



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

DOCTORA
DUNNIA MADYURI ZAPATA MACHADO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE QUIBDO
E. S. D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 27001333300420200000800
DEMANDANTE: OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

MARICEL RIVAS CORTES, mayor de edad, domiciliada en Quibdó, identificada con la cédula de ciudadanía número 26.328.674 de Istmina, con Tarjeta Profesional número 101.529 del CSJ., con sede o domicilio principal en la ciudad de Quibdó, calle 20 No 3-11, Primer Piso del Edificio de la Fiscalía General de la Nación, con sede en Quibdó, en mi condición de apoderada de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder que adjunto, otorgado por la Doctora SONIA MILENA TORRES CASTAÑO, Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación, según consta en la designada mediante oficio No 20181500002733 del 4 de abril de 2018, en los términos de la delegación efectuada por el señor Fiscal General de la Nación, mediante el artículo 8 de la resolución No 0-0303 del 20 de marzo de 2018, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me dirijo ante este Despacho para contestar la demanda presentada contra la Fiscalía mediante apoderado del señor **OSNEY PALACIOS PALACIOS**

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Con relación con los siete (7) hechos relatados en el libelo demandatorio, respetuosamente me permito manifestar, respecto de cada uno de ellos, que me atengo a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso de la referencia, siempre y cuando guarden relación con las pretensiones de la demanda y en tanto comprometan la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, Entidad que represento.

FRENTE AL CAPITULO DE LAS PRETENSIONES OBJECIÓN A LA CUANTIA

El demandante solicita dentro de las pretensiones de la demanda:

“PRIMERA: Que se declare la responsabilidad administrativa, patrimonial, extra patrimonial y solidaria de la NACIÓN, RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la privación injusta de la libertad que padeció OSNEY PALACIOS PALACIOS, comprendida desde el día 28 de NOVIEMBRE de 2014 hasta el día 29 de AGOSTO de 2015.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración a título de indemnización y/o reparación integral, se condene a las entidades demandadas a reconocer y pagar los daños y perjuicios materiales e inmateriales causados a mis mandantes...”

Respecto, de la cuantificación de los daños morales y alteración a las condiciones de existencia, supuestamente ocasionados a todos los demandantes, la cantidad solicitada está fuera de la realidad, y supera el monto establecido por el Honorable Consejo de Estado-, en especial la línea jurisprudencial que marca la Sección Tercera de esa Honorable Corporación, en relación con la tasación de los perjuicios morales en CUANTÍA MÁXIMA DE CIENTO (100) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES, y cuyo extremo se



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

encuentra en la providencia que con ponencia del Honorable Consejero doctor ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, el seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001), que varió la línea jurisprudencial.

Por lo anterior solicito a la Señora Juez, que de ser probada la responsabilidad estatal aquí pretendida se tasen a la justa proporción, y se tenga en cuenta la concurrencia de culpas.

FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Señor Juez, me opongo a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, con base en los argumentos que a continuación expongo:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Al respecto, fuerza señalar señora Juez, que en el sub judice no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de mi representada, por las siguientes razones:

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad, ni dilación injustificada del proceso del señor **OSNEY PALACIOS PALACIOS**

Es preciso recordar que la Fiscalía General de la Nación fue creada por inspiración constitucional, teniendo precisas funciones que cumplir, las que además se determinan entre otros ordenamientos en el estatuto procedimental penal.

En el derecho colombiano, la regla general consiste en que las obligaciones a cargo de la administración, como consecuencia del principio constitucional contenido en el Artículo 6.-, deben ser determinadas, especificadas por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo corresponda ejecutar.

En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación, en el caso en estudio, obró de conformidad con lo establecido en el Artículo 250 de la Carta, que para la época de los hechos señaló sus funciones, recordemos:

“...ARTICULO 250.- Modificado. A. L. 3/2002, art. 2º.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

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

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

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



La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

(...)

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.
5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación a los afectados con el delito.

(...)

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el fiscal general o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que sean favorables al procesado... (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La disposición antes transcrita se encuentra desarrollada tanto en la norma sustancial como en la de procedimiento Penal, el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, y demás normas concordantes y procedimentales vigentes para la época de los hechos. Veamos:

La ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 306:

"Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión.

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia".

