación del aquí demandante en actividades al margen de la ley.

Aunado a esto también el Ente Acusador en su actividad investigativa recolectó elementos materiales probatorios elementos que le bastaban para llegar al grado de probabilidad sobre la ocurrencia de los hechos y la posible autoría de la aquí demandante, sobre todo tratándose de conductas que lesionaron el bien jurídico contra el patrimonio económico.

En cuanto a la medida de aseguramiento y la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, pertinente resulta recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-0023501(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona **a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

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

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de



su libertad mientras se adelante el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal¹⁸ (se subraya).

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

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

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

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

¹⁸ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



*“... la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la **antijuridicidad del daño**, como elemento que da derecho a la reparación, **no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia**”.* (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente No. 66001-23-31-0002010-00235 01 (46.947), actor Martha Lucía Ríos Cortés y otros, demandado La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación).

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

“Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento.”¹⁹

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

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

“Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de

¹⁹ Suárez Ramírez José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano. Bogotá. Editorial Ibáñez. 2018. Pág.: 15.



alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.”²⁰

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

“Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).”²¹

Así, es claro que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías se fundaron en la **inferencia razonable** a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes

En consecuencia, el Juez de Control de Garantías impuso medida de aseguramiento a imponer, atendiendo los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, adoptar medidas especiales de salud en lugar de la restricción al derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los elementos materiales probatorios, que permitían, **bajo una inferencia razonable**, luego de analizar el informe de captura en flagrancia y la sustancia alucinógena incautada, determinó que el imputado podría ser autor o partícipe de las conductas delictivas por las cuales se le investigaba más aun

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.



tratándose de delitos o conductas de tal trascendencia que atentaban contra el patrimonio económico de varias personas.

En palabras de la Corte Constitucional:

“El juicio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que incorpora exigencias básicas de racionalidad medios – fines, así como una exigencia de justificación de la actividad estatal cuando esta restringe los derechos fundamentales de las personas. La proporcionalidad (...) es un criterio de interpretación constitucional que pretende impedir los excesos o defectos en el ejercicio del poder público, como una forma específica de protección o de realización de los derechos y libertades individuales. El test o 6 Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.1993. Pag. 111. (“La teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad”). juicio de proporcionalidad, quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada. Estas etapas coinciden con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en los cuales la doctrina nacional y extranjera ha descompuesto el juicio de proporcionalidad”. (Sentencia C-575 de 2009).

En esta etapa procesal se desca que el legislador otorga la posibilidad a la defensa con base en lo dispuesto en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, se solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento, en este caso fue internación en Centro Psiquiátrico, pero la defensa consintió con la medida.

Además, la misma ley prevé la posibilidad de demostrar una de las 7 causales para solicitar a través de la Fiscalía la preclusión de la investigación, con base en las 7 causales consagradas en el artículo 332 pero no se observa en el proceso actuación alguno en tal sentido.

Dada la condición mental de su defendido, la defensa no realizó gestión alguna para que fuese declarado inimputable, pudo haber instaurado una acción de tutela, un habeas corpus, prefiriendo esperar a la etapa de juicio, para obtener una sentencia absolutoria, lo que contribuyó a la prolongación de la libertad del aquí demandante.



De otra parte, el artículo 310 de la Ley 906 de 2004, respecto al peligro para la sociedad, señala:

“Artículo 310. Peligro para la comunidad. Para estimar si la libertad del imputado representa un peligro futuro para la seguridad de la comunidad, además de la gravedad y modalidad de la conducta punible y la pena imponible, el juez deberá valorar las siguientes circunstancias:

1. *La continuación de la actividad delictiva o su probable vinculación con organizaciones criminales.*
2. *El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos.*
3. *El hecho de estar disfrutando un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, por delito doloso o preterintencional.*
4. *La existencia de sentencias condenatorias vigentes por delito doloso o preterintencional.*
5. **Cuando se utilicen armas de fuego o armas blancas.**
6. *Cuando el punible sea por abuso sexual con menor de 14 años.*
7. *Cuando hagan parte o pertenezcan a un grupo de delincuencia organizada.*

En este contexto teniendo en cuenta que en el desarrollo de los hechos en los que el Teniente JAIME ANDRÉS GONZÁLEZ HINCAPIÉ estuvo presenten en los hechos, justifican la imposición de la medida de aseguramiento intramural.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

En este caso el Juzgado 8 Penal del Circuito con Función de Conocimiento mediante sentencia del 26 de febrero de 2018, en aplicación del principio *in dubio pro reo* emitió decisión absolutoria por duda, más no porque se haya demostrado la inocencia plena del aquí demandante, la cual fue confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior el 3 de agosto de 2018, En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU - 072 de 2018 manifestó:

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



permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

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

(...)

