DEAJALO21- 4156
Bogotá D. C., martes, 22 de junio de 2021.

Doctor
ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
Juez Sesenta y Ocho (38) Administrativo de Bogotá – Oralidad.
Sección Tercera.
E.S.D.

Referencia: 11001-33-43-038-2020-00282-00
Medio Control: Reparación Directa
Demandante: Jhon Alexander Maya Posada y Otros.
Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

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

1.- A LAS PRETENSIONES

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

2.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal adelantado contra JHON ALEXANDER MAYA POSADA, por los punibles de: concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmueble, radicado con el No: 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:

"[…] Su señoría, esta indagación nace en el año 2017, tras otro operativo que había realizado la unidad antinarcótico de Antioquia el pasado 14 de septiembre del año 2015 en esta localidad, donde fueron capturadas alrededor de 17 personas […] ellas ya han sido todas judicializadas, y en ese orden de ideas se reapertura otra indagación en el año 2017 mostrando el vínculo que se extendiera de esa organización, de las personas que retomaron la actividad de micro tráfico […] de estupefacientes en la modalidad de pequeñas dosis; y es así entonces que se inicia esa indagación y con un programa metodológico, como órdenes de vigilancia y seguimiento a personas y demás, se realizan entonces, también unos interrogatorios indiciados, es decir, a unas personas que han pertenecido o pertenecían al grupo delincuencial y entrevistas; entonces empieza la individualización e identificación de estas personas, conllevando consigo entonces a la plena identidad y actividad que estas personas habían desarrollado tras haberse culminado aquel operativo, y en ese orden de ideas, se presenta ante la Fiscalía […] un informe final, por así decirlo, de la indagación con el objeto de que este Fiscal solicite ante un Juez de Control de Garantías la expedición de órdenes de captura, y con fundamento en la expedición de esas órdenes de captura, ***la misma Policía Judicial le solicita, en aras de desarticular este grupo delincuencial dedicado al micro tráfico y tráfico de estupefacientes, se ordenen las diligencias de registro y allanamiento, en primer lugar con miras a hacer efectivas esas órdenes de captura y en segundo lugar, obtener elementos materiales probatorios y evidencia física […] es así que presentan para esta delegada como apoyo 14 órdenes de captura en contra de los siguientes ciudadanos […] John Alexander Amaya Posada como motivo fundante de esa solicitud de allanamiento y registro*** *[…]".19*

"[…] Como elemento material probatorio y evidencia física o información legalmente obtenida, se fundamentó esta orden en ese informe de investigador de campo de fecha 21 de julio de 2018, y es la solicitud que hace la Policía Judicial en cabeza de la SIJIN […] las razones de confiabilidad, ***se tiene en esta investigación interrogatorios, reconocimientos, entrevistas, diligencias de vigilancia y seguimiento a personas, vigilancia de casas****, que dan cuenta de la existencia de una organización criminal […]. En desarrollo del programa metodológico, se obtuvo información que da cuenta de la presencia de un grupo de personas integrante de la organización delincuencial conocida como* ***"El Salto" al servicio del grupo armado y organizado […] Clan del Golfo que delinquen en el Municipio de Salgar - Antioquia, dedicado a la distribución de sustancias estupefacientes y control de las plazas de vicio que existen en dicho municipio****, lo que motivó a que se solicitaran órdenes de captura. [*

Por estos hechos, la Fiscalía 153 Seccional - Antinarcóticos de Medellín - Antioquia, solicitó al Juez de Garantías orden de allanamiento contra la vivienda del señor Amaya Posada, solicitó la legalización del procedimiento de allanamiento y de la captura, e igualmente le imputó cargos por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

El 24 de julio de 2018, siendo aproximadamente las 3 de la madrugada cuando funcionarios de la Policía Judicial adscritos a la Seccional de Investigación Criminal de Antioquia - SIJIN, irrumpieron en la vivienda del señor John Alexander Amaya Posada, ubicada en la carrera 34 No. 38-30, Barrio la Habana del Municipio de Salgar – Antioquia, mientras él y su familia dormían.