Así mismo establece, en el artículo 308. "Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia".(negrillas fuera de texto)

Ajustándonos a la realidad de los hechos, en el sub judice se tiene, que la investigación en la cual se vio involucrado el aquí demandante señor **OSNEY PALACIOS PALACIOS**, surge a raíz de que: **"el día 27 de Noviembre de 2014, siendo las 15:05 horas en la calle 27 entre carreras 8 y 9 en la parte externa del**



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

centro penitenciario y carcelario Anayancy de esta localidad, se encontraba el patrullero OFFAR SANCHEZ RIVAS, quien se encontraba como patrulla judicial, por cuadrante de la policía nacional, cuando observa que un guardián del INPEC, desenfunda su arma de dotación tipo revolver y recoge una bolsa de color negra y trata de perseguir a un sujeto que vestía suéter de color amarillo y mocho, el patrullero se le acerca y se identifica como miembro de la sijin, le pregunta que pasa y este le señala y le dice que el joven que viste suéter de color amarillo y mocho que se estaba montando en la moto platino de color azul lanzo un paquete que tenía en las manos al interior de la cárcel anayancy y que este había rebotado en las mayas de seguridad de la parte superior de los muros de las instalaciones carcelarias, de inmediato OFFAR sale detrás de la persona descrita por el guardián del INPEC, CHRISTIAN MOSQUERA, sin perderlo de vista el cual cogió con dirección a la carrera 9 y cruzo por la calle 28 a la carrera 10 con dirección hacia la salida de profamilia, lugar donde lo intercepto, le piden que descienda de la moto y le solicitan una requisita en ese instante el rapimotero que lo transportaba emprende la huida, el patrullero llama a la central de la policía para que enviaran apoyo y cuando observa que el auxiliar del INPEC CHRISTIAN MOSQUERA, persona que segundos antes le había dado la información llega como apoyo a la captura por cuanto se encontraba a dos cuadras de distancia, por esta razón el sujeto fue conducido a la guardia del INPEC, en donde se abre la bolsa de color negra que fue arrojada a la cárcel por el señor identificado como OSNEY PALACIOS PALACIOS, encontrando en el interior del paquete una sustancia vegetal color verde que por su olor y características es similar a la marihuana, 1 celular marca NOKIA 1001, IMEI 355927/05/267883/1, color negro, una memoria para el mismo. 1 celular marca MOBILE, modelo K325, IMEI 338174051538602, color negro, 1 memoria para el mismo de 02 GB, 02 cargadores para teléfonos, al señor OSNEY le fue comunicado sus derechos como persona capturada y fue puesto a disposición de la Fiscalía URU en turno

La fiscal Tercera Local de apoyo URI, acudió ante la Juez Primera Penal Municipal, con funciones de control de garantías, donde se legalizo el procedimiento de incautación, el procedimiento de captura del señor OSNEY PALACIOS PALACIOS, se le formulo imputación, por considerar que existía una inferencia razonable de autoría por el delito de Fabricación, Tráfico o Porte de Estupefacientes, art. 376..."

La conducta del señor OSNEY PALACIOS PALACIOS, fue reprochable y ameritaba investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues se observa que con su actuar violentó preceptos jurídicos como son el ordenamiento penal. Frente a esta situación le asistía el deber a la Fiscalía General de la Nación, de realizar la investigación penal, para que el delito que fue consumado no quedara impune, lo anterior es ajustado a derecho y se colige que la Fiscalía General de la Nación en su actuar dentro de la investigación adelantada en contra del señor OSNEY PALACIOS PALACIOS, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.

Aquí es necesario remitimos nuevamente a lo previsto en el artículo 250.-de la C.P. Modificado por el A. L. 3/2002, art. 2º, el que establece como obligación de la Fiscalía la de "...realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio"

Así mismo, la Ley 906 de 2004, nuevo Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 306, que la Solicitud de imposición de medida de aseguramiento se hará por el fiscal al juez de control de garantías, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

Y a renglón seguido establece, la citada ley, la obligación del juez de control de garantías de emitir la decisión de imponer o no imponer la medida solicitada, una vez escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa.

Otro de los requisitos que ordena la Ley 906 de 2004, para legitimar la imposición de la medida de aseguramiento y dar validez a la respectiva audiencia, es la presencia del defensor. Requisitos todos que se reunieron en el presente caso.

