

Señora
JUEZ SESENTA Y UNO (61) ADMINISTRATIVA DE BOGOTÁ, D.C.
E. S. D.

ACCIÓN : REPARACION DIRECTA
ACTOR : ALEXANDRA LOZANO VERGARA y Otros
EXPEDIENTE : 11001334306120200005700
DEMANDADA : NACIÓN -RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACION

JESÚS ANTONIO VALDERRAMA SILVA, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19'390.977 de Bogotá, D.C., con Tarjeta Profesional No. 83.468 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme al poder y anexos adjuntos, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA** y Otros.

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 13 de julio de 2020, por correo electrónico.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

- **CONFORME** a los *Hechos relevantes* de la demanda, descritos en los numerales **1.1.** a, **1.10**, **1.12**, y **1.22** (parte 2), los cuales encuentran sustento en los documentos anexos, particularmente, la copia del Acta de las Audiencias Preliminares concentradas de *Legalización de la Captura, Formulación de imputación y Abstención de imposición de la Medida de Aseguramiento* celebradas el 13 de agosto de 2014, el *Escrito de Acusación* presentado el 20 de febrero de 2015, adicionado posteriormente con solicitud de *Preclusión de la investigación*, el Acta de la Audiencia de Preclusión celebrada el 15 de noviembre de 2016, el auto proferido el 10 de febrero de 2017 por el Juzgado 9º Penal del Circuito de Conocimiento en el cual resuelve la *Preclusión parcial de la investigación*, y el auto de 23 de mayo de 2017 proferido por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante el cual en *segunda instancia* precluye por *atipicidad* a favor de la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA** y Otros la investigación penal adelantada en su contra por los delitos de *Peculado por Apropiación en favor de tercero, Falsedad Ideológica en Documento Público, Prevaricato por Acción y Prevaricato por Omisión*, en torno a los antecedentes y las circunstancias que motivaron su intervención en el proceso agrario de deslinde adelantado sobre el predio baldío denominado CIENAGA AMANZAGUAPOS o CIÉNAGA EL DIVIDIVI y CAÑO VILORIA, ubicados en el municipio de San Marcos – Departamento de Sucre, se desprende que:

1-. Los hechos que dieron origen al proceso penal contra la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA** y otros, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tuvieron su génesis en noviembre del año de 1993, cuando miembros del Comité Central de la Comunidad Campesina del predio “La Gloria”, solicitaron al entonces *Instituto Colombiano de Desarrollo Rural* (INCORA) iniciar el proceso de *deslinde* para amparar el derecho de *usufructo* sobre la ciénaga “*El DIVIDIVI*”, ubicada en el municipio de San Marcos – Departamento de Sucre, advirtiendo que en los dos (2) veranos pasados, cuando se secaba y, conforme al artículo 19 de la Ley 119 de 1919 y el Decreto 1963 de 1956, podían los pastos ser de uso común para todos los habitantes del sector, el Señor ADALBERTO JOSE BULA BULA, ganadero y vecino del lugar, propietario de la

Hacienda Mata de Corozo, cercó el sitio sin tener fundamento legal para ello, impidiendo su aprovechamiento por los pobladores de la región.

2-. A pesar de los diversos memoriales, oficios y quejas dirigidos al entonces Gerente Regional del INCORA del Departamento de Sucre, y luego al Coordinador del INCODER G.T. No.2, por parte del Presidente del Comité de Campesinos de "La Gloria" el 27 de enero de 1994, el Jefe del Área de Sampués el 31 de enero de 1994 y el Procurador Ambiental y Agrario de la Zona IV con sede en Sincelejo el 12 de abril de 1994, el 21 de septiembre de 1995 y el 29 de enero de 1996, al igual que la Procuradora Judicial II Ambiental y Agraria (E) el 9 de febrero de 2005, instando y coadyuvando la solicitud de información sobre la iniciación del proceso de deslinde con el anterior fin, con fundamento en la Ley 160 de 1994, reglamentada por el Decreto 2663 del mismo año, hasta el 9 de marzo de 2005 el Jefe de la Oficina de Enlace Territorial No. 2 Montería del *Instituto Colombiano de Desarrollo Rural*, en adelante INCODER, dispuso **avocar** el conocimiento del expediente de Deslinde de Tierras del predio rural denominado "Ciénaga El Dividivi" (el cual fue entregado por el INCORA mediante Acta del 6 de mayo de 2004), para lo cual dispuso la práctica de *inspección ocular* a los terrenos que conforman las ciénagas "AMANSAGUAPOS " y "CAÑO VILORIA", ubicadas en el municipio de San Marcos (Sucre).