Los Uniformados registraron la totalidad de la vivienda del señor Amaya Posada, sin hallar ningún tipo de elemento ilegal, como armas de fuego o sustancias estupefacientes; no obstante, los Agentes de la Policía Judicial hicieron efectiva Orden de Captura No. 192 del 20 de junio de 2018, expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Salgar – Antioquia en contra del aquí demandante John Alexander Amaya Posada, por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes; acto seguido, los Policiales procedieron a leerle sus derechos como persona capturada y lo dejaron a disposición de las autoridades judiciales. El trámite de las audiencias preliminares lo asumió la Fiscalía 153 Seccional Antinarcóticos de Medellín - Antioquia

El 24 de julio de 2018, previa solicitud de la Fiscalía 153 Seccional Antinarcóticos de Medellín - Antioquia, el Juzgado Promiscuo Municipal con Funciones de Control de Garantías de Salgar - Antioquia, dio inicio a las audiencias preliminares de legalización de allanamiento y legalización de captura del señor John Alexander Amaya Posada y otros capturados por los mismos delitos; en esta oportunidad,

La captura y allanamiento se materializó el 24 de julio de 2018 fundado en unas presuntas entrevistas realizadas por miembros de la Policía Judicial a seis (8) sujetos, cuyo contenido de la mismas, como pasará a apreciarse, se infiere claramente que las circunstancias allí expuestas, tienen un grado de similitud tal, que no se podría llegar a una conclusión diferente, sino solo a la considerar que se tratan de formatos modificados, de cara a la exactitud de la terminología utilizada la redacción y puntuación.

El 25 de julio 2018, se dio continuidad a las audiencias preliminares; en esta oportunidad la Fiscalía le imputó cargos al señor Jhon Alexander Amaya Posada por los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, bajo el verbo rector de vender y en calidad de autor, en concurso con destinación ilícita de bienes muebles o inmuebles, sin contar con ningún elemento material probatorio que diera cuenta que efectivamente se estaba frente a un traficante o expendedor de estupefacientes.

Con anterioridad la vivienda del aquí demandante ya había sido allanada el 24 de julio de 2017, sin hallarse ningún tipo de estupefaciente o elementos que lo vincularan con tales conductas típicas.

El 25 de julio de 2018, la Fiscal 153 Antinarcóticos de Medellín - Antioquia, solicitó ante la Juez de Control de Garantías, la imposición de medida de aseguramiento en centro carcelario contra el señor John Alexander Amaya Posada, con sustento en las mismas entrevistas, sin contar con alguna sustancia ilícita incautada, lo cual denota la ausencia de cuidado que debe tener todo Juez al momento de valorar las pruebas presentadas por la Fiscalía, no obstante, en este caso se avizora la ausencia de una lectura cuidadosa y detallada de las entrevistas presentadas, de las cuales se infiere a simple vista que se tratan de formatos modificados, esto acompasado con la falta de incautación de elemento estupefaciente.

El 14 de septiembre de 2018, luego de advertir el gran error que se venía cometiendo contra el señor John Alexander Amaya Posada, la Fiscalía 9 Seccional de Ciudad Bolívar - Antioquia radicó solicitud de preclusión de la investigación

El 16 de octubre de 2018, un mes y dos días después de haberse radicado la solicitud de preclusión, el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ciudad Bolívar - Antioquia decretó la preclusión de la investigación a favor del aquí demandante.

El 15 de octubre de 2020 se radicó solicitud de conciliación ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos de Medellín cuya audiencia se realizó el 10 de diciembre de 2020, ante el Despacho de la Procuraduría 32 Judicial II para Asuntos Administrativos de Medellín – Antioquia en la que se declaró fallida esta etapa.

Por estos hechos la aquí demandante permaneció privada de la libertad entre el 24 de julio de 2018 hasta el 17 de octubre de 2018, es decir, por, 2 meses y 23 días, por lo que la demandante considera que se le han causado perjuicios materiales, morales, a la salud, por la privación, por lesión a la honra, afectación de los derechos constitucionalmente protegidos, a él y a su grupo familiar por $1.522’267.132oo.

3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Inexistencia de antijuridicidad

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

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

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

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

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

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

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

Conforme a las pretensiones descritas, resulta pertinente destacar que la cláusula general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, del cual se puede concluir que para que se estructure la responsabilidad por parte del estado, debe existir un daño antijurídico y que este pueda ser atribuible a una Autoridad por acción u omisión[1].

En desarrollo del precepto constitucional citado, la Ley Estatuaria 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 perjuicios[2].

---

[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."

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 detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario**, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención**."*[3]

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

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

El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. ***En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada***

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

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

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

"*Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan*

[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.

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 fuera de texto).