Señora Juez, es conveniente señalar que de acuerdo a las normas antes citadas, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

En el presente caso, tal y como ya se indicó, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura del aquí demandante y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por otra parte, Señora Juez, aquí también es necesario tener en cuenta que para proferir tanto la medida de aseguramiento como la acusación no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria. Sobre la plena prueba de la responsabilidad, el autor Carlos A. Guzmán Díaz, en la obra Procedimiento Penal Aplicado expresa lo siguiente:

“Al decimos del artículo 215 (hoy 247) del C. de P.P. que para condenar se requiere **PLENA PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD**, nos está indicando entonces que ella debe ser fruto de la certeza y que, por tanto, no puede haber lugar a la probabilidad y menos a la duda, las cuales son incompatibles con la plena prueba.

Hay duda en general, cuando una proposición presenta motivos afirmativos y, a un mismo tiempo, motivos negativos. Si existe un predominio de los motivos negativos sobre los afirmativos, tendremos lo improbable; si existe igualdad entre las dos clases de motivos, tendremos lo creíble en sentido específico; si prevalecen los motivos afirmativos sobre los negativos, tendremos la probabilidad; si prevalecen únicamente motivos afirmativos, tendremos la certeza. Es así como la duda flota entre dos corrientes: lo creíble y lo probable

Por tanto, para condenar penalmente a una persona no es suficiente ni la sospecha, ni la duda, ni lo creíble ni lo probable, sino que es necesario e indispensable lo verdadero y lo real”.

Tratándose de la responsabilidad del acusado, la duda y lo creíble pueden subsistir como suficientes para ordenar su detención; lo creíble y lo probable pueden mantenerse como bastantes para llamarlo a responder en juicio criminal; (Resolución Acusatoria), pero ni lo dudoso ni lo creíble ni lo probable pueden servir para dictar en su contra sentencia condenatoria, pues para ello se requiere únicamente la certeza. De ahí que no todas las veces que una persona es llamada a responder en juicio criminal deba necesaria e indefectiblemente recibir una condena penal, pues bien puede ocurrir que la prueba allegada en su contra tenga fuerza para conducir a lo creíble y a lo probable, pero no para llegar a lo cierto o verdadero”.

Así las cosas, es de establecer y de aclarar Señora Juez, que el señor **OSNEY PALACIOS PALACIOS**, fue exonerado de responsabilidad en los cargos que le profirió la Fiscalía por el delito de **FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**, por el **JUEZ PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE QUIBDO - CHOCÓ**, mediante providencia del 25 de enero de 2019, lo cual no quiere decir que el señor **PALACIOS PALACIOS**, no haya cometido el delito por el cual se le investigó, y tampoco, ello constituye razón suficiente para concluir que por tal decisión la Fiscalía debe responder por el daño antijurídico causado al señor **OSNEY PALACIOS PALACIOS**, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.



Se debe tener en cuenta igualmente el reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de estado en sentencia de unificación del 15 de agosto del 2018 Magistrado Ponente doctor CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, en el sentido de aplicar el aforismo latino iura novit curia.

Teniendo en cuenta el análisis posterior que hace el JUEZ PRIMERO PENAL DE QUIBDO - CHOCÓ, mediante providencia del 7 de junio de 2018 (Audiencia de preclusión), dado que en la solicitud de medida de medida de aseguramiento el Juez de control de garantías no hace este análisis, porque los EMP, infieren una participación del demandante en el hecho que se le imputa.

La Fiscalía General de la Nación obró en cumplimiento de un deber legal, así mismo se presenta ausencia de nexos causal.

Señora Juez, para efectos del fallo correspondiente, es de tenerse en cuenta que para imputar responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, es preciso combinar unas circunstancias previstas en el marco legal Colombiano, fundamentalmente el Artículo 90 de la Carta Política, una acción o una omisión, donde participe activamente uno de sus agentes; un daño, como consecuencia de lo anterior, un nexo causal entre el hecho, la omisión y el daño; lo que en el sub iudice no se configura, ni mucho menos se prueba.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO A FAVOR DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

Actualmente existen antecedentes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado mediante los cuales se determinó que esta Entidad no es la llamada a responder por las medidas de aseguramiento privativas de la libertad que se decretaron dentro de la vigencia de la Ley 906 de 2004 entre estos tenemos:

- ❖ Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2015, exp. 38.524, C.P. HERNAN ANDRADE RINCON, en el que manifiesta al respecto.
- ❖ Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, exp. 40217, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.
- ❖ Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 26 de mayo de 2016, exp. 41573, C.P. HERNAN ANDRADE RINCON.
- ❖ Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 30 de junio de 2016, exp. 41604, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en el que manifiesta al respecto.
- ❖ Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42476, C.P. MARTA NUBIA VELASQUEZ.
- ❖ Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42555, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.
- ❖ Otro Pronunciamiento Realizado por el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 41608, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, respetuosamente me permito proponer las siguientes:

EXCEPCIONES:

PRIMERA- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:



Frente a la detención de acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la **Ley 906 de 2004**, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede **EXIMIDA** de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

SEGUNDA - AUSENCIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD DEL MISMO A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN:

El Honorable Consejo de Estado en Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá, D. C, veintinueve (29) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-25-000-1995-01119-01(21536) Actor: LUZ OFELIA JIMENEZ Y OTROS, Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA; RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, **no es posible reconocer el daño con una mera conjetura:**

“El daño, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se toma imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien, o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. En efecto, la antijuridicidad del daño es un requisito sine qua non de la responsabilidad del Estado, y además, el primer elemento en el análisis que debe hacer el juez contencioso para tal efecto” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Esta decantado por la jurisprudencia de la instancia de cierre de esta jurisdicción, que un requisito Sine qua non para que proceda la responsabilidad patrimonial del Estado, es la existencia de un daño antijurídico, y en el caso concreto la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, no está legitimada para responder por los daños presuntamente causados a los demandantes por ello se hace necesario esgrimir como excepción la ausencia del daño con el fin de resolver desfavorablemente las pretensiones de la demanda, pues si no hay daño antijurídico no hay lugar a reparación esto por cuanto además no todo daño implica necesariamente un perjuicio que se deba reclamar.

El artículo 90 de la Constitución Política literalmente indica:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Bajo esta premisa para que proceda el deber de responder patrimonialmente se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos constitucionales:

1. Daño antijurídico.
2. Imputabilidad del daño antijurídico al Estado.

En este sentido, el Doctor Enrique Gil Botero ha manifestado:

*“La objetivación del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, **el juez se ocupe***



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión.¹

De igual manera, como lo manifestó el tratadista en derecho Libardo Rodríguez para que el daño sea indemnizable se requiere:

"(...) El actor sólo debe acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el hecho causante del perjuicio²".

De esta manera, es necesario tener claro el concepto de daño antijurídico y la imputabilidad que se acepta por parte del Consejo de Estado, para lo cual se transliteran apartes de sentencias y de conceptos de procuradores delegados ante la precitada Corporación:

"El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución, ni en la Ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del Profesor Eduardo García Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

(...)

La imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)³.

Así las cosas, se puede observar que la Entidad, por el hecho de tener la titularidad de la acción penal, propendió a evitar que los presuntos infractores de la ley penal pudieran obstruir la justicia o que en su defecto representaran un peligro para la sociedad.

TERCERA - INEXISTENCIA DEL NEXO DE CAUSALIDAD

No hay nexo sustancial entre las partes con ocasión del presunto daño producido, es decir, la vinculación al proceso y privación de la libertad del convocante, pues estos hechos se dieron bajo la Ley 906 y como ya se explicó es el juez quien avala la imputación hecha por la Fiscalía y en consecuencia determina la viabilidad o no de imponer la medida de aseguramiento.

CUARTA - CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL

La Fiscalía General de la Nación, siempre obró conforme a sus obligaciones y funciones conferidas por la Constitución Política y las disposiciones tanto sustanciales como se ha venido explicando.

El fallo que decretó la PRECLUSION en favor de **OSNEY PALACIOS PALACIOS**, proferido por el Juzgado, significa el cumplimiento por parte de cada uno de los funcionarios que participó dentro del proceso de sus funciones contempladas en la Ley 906 de 2004. Se hace claridad sobre los roles que cumple la policía judicial, los fiscales y los jueces, así: 1. Se comienza el proceso con el conocimiento de la probable ocurrencia de una conducta delictiva y a la policía judicial le corresponde realizar "actos de indagación o investigación" (artículo 205 de la Ley 906 de 2004). 2. El resultado debe ponerse en conocimiento del fiscal que dirige la investigación, quien debe adelantar el plan metodológico, en el cual se deben establecer los objetivos de la investigación teniendo en cuenta la naturaleza de la "hipótesis delictiva". 3. Recolectadas las pruebas, se presenta

¹ Responsabilidad Extracontractual del Estado, Ed Temis, pág. 28, 2011.