3-. El 27 de marzo de 2006, de la inspección técnica realizada, se rindió un informe en el cual se recomienda que se debía hacer la delimitación y recuperar para el Estado las áreas que conforman el complejo cenagoso, predio baldío denominado CIENAGA AMANZAGUAPOS o CIÉNAGA DE DIVIDIVI y CAÑO VILORIA, indebidamente ocupados por el Señor ADALBERTO JOSE BULA BULA y otros terratenientes, quienes cercaron e impiden el aprovechamiento comunal o libre uso común del agua y la tierra.

4-. El Jefe de la Oficina de Enlace Territorial No. 2 INCODER Montería mediante **Resolución No. 174 de 28 de febrero de 2007**, con fundamento en el Capítulo IV del Decreto 2663 de 1994, ordena iniciar las diligencias administrativas tendientes a delimitar y deslindar la propiedad de los terrenos en mención, de los cuales se colige existen dos (2) expedientes, el No. 0030D y el No. 0021D, que se debían acumular en el primero, dado que los focos de aguas hacen parte del mismo complejo cenagoso, denominado "AMANSAGUAPOS". Para efectos de publicidad, se advierte en ella que será inscrita la decisión en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Sin embargo, no se da cuenta que los colindantes y demás interesados fueran notificados en la forma prevista en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

5-. El 12 de diciembre de 2007 el Subgerente de Ordenamiento Social de la Propiedad del INCODER dispuso enviar el expediente de Deslinde No. 0030D a la Unidad Nacional de Tierras, en adelante UNAT, para que avocara el conocimiento y continuara con el trámite, con fundamento en la Ley 1152 de 25 de julio 2007, la cual derogó la ley 160 de 1994.

6-. El 14 de agosto de 2008 la Subdirectora de Administración de Bienes rurales de la UNAT avocó el conocimiento del caso; no obstante, sin trámite alguno, hasta el 1º de julio de 2009 mediante auto dispone remitir el proceso al INCODER, para que continúe con el trámite, con base en la Sentencia C-175 de marzo 18 de 2009 que declaró inexecutable la Ley 1152 de 25 de julio 2007.

7-. El 23 de noviembre de 2009 el Director Regional del INCODER Sucre avocó el conocimiento, sin ningún trámite adicional.

8-. No obstante haber transcurridos 2 años, 9 meses y 13 días de la **Resolución No. 174**, la cual fue expedida el 28 de febrero de 2007, sin soportes o comunicación alguna aparente, tendiente a la notificación personal de los involucrados, de manera extemporánea aparece un documento de visitas de notificación personal los días 11, 12 y 13 de Diciembre de 2009 a personas que no aparecen mencionadas dentro del expediente y, respecto de otros, entre ellos el Señor ADALBERTO JOSE BULA BULA, una indicación que los mismos no fueron notificados, por lo cual

los funcionarios del INCODER sugieren que se haga por edicto emplazatorio, sin advertir que el mencionado habría sido notificado el 8 de marzo de 2007, fecha en la cual se inscribió la medida cautelar ordenada en el proceso, con base en el inciso 4º, artículo 44 del Código Contencioso Administrativo.

9-. La anterior circunstancia permitió que, en la reunión celebrada el 22 de enero de 2010 por el INCODER con los colindantes, ocupantes y demás personas que decían ser afectadas con la delimitación del predio “Ciénaga Amansaguapos” y “El Dividivi”, el Señor ADALBERTO JOSE BULA BULA, a través de apoderado, interpusiera el recurso de Reposición contra la **Resolución No. 174 de 28 de febrero de 2007**, alegando con escrituras ser el dueño de dichos predios, desde el año de 1935.

10-. El 7 de mayo de 2010 el Director del INCODER, sucursal Sucre, ordenó la inspección ocular y el levantamiento topográfico de los terrenos, labor que fue realizada mediante contrato de prestación de servicios No.499 de 10 de agosto de 2010, con un abogado y un topógrafo, quienes rindieron un informe irregular, no consistente con los parámetros descritos en el Decreto 2663 de 1994 y con la realidad, en el cual se consigna que en el terreno mencionado no hay ciénagas y, por lo tanto, no hay lugar al pretendido procedimiento de demarcación.