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

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

---

[6] Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas
[7] Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas
[8] Ley 906 de 2004. Artículo 308

"*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*."[9]

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

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

"*Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que* ***la inmediación probatoria queda como***

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

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.”[10]

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad[11]. Al respecto se ha mencionado:

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

---

[10] Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas
[11] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de octubre de 2019. Rad.: 53440. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar
[12] Jauchen, Eduardo. Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2015. Pág.: 297 – 298.

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 liberta y posteriormente sea absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, se debe hacer por parte del Juez de la causa la verificación de los criterios arriba expuestos, pues tal como se manifestó por el Corte Constitucional, tanto la medida como la sentencia de fondo corresponden a dos escenarios diferentes donde no s ele puede exigir al Juez Penal el mismo criterio de valoración probatoria.

La sentencia C - 037 de 1996

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

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

La Sentencia SU - 072 de 2018.

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

El caso concreto:

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

La Fiscalía como soporte de la imputación presentada el 4 de junio de 2011, contra el aquí demandante y otros procesados anexó:

Para la imposición de la medida de aseguramiento contra el aquí demandante, el juez de garantías tuvo en cuenta entre los elementos materiales probatorios, entre otros: *Como elemento material probatorio y evidencia física o información legalmente obtenida, se fundamentó esta orden en ese informe de investigador de campo de fecha 21 de julio de 2018, y es la solicitud que hace la Policía Judicial en cabeza de la SIJIN […] las razones de confiabilidad,* ***se tiene en esta investigación interrogatorios, reconocimientos, entrevistas, diligencias de vigilancia y seguimiento a personas, vigilancia de casas****, que dan cuenta de la existencia de una organización criminal […]. En desarrollo del programa metodológico, se obtuvo información que da cuenta de la presencia de un grupo de personas integrante de la organización delincuencial conocida como* ***"El Salto" al servicio del grupo armado y organizado […] Clan del Golfo que delinquen en el Municipio de Salgar - Antioquia, dedicado a la distribución de sustancias estupefacientes y control de las plazas de vicio que existen en dicho municipio***

La captura y allanamiento se materializó el 24 de julio de 2018 fundado en las entrevistas realizadas por miembros de la Policía Judicial a seis (8) sujetos: Andrés Felipe Arredondo Restrepo, Carlos Andrés Sánchez Holguín, Darío Soto Mesa, Edison Alexander Ortíz Torres, Elkín de Jesús Amaya Londoño, Luis Felipe Soto González, quienes afirmaron conocer hace varios años "AL FLACO", de quien afirmaron que vive en el sector El Ranchito y lo vieron vendiendo estupefacientes en el sector de los Ranchitos y por el Parque de Salgar y en los bares, y le compraron bolsitas de marihuana a $10.000 y de basuco a $20.000, quienes además hicieron reconocimientos fotográficos, identificando a John Alexander Amaya Posada.

Es por lo anterior que el Juez de Garantías contaba con varios indicios que permitían suponer su posible participación en las conductas punibles endilgadas y cometidas en el municipio de Salgar. Antioquia, por lo que al aquí demandante se le impuso medida de aseguramiento intramural.

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

Inexistencia del daño antijurídico

Bajo el caso sub examine, se constata que al señor JOHN ALEXANDER AMAYA POSADA quí demandante, se le procesó por los delitos de: concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes y destinación ilícita de inmueble, la Fiscalía General de la Nación, a raíz de los hechos investigados y con elementos materiales probatorios recaudados hasta ese momento, tales como lo descrito por lo narrado por quienes participaron en la captura, solicitó medida de aseguramiento y el Juez con Función de Garantías accedió a dicha petición ordenando enviar de forma preventiva al procesado a establecimiento carcelario.

Dicha situación se encuentra conforme con los dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Política[13], autoriza la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

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

[13] 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**.

> " *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*."[14]

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

> "*No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.*
>
> *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*."[15]

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.

---

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

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

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 conocimiento[16], por manera que, no es del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio* y *ab initio,* sobre la responsabilidad penal del imputado.

Lo que sí compete, inicialmente, al Juez de Garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento,[17] actuaciones que inician a petición de la Fiscalía, como titular de la acción penal, la cual se sustenta en la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane.