² Derecho Administrativo General y colombiano, Ed Temis, pág. 625, 2013.

³ Concepto 12-23 Expediente: 270012331000200900079-01 Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, enero 30 de 2011.



formulación de imputación (artículo 286 de la Ley 906). En esta etapa es que se puede afirmar que inicia la investigación, en la cual, tanto la defensa como el fiscal recopilan pruebas. 4. Luego se presenta la acusación, etapa en la cual la defensa puede conocer las pruebas con las que cuenta la Fiscalía (artículos 339 y ss. de la Ley 906). 5. Se realizan los actos preparatorios del juicio oral con la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria (artículos 356 y ss. de la Ley 906). 6. Juicio Oral. Tal como se reconoce en esta sentencia, en la fase investigativa no puede hablarse propiamente de "pruebas", porque adquieren esta connotación sólo en el debate público. Por lo tanto, el juicio oral se constituye "en el centro de gravedad del proceso penal".

Hay que tener claro que el proceso penal contemplado en la Ley 906 de 2004, tiene una filosofía acusatoria diferente al anterior *"debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes involucra justamente las nociones de la duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación (...). Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de la responsabilidad penal"*⁴⁴

Por lo tanto, no puede pretenderse que el fiscal desde el comienzo del proceso pueda definir a ciencia cierta sobre la responsabilidad del investigado, porque existe un debate probatorio para tratar de establecer la verdad de los hechos y es al juez a quien le corresponde integrar todo el material probatorio y decidir según los principios de hermenéutica jurídica en materia penal, pues tanto es así que hasta en el juicio oral puede solicitar la absolución del investigado, tal y como sucedió en el caso que nos ocupa sin llegar a incurrir en falla alguna, toda vez que como se ha venido mencionado todos los procedimientos se hacen bajo la dirección, orientación y visto bueno del juez de garantías o de conocimiento según sea la etapa del proceso.

QUINTA – HECHO DE LA VICTIMA:

Quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar.

Está probado en el proceso que la investigación en la cual se vio involucrado el aquí demandante señor OSNEY PALACIOS PALACIOS, surge a partir de: ***"el día 27 de Noviembre de 2014, siendo las 15:05 horas en la calle 27 entre carreras 8 y 9 en la parte externa del centro penitenciario y carcelario Anayancy de esta localidad, se encontraba el patrullero OFFAR SANCHEZ RIVAS, quien se encontraba como patrulla judicial, por cuadrante de la policía nacional, cuando observa que un guardián del INPEC, desenfunda su arma de dotación tipo revolver y recoge una bolsa de color negra y trata de perseguir a un sujeto que vestía suéter de color amarillo y mocho, el patrullero se le acerca y se identifica como miembro de la sijn, le pregunta que pasa y este le señala y le dice que el joven que viste suéter de color amarillo y mocho que se estaba montando en la moto platino de color azul lanzo un paquete que tenía en las manos al interior de la cárcel anayancy y que este había rebotado en las mayas de seguridad de la parte superior de los muros de las instalaciones carcelarias, de inmediato OFFAR sale detrás de la persona descrita por el guardián del INPEC, CHRISTIAN MOSQUERA, sin perderlo de vista el cual cogió con dirección a la carrera 9 y cruzo por la calle 28 a la carrera 10 con dirección hacia la salida de profamilia, lugar donde lo intercepto, le piden que descienda de la moto y le solicitan una requisita en ese instante el rapimotero que lo transportaba emprende la huida, el patrullero llama a la central de la policía para que enviaran apoyo y cuando observa que el auxiliar del INPEC CHRISTIAN MOSQUERA, persona que segundos antes le había dado la información llega como apoyo a la captura por cuanto se encontraba a dos cuadras de distancia, por esta razón el sujeto fue conducido a la guardia del INPEC, en donde se abre la bolsa de color negra que fue arrojada a la cárcel por el señor identificado como OSNEY PALACIOS PALACIOS, encontrando en el interior del paquete una sustancia vegetal color verde que por su olor y características es similar a la marihuana, 1 celular marca NOKIA 1001, IMEI 355927/05/267883/1, color***

⁴⁴ PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013, página 57.