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

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

(...)

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



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

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria...**”²²*

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio. **En efecto la duda recayó sobre elementos objetivos del tipo, pero no se descartó la materialidad de la conducta desarrollada por la convocante.**

Culpa exclusiva de la víctima

En el presente caso es evidente que la causa determinante del daño que aquí se reclama es el resultado de la conducta del procesado la que dio lugar a que, por las omisiones en las que incurrió en ejercicio de sus funciones, dio lugar a fuera vinculado a un proceso penal, por lo que era necesario clarificar su situación jurídica, por cuanto en su contra se configuraba el indicio de presencialidad.

Además, una de las patrullas que hicieron presencia en el lugar de los hechos fue la integrada por el **Teniente Jaime Andrés Gonzales Hincapié**, el Intendente Edwin Fernández Agudelo y el Patrullero Oscar Alejandro Pinto Chávez, conductor de la panel en la que subieron a los retenidos , quienes hallaron un proveedor que

²² Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.r.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.



reportaron a la central de radio E14 y abusando de sus funciones privaron de manera ilegal de la libertad a José Darío Restrepo Barriga, quien posteriormente apareció ahorcado en el puente de la calle 26 con Caracas. En panel también estaba Omar Daniel Mateos Alarcón, y omitiendo actos propios de sus funciones, como reportar o informar las aprehensiones e indicar el motivo de esa retención, y la condiciones por las que después fue puesto en libertad.

En la riña que se presentó a eso de las 3.30 am, en la que estuvo presente el Teniente González Hincapié se escucha que hay una persona aprehendida por llevar consigo un proveedor y que la Central pide se ubique a la que lleva el arma, siendo asó, como luego se reporta la captura de otra persona, con un pistola y un proveedor.

Al solicitarle el Juzgado a dicho Teniente como Servidor Público, reportara el nombre de la persona retenida y aclare por que se mencionan dos capturados y luego uno solo, **pero, guardó silencio.**

La absolución por duda, en aplicación del principio in dubio pro reo, como aquí se ha referenciado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, considera que **“no se equipara con la inocencia del procesado, sino que simplemente no se llegó a un convencimiento más allá de toda duda”**, por lo que no se demostró plenamente su inocencia.

A partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, la culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos.

El Consejo de Estado con ponencia del Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancó sentencia del 2 de mayo de 2016, radicación 52001233100020020157302 NI 3830: Edgar Ricardo Chávez Zambrano y otros. Demandadas: Nación - Rama Judicial General de la Nación, en esta materia respecto a la culpa de servidor público, ha ex

“En el sub lite, se observa que la conducta del señor Edgar Ricardo Chávez Zambrano fue determinante en la producción del daño, pues se demostró que la imposición de la medida de aseguramiento se produjo como consecuencia directa del incumplimiento a título de culpa grave de los deberes que tenía a su cargo como servidor público, es decir, como Fiscal 40 Seccional de Sibundoy. El que esta conducta no haya generado responsabilidad penal no implica que sea irrelevante la solución del



problema jurídico planteado, lo que exige examinar los deberes que le eran exigibles en función del cargo que ejercía en el momento de los hechos”.

Siendo así las cosas, no se puede desconocer, que el aquí demandante fue sancionado disciplinariamente por estos hechos, lo que evidencia una conducta gravemente culposa.

Además, la responsabilidad directa de la víctima, fundamentada en su propia culpa, y por tal, estructurante de un eximente de responsabilidad a favor de la Rama Judicial, tiene su fundamento en el artículo 70 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que a tenor literal, reza:

“ARTICULO 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.”*

La Corte Constitucional, en el estudio hecho a la a través de la sentencia C – 037 de 1996, con respecto a la norma transcrita, manifestó:

“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”.