Bajo el anterior contexto y conforme a los hechos descritos si bien es cierto el Juez de Control de Garantías impartió control de legalidad a la captura del demandante, formuló la imputación hecha por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento por dicho ente solicitada, tales decisiones se produjeron en un momento procesal en el cual el estándar probatorio exigido es el de una inferencia razonable de autoría o participación [18]

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

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

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito[19]. 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*

[16] Artículo 250 C.P.
[17] Artículos 275 y s.s. del C.P.P.
[18] Ley 906 de 2004. Art. 286.
[19] Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas

del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, ***sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado***."[20] (Negrilla fuera de texto)

En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos Elementos Materiales Probatorios (no plena prueba) que daban cuenta de la posible participación en los punibles de: concierto para delinquir, hurto agravado y calificado, porte ilegal de armas y secuestro simple, que se realizaba en el departamento de Santander - , según labores de investigación realizada por la SIJIN, aunado a lo anterior, existe el informe de captura en flagrancia, los informes de investigación de campo, en especial el INFORME DE INVESTIGACIÓN DEL 21 de julio de 2018, realizado por Policía Judicial en cabeza de la SIJIN en el que se evidencia la obtención de: **interrogatorios, reconocimientos, entrevistas, diligencias de vigilancia y seguimiento a personas, vigilancia de casas**, que dan cuenta de la existencia de una organización criminal y de la presencia de un grupo de personas integrante de la organización delincuencial conocida como **"El Salto" al servicio del grupo armado y organizado […] Clan del Golfo que delinquen en el Municipio de Salgar - Antioquia, dedicado a la distribución de sustancias estupefacientes y control de las plazas de vicio que existen en dicho municipio**.

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

Los fines constitucionales de la medida de aseguramiento – proporcionalidad

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

> "*Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii)*

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

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."[21]

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

"*Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).*"[22]

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

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

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

[21] Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.
[22] Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.

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 penal"*[23] *(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*

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

un desconocimiento de la misma, ***ya que, en la medida en que durante el proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad*** *sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.*

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

"… la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la ***antijuridicidad del daño****, como elemento que da derecho a la reparación,* **no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia".** (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente No, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), actor Martha Lucía Ríos Cortés y otros, demandado La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación).

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

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

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

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

> *En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, "pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras"*
>
> *Es decir, jurisprudencialmente la petición de la Fiscalía para la emisión de una sentencia absolutoria se constituye en un verdadero retiro de los cargos por parte de la Fiscalía ya que finalmente es la titular de la acción penal. (…)"* (Negrillas y subrayas fuera del texto)

En dichas condiciones, puede afirmarse que si bien los Jueces gozan de autonomía e independencia judicial para elegir las normas jurídicas aplicables al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en esta labor no les es dable apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, menos aún, desconocer las disposiciones constitucionales o legales, que rigen el procedimiento que orientan el proceso bajo cuya dirección adelantan, para el caso concreto la Ley 906 de 2004, que obliga al Juez Penal de Conocimiento a emitir una decisión favorable al procesado cuando no sea posible probar más allá de toda duda la responsabilidad del acusado, en atención además al principio de congruencia, en razón de la solicitud de preclusión elevada por el Ente Acusador, lo cual conlleva un efectivo desistimiento del ejercicio de la acción penal.

En consecuencia, el Juez de Control de Garantías al imponer la medida de aseguramiento, atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, restringir preventivamente el derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los Elementos Materiales Probatorios aportados por la Fiscalía (no como plena prueba), toda vez que, el destape probatorio se inicia con audiencia de acusación (art.344 Ley 906) y en este caso no se llegó a ella. Siendo así las cosas, las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una inferencia razonable de que el imputado podría ser autor o partícipe de la conducta delictiva por las cuales se le investiga, además, la pena de la conducta punible imputada es superior a cuatro (4) años, por lo que se cumplió uno de los requisitos

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

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

El Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Ciudad Bolívar – Antioquia, el 16 de octubre de 2018, un mes y dos días después de haberse radicado la solicitud de preclusión, el profirió sentencia de carácter absolutorio por preclusión. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU - 072 de 2018 manifestó:

> "*Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.*
>
> *La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, "no cometió el hecho"- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos.*
>
> *(…)*
> *En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial, en el cual la contradicción y la valoración de la prueba , se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.*

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

(…)

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

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

*""…Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equiparársele con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA** para que se dictara sentencia condenatoria…"*[24]

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio. En efecto, no se descartó la materialidad de la conducta,

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

solamente que, debido a la insuficiencia de la Fiscalía en la actividad probatoria, no se pudo llegar a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal.