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

negro, una memoria para el mismo. 1 celular marca MOBILE, modelo K325, IMEI 338174051538602, color negro, 1 memoria para el mismo de 02 GB, 02 cargadores para teléfonos, al señor OSNEY le fue comunicado sus derechos como persona capturada y fue puesto a disposición de la Fiscalía URU en turno

La fiscal Tercera Local de apoyo URI, acudió ante la Juez Primera Penal Municipal, con funciones de control de garantías, donde se legalizo el procedimiento de incautación, el procedimiento de captura del señor OSNEY PALACIOS PALACIOS, se le formulo imputación, por considerar que existía una inferencia razonable de autoría por el delito de Fabricación, Tráfico o Porte de Estupefacientes, art. 376..."

Hay que considerar que el hoy demandante actuó con dolo civil y fue su propia actuación la causante del daño esto es de la privación de la libertad.

SEXTA – GENERICA: Se solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos facticos o jurídicos se determinen en el proceso.

Reitero: El Consejo de Estado en sentencia del 15 de agosto de 2018 proferida dentro del exp. No. 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en relación con el problema jurídico planteado, señaló:

"Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil⁵, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya Litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño. Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que

⁵ "La ley distingue tres especies de culpa o descuido. "Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. "El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. "Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. "El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

De la sentencia de unificación anterior, se deduce que sólo es posible imputar responsabilidad al Estado cuando la conducta de quien pretende el resarcimiento de perjuicios, está desprovista de dolo o culpa en los términos del art. 63 del Código Civil; por el contrario, si la actuación del privado de la libertad ha dado lugar a la imposición de la medida de aseguramiento, no será posible endilgar responsabilidad alguna al operador judicial”.

Para finalizar, la CORTE CONSTITUCIONAL, SENTENCIA SU-072, DE JULIO 15 DE 2018, tras el estudio de dos acciones de tutela presentadas en contra de fallos expedidos por el Consejo de Estado en procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, ratificó que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996, cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad.

Así que entonces, aun cuando se absuelva al demandante; Si se verifica la necesidad de la medida que restringe la libertad la privación, esta no es injusta y el Estado no debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria.

C. E SECCIÓN TERCERA, SENTENCIA 66001233100020100023501 (46947), AGOSTO 18 DE 2018. M. P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO.

En lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que la conducta investigada no constituyó hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a partir del artículo 90 de la Constitución, es decir, identificar la antijuridicidad del daño.

Además, el juez debe verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, bajo la óptica exclusiva del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la consecuente imposición de la medida de aseguramiento preventiva.

PRUEBAS

Con el propósito de que se hagan valer en el proceso, me permito entregar las siguientes, mismas que se encuentran en el proceso penal así:

- Oficio de fecha 27 de noviembre de 2014 firmado por OFFAR SANCHEZ RIVAS.
- Acta de derechos del capturado firmada por OSNEY PALACIOS PALACIOS
- Acta de incautación de elementos firmada por OSNEY PALACIOS Y OFFAR SANCHEZ
- Informe ejecutivo de fecha 27 de noviembre de 2014, suscrito por OFFAR SANCHEZ RIVAS
- Entrevista de CHRISTIAN MOSQUERA PARRA
- Informe de investigador de campo (prueba preliminar de identificación homologada) de fecha 27 de Noviembre de 2014. suscrita por VEYLIN YOWANDY TAVERA LUNA
- Registro decadactilar y fijación fotográfica de OSNEY PALACIOS PALACIOS
- Oficio N°. S-2014-683167 SIJIN – GRIAC 29.25 del 27 de Noviembre de 2014.
- Informe de campo de fecha 27 de Noviembre de 2014 firmado por CESAR MEJIA LINARES
- Formato Único de noticia criminal de fecha 28 de Noviembre de 2014



OSNEY PALACIOS PALACIOS Y OTROS
2020-80
JL 42158

En virtud de lo argumentado, no se evidencia la estructuración de responsabilidad por parte de la entidad que represento, por lo que solicito respetuosamente, sean negadas las súplicas de la demanda.

ANEXOS

Acompaño al presente memorial los siguientes:

- Poder para actuar y anexos.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la calle 20 No 3-11, Primer Piso del Edificio de la Fiscalía General de la Nación con sede en Quibdó Chocó. Correos para notificaciones judiciales: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co o jur.novedades@fiscalia.gov.co al correo electrónico institucional de la suscrita que es maricel.rivas@fiscalia.gov.co.

De la Señora Juez,

MARICEL RIVAS CORTES
C.C 26.328.674 de Isthina
T.P. 101.529 C.S. de la J.