11 -. Teniendo como base el anterior informe, el Subgerente de Tierras Rurales del INCODER, con el apoyo del Director Técnico de Procesos Agrarios, no obstante conocer los pormenores jurídicos y técnicos del predio “Hacienda Mata de Corozo y del complejo cenagoso que rodeaba el mismo, el 27 de agosto de 2010 profirió la **Resolución No 2437 de 2010**, mediante la cual se declara que no hay lugar a decretar el deslinde de los terrenos que en parte conforman el área de la división denominada “AMANSAGUAPO”, de la hacienda “Mata de Corozo”, propiedad del Señor ADALBERTO JOSE BULA BULA y, por lo tanto, ordena cancelar las anotaciones, por cuenta de dicho proceso. Con ello, afectando no solo el interés de los solicitantes, sino el de toda una comunidad, en favor de unos pocos.

12-. Contra esta última decisión el 1º de diciembre de 2010 algunos de los afectados interpusieron el recurso de **Reposición**, por vicios en el procedimiento, falsa motivación e ilegalidad en el objeto.

13-. La Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA, entonces Subgerente de Tierras Rurales del INCODER, en lugar de resolver de plano, mediante auto del 20 de mayo de 2011, de manera previa ordenó la práctica de una nueva *inspección ocular* a los terrenos objeto de la controversia, sin fecha, lo cual enmendó el Director Técnico de Procesos Agrarios, sin facultad, señalando la fecha y los demás requisitos con el acompañamiento de un funcionario CORPOMOJANA para continuar con el trámite del proceso administrativo de deslinde.

14-. El 22 de junio de 2011 fue presentado el informe de la inspección ocular, donde se determina que el cuerpo acuífero de los terrenos de la causa administrativa se define como “**ciénaga**”, por lo cual el 5 de agosto de 2011 la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA, mediante **Resolución No. 01986**, dispuso reponer la **Resolución No 2437 de 2010** y continuar el trámite para delimitar y deslindar los terrenos que conforman la ciénaga de *AMANZA, GUAPO, CAÑO VILORIA y EL DIVIDIVI*.

Con base en lo expuesto, en el proceso penal adelantado, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, se desprende que a la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA se atribuyó que el 5 de agosto de 2011, como Subgerente de Tierras Rurales del INCODER, mediante **Resolución No. 01986**, dispuso reponer la **Resolución No 2437 de 2010** y continuar el trámite para delimitar y deslindar los terrenos que conforman la ciénaga de *AMANZA, GUAPO, CAÑO VILORIA y EL DIVIDIVI*; lo anterior, no obstante considerar que hubo falsedades, irregularidades y la violación flagrante al debido proceso, con claros fundamentos probatorios, por lo que en su

lugar debió decretar la **nulidad** de lo actuado y retrotraer el proceso al inicio, para garantizar así la participación de todas las partes interesadas en el deslinde los predios del Estado.

- **ME OPONGO** a los **Hechos relevantes** de la demanda, descritos en los numerales **1.14 a 1.17**, relativos a las circunstancias que rodearon la **captura** de la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA, sin avisarle antes sobre la existencia del proceso.

Lo anterior, porque según el Acta de la **Audiencia preliminar** celebrada el 24 de julio de 2014, la orden de **Captura** de la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA y otros fue impartida por el Señor Juez 21 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, con base en los elementos materiales probatorios aportados, con motivos fundados, para asegurar la comparecencia al proceso para realizar la formulación de imputación, con fundamento en el artículo 297 del C.P.P., modificado por el artículo 19 de la Ley 1142 de 2000,.

Según se aprecia, la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta, porque es viable su restricción por orden el Juez de Control de Garantías, como en los mecanismos de **CAPTURA**, previstos en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal vigentes.

Cabe señalar que, referente a la **CAPTURA** efectuada de la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, en el Acta de las diligencias preliminares, arriba en mención, a diferencia de otros de los involucrados en el proceso, no se observa que ella o su defensa técnica hubieran impugnado dicha medida, por lo cual se tiene que la misma fue **LEGAL**, al igual que la **formulación de imputación** por la Fiscalía General de la Nación, según lo declaró el Señor Juez 50 Penal con funciones de Control de Garantías durante la práctica de dichas diligencias; lo anterior, no obstante que el Señor Juez se **abstuvo de imponer la medida de aseguramiento no privativa de la libertad** solicitada por la Fiscalía, en su contra y otros, al considerar que no se sustentó la inferencia razonable para su imposición. Por lo cual dispuso su libertad inmediata.