Inexistencia de la mora judicial

Se duele la parte actora se duele por que la defensa radicó solicitud de preclusión el 14 de septiembre de 2018 y solo se resolvió el 16 de octubre de 2018, por lo que considera que con la demora se prolongó indebidamente la privación de su libertad, sin embargo pasa por alto las oportunidades que la ley de da a través del articulo 318 de la Ley 906 de 2004, para solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento y el articulo ibídem, el cual contiene 7 causales para solicitar la preclusión en cualquier estado del proceso, pero solo espero hasta la audiencia de juicio para que la solicitara la Fiscalía, más no a solicitud de la defensa y ello no contribuyó a prolongar la privación.

Además, teniendo en cuenta la congestión judicial que viene de años atrás no solo en la jurisdicción penal, por lo que teniendo en cuanta la fecha de radicación y la decisión de preclusión se adoptó dentro de un plazo razonable.

Al respecto es preciso tener en cuenta que según datos del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia hay un total de 5.295 despachos judiciales de diferentes especialidades y diferentes rangos y a 2017 el país contaba con un censo de 49.381.250 habitantes, lo que significa que en Colombia para ese año se registraba en promedio 10.95 jueces por cada 100.000 habitantes, cuando el estándar en internacional, determinado por varias organizaciones como la Organización de Estados para la Cooperación y Desarrollo OCDE, es aproximadamente 65 jueces por cada 100.000 habitantes25.

Además de las estadísticas antes referenciadas, no pude desconocerse que los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá y en general en todo el país, siempre han estado con una carga laboral muy alta por la desproporción que existe entre la cantidad de Despachos Judiciales y el desproporcionado creciente número de procesos nuevos que surgen, lo que da lugar a que la congestión judicial permanezca, razón por la cual el Consejo Superior de la Judicatura, según la asignación presupuestal asignada por el Ministerio de Hacienda, ha implementado medidas de descongestión

En informe estadístico publicado por el Diario El Tiempo, el 19 de marzo de 2020, el cual tituló:

> "*Al año, 20 % de casos judiciales quedan represados y suman congestión*

[25] www. Ramajudicial.go.co, Boletín justicia al día septiembre, octubre de 2017.

Hay 1,8 millones de casos pendientes. Apenas hay 11 jueces por cada 100 mil habitantes.

Desde los años 90, la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, pero la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento.

19 de marzo 2020 , 08:01 a. m.
Con cerca de un 20 por ciento de casos que no pueden ser evacuados el mismo año que llegan y se van rezagando, y un inventario de procesos que a 2019 llegaba a 1'884.088, la congestión es uno de los mayores problemas de la justicia en Colombia.

Las variables que influyen en esto son múltiples. Hernando Herrera Mercado, director de la Corporación Excelencia en la Justicia, explicó que el número de jueces de Colombia es una de las razones fundamentales de la congestión.

Y es que, con corte al 15 de febrero de este año, en Colombia había 5.488 jueces, entre jueces, magistrados de tribunal y de altas cortes, lo que significa que para los 50 millones de colombianos, la tasa es de 11 jueces por cada 100.000 habitantes. En comparación, la OCDE dice que el estándar óptimo es de 65 jueces por esa misma cantidad de personas.

Pero la poca cantidad de jueces no es la única razón de la congestión, dijo Herrera, quien agregó que "hay estudios que señalan que nuestro sistema procesal posee múltiples variables y posibilidades de interponer recursos ante el superior jerárquico en cada caso, lo cual hace que las actuaciones sean más demoradas. Un tercer aspecto es la alta litigiosidad, es decir, buscar resolver las controversias esencialmente mediante la vía judicial".

Y añadió que para superar este tema hay que trabajar en tener más jueces, pero también en aspectos como la seguridad jurídica.

Un aspecto es la alta litigiosidad, es decir, buscar resolver las controversias esencialmente mediante la vía judicial

Detrás del número de jueces está el presupuesto, que no ha crecido tanto como se ha pedido, "ese rezago se nota año tras año en el número de jueces y magistrados, que se necesitan muchos más, en inversiones también", dijo Diana Remolina, presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, órgano que administra los recursos de la Rama.

Remolina agregó que mientras que desde los 90 la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento.