La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada exequible.” (Subrayado fuera del texto original.)



La tesis expuesta, ha tenido además como fundamento, fallos de la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado. Un ejemplo de ello, entre muchos otros, es el siguiente: *“Asimismo, y con el propósito de ampliar el espectro al que se ha hecho alusión anteriormente, la Sala [sentencia de 20 de febrero de 2008, exp. 15.980] precisó que el daño también puede llegar a configurarse en aquellos eventos en los cuales una persona privada de la libertad es absuelta por razones distintas a los supuestos consagrados por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal. En dicha oportunidad se declaró la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de una persona que fue absuelta porque se configuró la causal de justificación de estado de necesidad. Posteriormente, mediante sentencia de 26 de marzo de 2008 [exp. 16.902], la Sala sostuvo que las hipótesis previstas por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 ya derogado, mantienen vigencia para decidir la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad cuando quiera que se encuentre acreditada cualquiera de ellas. Puede concluirse, entonces, que en los eventos en los que se produce la exoneración de responsabilidad del sindicado a través de sentencia absolutoria o su equivalente, porque se demostró en el proceso que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, entre otros, la privación de la libertad se torna siempre injusta, pues no hay duda que la persona que permaneció privada de la libertad sufrió un daño el cual no estaba en la obligación de soportar, y que deberá ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política. Lo anterior, sin perjuicio de que el daño haya sido causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima, o en el evento de de que ésta no haya interpuesto los recursos de ley, pues en esos casos el Estado quedará exonerado de responsabilidad.”²³ (Subrayado fuera del texto original.)*

Postura Jurisprudencial que encuentra su reflejo en providencias anteriores, y que ha definido el Hecho de la Víctima, de la siguiente forma:

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

“... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple

²³ Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03813-01(17741). Fallo del 25 de marzo de 2010. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.



causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño....” (Sentencia del 25 de julio de 2002, Exp. 13744, Actor: Gloria Esther Noreña B).

Tesis sostenida por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, especificando su cabida, a la ocurrencia de los siguientes supuestos:

“... para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

-Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si el hecho del afectado es la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total. Por el contrario, si ese hecho no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal. Ahora bien, si la actuación de la víctima concurre con otra causa para la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Abril de 2005, C.P: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación No. 1994-00103).

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

Deficiencia probatoria



Como quiera que el Ente investigador, a la luz de lo dispuesto en los artículos 7 y 381, de la Ley 906 de 2004, se comprometió demostrar la responsabilidad del imputado más allá de toda duda, para imponer una sentencia de condena,

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

La formulación de imputación es definida por el legislador de la siguiente manera: “*La formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.*”²⁵

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

“De esta norma se desprende lo siguiente: (i) mientras el “juicio de imputación” le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez; (ii) a diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de una



hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada.²⁴

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

En el presente caso como ya se advirtió, el Ente Investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia, como lo precisa la sentencia absolutoria, por cuanto la absolución fue por duda, por cuanto la Fiscalía se había comprometido desde la formulación de la imputación a demostrar más allá de toda duda, la responsabilidad penal de la inculpada, por la deficiencia probatoria.

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

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

*“Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que **en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación. Precisamente por esta razón la acción penal, a diferencia de la civil, se***

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P.
Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.

En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.»²⁵ (negrilla fuera de texto)

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía incurrió en una deficiencia probatoria que conllevó a la absolución del aquí demandante. Lo que debía hacer la Fiscalía a través de sus representantes era realizar las respectivas labores de investigación para poder obtener material probatorio sólido y suficiente que permitirá al Juez de conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado: JAIME ANDRÉS GONZALEZ HINCAPIÉ situación que en el caso concreto no ocurrió. Debió apoyarse en otra clase de medios probatorios para poder desvirtuar la presunción de inocencia.

En conclusión: Como se observa en la sentencia absolutoria el Juez de Conocimiento reconoce que hubo un gran despliegue investigativo, sin embargo, muchas pruebas no pudieron ser controvertida en la audiencia de juicio oral.

El Ente acusador erradamente junto los hechos jurídicamente relevantes con los medios de prueba, impidiendo concretar o delinear correctamente el tema de la prueba.