En esto coincidió Hermens Darío Lara, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y presidente de la Corporación de Jueces y Magistrados de Colombia, quien dijo que debe haber dinero para invertir en la justicia pues, por ejemplo, dijo, los jueces penales del circuito de Bogotá siguen siendo la misma cantidad desde hace 20 años, pero la cantidad de procesos que conocen no son los mismos de hace dos décadas.

La Judicatura agregó que para mejorar la eficiencia también es importante la digitalización de todo el proceso, "la tecnificación de la justicia reduce tiempos y la hace más eficiente y ágil", apuntó Remolina.

En el proceso de digitalización han estado trabajando tanto las altas cortes como el Ministerio de Justicia, incluso de la mano del BID, pero el camino aún es largo y costoso. Según la presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, entre los análisis que han hecho tienen que el plan de digitalización de la justicia en Inglaterra costó unos 800 millones de dólares, y en Perú, dijo, ya llevan un inversión de 450 millones de dólares, por lo que calculan que todo la digitalización en Colombia puede costar entre 500 y 800 millones de dólares.

Ese rezago se nota año tras año en el número de jueces y magistrados, que se necesitan muchos más, en inversiones también

De otro lado, la ministra de Justicia, Margarita Cabello, indicó que también están trabajando en estrategias para impulsar la celeridad de los procesos y que en el marco de la reforma de la justicia y la ley estatutaria a la justicia –que están pendientes de ser radicadas en el Congreso– se plantean medidas para desjudicializar asuntos que pueden ser resueltos sin necesidad de la intervención de un juez.

Igualmente, dijo Cabello, se están fortaleciendo estrategias para aumentar el uso de métodos alternativos de solución de conflictos, lo que impacta en la reducción de los casos que terminan llegando a un despacho judicial.

No obstante, algunos no están tan de acuerdo con que la salida sea desjudicializar asuntos, o, como lo propone el borrador de reforma a la

justicia, darles a notarios, árbitros y conciliadores poderes jurisdiccionales, es decir de jueces, en algunos casos.

(En contexto: Las novedades que traería el nuevo intento por reformar la justicia)
El magistrado Lara consideró que esto que en lugar de "quitarle peso a la rama judicial" al entregarle asuntos a notarios, árbitros y demás, deberían crear jueces y no "volver esto un negocio al dárselo a particulares".

Por su lado, Álvaro Rojas, presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, dijo que esta propuesta establece que ellos recibirían esos poderes jurisdiccionales solo de forma excepcional y para casos en los que haya un mutuo acuerdo entre las partes, "lo que a mí me preocupa es el trámite del proyecto de acto legislativo, que no uno sabe ni qué entra ni qué sale del texto, pero las funciones que nos atribuyen las veo normales".

En todo caso, frente a una congestión judicial que cada día presiona más al sistema, que diariamente sigue recibiendo las necesidades jurídicas de los ciudadanos, varios de los expertos coinciden en que en la solución debe haber esfuerzos conjuntos en varios frentes.

Otro de los aspectos que dificultó los trámites judiciales es la transitoriedad de la vinculación laboral de funcionarios y empleados que hace que vencido el término del Acuerdo que crea la descongestión, los procesos vuelvan al juzgado de origen a hacer fila para continuar con su estudio, hasta tanto el Ministerio de Hacienda asigne presupuesto para continuar con la medida de descongestión y volver a realizar el reenvió de los procesos al juzgado de descongestión que lo venía conociendo, por lo que los procesos permanecen inactivos por más de un año, la alta rotación del personal que labora en los juzgados, por cuanto ellos buscan una mejor estabilidad laboral y a la reducción anual del presupuesto de la Rama, estos son algunos aspectos que contribuyen al incumplimiento de las metas y términos judiciales, circunstancias estas, no atribuibles al despacho o a sus funcionarios, por lo que considero que el retardo en su trámite, en este caso se encuentra justificada.

En este contexto, es evidente la congestión judicial que esta Rama del poder público es desproporcionada, como lo reseña la nota periodística, en el que retomando lo expresado por la Presidenta del Consejo Superior, el Periódico El Tiempo reseño: *"Remolina agregó que mientras que desde los 90 la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento*", lo que permite

concluir que la mora judicial en este caso se encuentra justificada.

En este contexto, no obstante, la decisión se adoptó dentro de un plazo razonable, y las anteriores estadísticas desvirtúan cualquier mora judicial.