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



Con la decisión en cita, cabe señalar que la Fiscalía tenía el deber ineludible de demostrar en primer lugar la participación del aquí demandante en los hechos contenidos en la acusación, pero acervo probatorio allegado por el Ente Acusador no tuvo la virtud para soportar una sentencia de condena.

Como la Fiscalía no ahondó en la investigación y surgieron dudas respecto a la responsabilidad, por lo que esta debió ser resuelta a favor del procesado, por lo que profirió sentencia absolutoria, en aplicación del principio in dubio pro reo, más no porque haya declarado la atipicidad de la conducta.

Por lo anterior se destaca que, la Fiscalía no aportó el documento espurio en la imputación del punible de falsedad ideológica en documento público y solo aportó pruebas de referencia.

En este contexto, advirtió el Juez en la sentencia absolutoria, que la teoría de la Fiscalía contiene vacíos e inconsistencias insuperables. Por su parte la Sala Penal del Tribunal indicó que la incuria del representante del Órgano de Persecución de ninguna manera puede las omisiones pueden ser utilizados en detrimento de las garantías fundamentales.

El Juzgado Expresó:

“Para concluir, no puede dejarse pasar la oportunidad, para indicar que lo oteado en este asunto no es más que un reflejo de la falta de compromiso con que algunos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación asumieron la función de titular de la acción penal, el producto del constante cambio de fiscales, el nombramiento de apoyos para quien adelantó la investigación y de apoyos para los apoyos, como aconteció en el sub examine.

(...)

Todo lo anterior dejó un sin número de preguntas sobre la materialización de los delitos materia de juzgamiento, que no fueron absueltas a lo largo del debate probatorio y por lo mismo marginaron al proceso de determinar con convicción, superando la duda razonable, si en verdad se privó de la libertad a José Darío Restrepo Barriga y si así fue, la misma era ilegal o se prolongó en el tiempo; si se suprimió, alteró u ocultó elemento material probatorio; si se omitió reportar la aprehensión; si se consignó información falaz en el informe de policía, de vigilancia de casos de captura en flagrancia y en el acta de incautación y si se indujo en error al ente fiscal, por tanto, las dudas que imperan al respecto, serán absueltas en favor de los acusados”.



Además, el Ente Investigador tenía el compromiso de demostrar:

Que, los Uniformados dijo el ente Fiscal, omitieron entregar y reportar el morral donde Restrepo Barriga (QEPD), llevaba un computador y otros elementos, de los cuales, sostuvo, se apropiaron y devolvieron cuando el Fiscal asumió el caso de Omar Daniel Mateus Alarcón efectuó el interrogatorio de este último, en curso del cual, comentó sobre la existencia del mismo.

Dicho caso fue reportado a la central de radio de la Policía, donde se alertaron varias patrullas del sector, entre ellas, la integrada por el Teniente Jaime Andrés González Hincapié, Intendente Edwin Fernández Agudelo y el Patrullero Oscar Alejandro Ponto Chávez, conductor de la panel, en la que subieron a los retenidos, quienes en términos del ente persecutor, abusando de su cargo, y calidad de servidores públicos, privaron de manera ilegal a José Darío Restrepo Barriga (QEPD), lo subieron al mismo vehículo donde llevaban a Omar Daniel Mateus Alarcón y omitieron reportar o informar la aprehensión del primero, quien 30 minutos después, apreció colgado de una correa en el puente ubicado en la avenida calle 26 con caracas.

Siendo así las cosas, las pruebas con la que la Fiscalía pretendió demostrar la conducta imputadas por el punible de porte de sustancia estupefaciente, más allá de toda duda, resultó insuficiente para colmar el estándar probatorio exigido por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena.

La Ley 906 de 2004 impone la carga a las partes de realizar este tipo de solicitudes. En tal sentido el artículo 357 consagra:

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

(...)

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

Conforme a lo anterior se colige que la Fiscalía siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma. De manera que siendo del Ente Acusador la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal con elementos materiales de prueba admisibles y con el poder suasorio suficiente, también al no cumplir con esta carga ni desarrollar de manera idónea la practica probatoria, se puede atribuir la responsabilidad a esta Institución, de no lograr probar sus propias pretensiones por los mismos errores en que incurrió.