Deficiencia probatoria

Tratándose de casos como el presente, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía es la titular de la acción penal (Art, 250 Constitución Política) y en consecuencia es esta institución a través de sus delegados quien tiene la faculta 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*." [26]

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***

[26] Ley 906 de 2004. Art. 286

> ***partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada***."[27]

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

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

> "*Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que* ***en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación****. Precisamente por esta razón* ***la acción penal****, a diferencia de la civil,* ***se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.***
>
> ***En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control 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*

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

ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas."[28] (negrilla fuera de texto)

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

Pero tal como se evidencia en este caso, la Fiscalía NO llevó a juicio elementos de convicción, que permitieran establecer la responsabilidad del aquí demandante.

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

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

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

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

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

[28] 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

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

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

Inexistencia de antijuridicidad a favor de la Rama Judicial

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

En el presente caso, es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable,** soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía **,** al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, los cuales daban cuenta de la posible participación del

convocante frente a los delitos de falsedad marcaria en concurso con utilización ilegal de uniformes e insignias y en concurso con peculado por aplicación oficial diferente, por lo que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del hoy demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

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

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

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

La parte actora solicita indemnización de perjuicios, materiales, morales y daño a la salud, respecto de los cuales no hay lugar a su reconocimiento, con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos.

Por lucro cesante reclama el demandante la suma $13'003.732, por concepto de lucro por los salarios dejados de percibir en oficios varios. Sin embargo, la parte actora no acredita estar cotizando o estar afiliado a salud y pensiones. Por las razones anteriormente expuestas no hay lugar a su reconocimiento por la Rama Judicial.

Por concepto de daño a salud, reclama el equivalente a 100 smlmv, para cada uno de los 5 integrantes de su grupo familiar, olvidando el actor que los perjuicios a la salud no se presumen, por lo que debe acreditarlos y no se evidencia con los anexos de la demanda.

Solicitud de perjuicios morales y a la vida de relación

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

Además de los perjuicios morales, de manera independiente reclama daños a la honra por el equivalente a 100 smlmv, daños a la privación por el equivalente a 100 smlmv, lo cuales ya se encuentran incluidos dentro de los perjuicios morales, por lo que no hay lugar a su reconocimiento.

Afectación de los derechos convencionales y constitucionalmente amparados.

Como quiera que la reparación a estos derechos es dispositiva, siempre que se evidencie que el daño fue antijurídico, que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, para evitar un doble pago y no obstante, estar relacionada con todo abuso o desbordamiento arbitrario del poder público que vulnere los derechos de los asociados y se materialice en daños antijurídicos genera un deber para el Estado de restituir, indemnizar, rehabilitar, satisfacer y adoptar garantías de no repetición, perjuicio en los que es necesario tener en cuenta la Resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, concerniente a los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", la cual ha sido acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, circunstancia que la vuelve jurídicamente vinculante en el ordenamiento interno, sin embargo, en este caso no tiene aplicación.

Finalmente, con todo respeto me permito expresar que con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios reclamados y se niegue la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda.

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

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

5.- ANEXOS

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

2.- Copia de la Resolución No 0986 del 5 de abril de 20212 con la que se nombra en provisionalidad al Doctor CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMIREZ como Director (E) de la División de Procesos, por el tiempo de la licencia no remunerada de la Dra. BELSY YOHANA PUENTES DUARTE

6.- NOTIFICACIONES

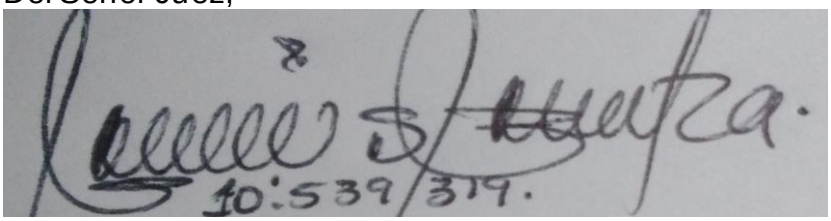
Ministerio Publico a través de la Procuradora 80 Delegada Administrativa Dra. Martha Leonor Ferreira Esparza: procjudadm80@procuraduría.gov.co.

Apoderado de la parte actora: abogado Jonathan Velásquez Sepúlveda, correo: www.legalgrup.co, teléfonos: (6) 3211812 – 3014549829 – 3174364677, correo electrónico: notificaciones@legalgroup.com.co y legalgroupespecialistas@gmail.com

Fiscalía General de la Nación: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.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.
Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co
Cel: 320-4685184.