Se puede evidenciar el desconocimiento del principio de progresividad den el caso concreto, pues antes de realizar los actos procesales de imputación, acusación y petición de condena en juico oral, la Fiscalía examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia. Es decir, no bastaba solamente con lo presentado en audiencia de imposición de medida de aseguramiento, sino de obtener elementos de prueba que llevaran no a una inferencia razonable sino a un conocimiento más allá de toda duda.

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

En el presente caso, es claro que, las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD, PONDERACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO al permitir la internación en establecimiento psiquiátrico al aquí demandante dado su grave estado de salud mental, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación del aquí demandante frente al delito de rebelión, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.



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

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

5.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

La parte actora solicita indemnización de perjuicios, morales para cada uno de los cuatro (4) grupos familiares de cada uno de los demandantes, así:

Para el grupo familiar de Jaime Andrés González Hincapié: \$92'149.210

Para el grupo familiar de Eduin Fernandez Agudelo \$216'055.920.

Para el grupo familiar de Jorge Eliecer Hernández Suárez \$245'724.525.

Para el grupo familiar de Cesar Eduardo Bolívar González \$138'243.920.

Por la presunta privación injusta de la libertad de la que fue objeto, los cuales no hay lugar a su reconocimiento, con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos.

Declaración extrajudicial para acreditar la convivencia entre Cesar Eduardo Bolívar González y Julieth Andrea Torres, no hay lugar a tener en cuenta dicha prueba, si se tiene en cuenta que esta suscrita por ellos mismos, para hacerla valer a su favor.



La Corte Constitucional al respecto ha expresado:

*“en materia probatoria frente a la unión marital de hecho la Corte Constitucional se ha pronunciado reiterativamente en relación a que no existe la tarifa legal de pruebas para acreditarla (Sentencia T -041 de 2012 MP Maria Victoria Calle y T – 667 de 2012 MP Adriana María Guillen), la declaración extrajudicial, único documento que obra en el expediente para efectos de corroborar la existencia de una unión de hecho entre el señor Ramirez Mendoza y Sugey Noriega Ramos, no edifica certeza en tal sentido, puesto que tal declaración no puede ser tenida en cuenta como testimonio extrajudicial que pueda ser objeto de ratificación judicial de conformidad con el Código General del Proceso (Artículo 222), **al no tener esta la característica esencial del testimonio, por no ser rendida por un tercero ajeno al interés del señor Noriega Ramos** (fue suscrita por ella misma), **aspecto que TORNA TAL DECLARACIÓN INVALIDA para acreditar la condición de compañera permanente, ya que al propia convocante estaría corroborando hechos en su beneficio, lo cual rompe la naturaleza de la prueba testimonial judicial y extrajudicial con fines judicial, conforme a la normatividad procesal. (Artículo 211 del Código General del Proceso)** (Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera, Subsección B, del 18 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista. Convocante Roimer Andrés Ramirez Mendoza. Otros. Radicación No. 2014 -01284.)*

Además, de la revisión de la demanda, en el acápite de pruebas no se evidencia que la parte haya dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso, por cuanto no obra prueba de haber radicado solicitud del proceso penal escaneado, siendo la oportunidad par acreditarlo la demanda, por lo dicha oportunidad se encuentra precluida.

Pruebas de la parte demandada

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

“CARGA DE LA PRUEBA - Naturaleza / CARGA DE LA PRUEBA - Regla de conducta del juez / CARGA DE LA PRUEBA - Principio de autorresponsabilidad El concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma



jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo. **En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. En los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, en que quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa.** (Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D.C., febrero cuatro (04) de dos mil diez (2010) Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720) Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS).

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

6.- ANEXOS



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

7.- NOTIFICACIONES

Ministerio Público: Procurador Judicial Administrativo, no asignado.

Apoderada de la parte actora: abogada: Robeiro de Jesús Franco, correo: rifrancoasociados@hotmail.com, celular: 320-4994108.

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

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: correo: proceosnacionales@defensajuridica.gov.co.

La Rama Judicial recibirá las notificaciones personales las recibirá en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7 - 96 Piso 8º. Tel. 3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. o en el buzón electrónico de notificaciones: Correo electrónico: notifdeaj@deaj.ramajudicial.gov.co o al mi correo institucional: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184.

Del Señor Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ

C.C. No 10'539.319 de Popayán.

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