Desde la anterior óptica, el **daño antijurídico** reclamado en la demanda por la **privación injusta de la libertad** del Señor **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, resulta **INEXISTENTE** a la luz de los criterios establecidos en la sentencia C-037 de 1996, la cual señala:

"...el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria. (Subrayo y resalto)

Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión del patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados." (Subrayo y resalto)

"... una falta por parte del administrador de justicia que conlleve responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art.228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez". . "(Subrayo y resalto)

Luego, sobre el anterior aspecto, no le es dable al actor predicar que hubo **error, falta o falla** en las actuaciones de la mi representada, en el proceso penal iniciado y adelantado su contra, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa.

- **CONFORME** a los **Hechos relevantes** de la demanda, descritos en los numerales **1.18 y 1.19**, los cuales encuentran sustento en los documentos anexos, la **legalidad** de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fue impartida el 13 de agosto de 2014 por el Señor Juez 50 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C., durante la realización de las **audiencias preliminares concentradas de legalización de la captura y formulación de imputación con Abstención de imponer medida de aseguramiento** en su contra y otros, por los delitos de **Peculado por Apropriación, Falsedad Ideológica en Documento Público, Prevaricato por Acción y Prevaricato por Omisión**, con base en los artículos 306 y ss. de la Ley 906 de 2004.

- **ME OPONGO** a los **Hechos relevantes** de la demanda, descritos en los numerales **1.20 a 1.22**, relativos a la prohibición a la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA de enajenar bienes sujetos a registro.

Lo anterior, porque dicha medida fue impuesta el 14 de agosto de 2014 por el Juez 50 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 del C.P. Penal, al efecto, librando la medida de restricción para venta de vehículos a la Secretaría Distrital de Movilidad y medida de restricción de venta de Inmuebles a las Oficinas de Instrumentos Públicos de Bogotá, en caso de poseerlos, por el término de seis (6) meses.

Así mismo, porque el hecho del levantamiento de la medida cautelar el 11 de mayo de 2016 por el Señor Juez 51 Penal Municipal de Control de Garantías, al igual que la elaboración y tramite de los oficios ante las autoridades respectivas, tampoco fueron actuaciones atribuibles a la Fiscalía General de la Nación.

- **ME OPONGO** a los **Hechos relevantes** de la demanda, descritos en los numerales **1.11. y 1.13**, referidos a la crítica de los cargos formulados en el **escrito de acusación** del 20 de abril de 2015 por la fiscalía General de la Nación en contra de la Señora ALEXANDRA LOZANO VARGAS, por los delitos **Peculado por Apropriación en favor de terceros, Falsedad Ideológica en Documento Público, Prevaricato por Acción y Prevaricato por Omisión**

Lo anterior, en primer término, porque **CONFORME** a los **Hechos relevantes** de la demanda, descritos en los numerales **1.1. a, 1.10, 1.12, y 1.22** (parte 2), que arriba analizo, en el presente caso se establece que en principio a la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA se atribuyó que el 5 de agosto de 2011, como Subgerente de Tierras Rurales del INCODER, mediante **Resolución No. 01986**, dispuso reponer la **Resolución No 2437 de 2010** y continuar el trámite para delimitar y deslindar los terrenos que conforman la ciénaga de **AMANZA, GUAPO, CAÑO VILORIA y EL DIVIDIVI**.

Lo anterior, no obstante considerar en dicha providencia, con claros fundamentos probatorios, que hubo falsedades, irregularidades y la violación flagrante al debido proceso, que favorecían a un tercero, por lo que se imponía decretar la **nulidad** de lo actuado y retrotraer el proceso al inicio, para garantizar así la participación de todas las partes afectadas, interesadas en el deslinde los predios del Estado, vale la pena señalar, sin que se conozcan hasta el momento el alcance y los resultados finales de dicha actuación.

Por otro aspecto, porque **CONFORME** a los **Hechos relevantes** de la demanda, descritos en los numerales **1.22** (parte 2) a **1.27**, los cuales encuentran sustento en los documentos anexos, particularmente, el Acta de la **Audiencia de Preclusión** de la investigación celebrada el 15 de noviembre de 2016, el auto proferido el 10 de febrero de 2017 por el Juzgado 9º Penal del Circuito de Conocimiento en el cual resuelve la **Preclusión parcial de la investigación**, y el auto de 23 de

mayo de 2017 proferido por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. en el presente caso se establece que en escrito de adición el día 21 de septiembre de 2016, el nuevo delegado de la Fiscalía General de la Nación, de manera autónoma y coadyuvado por las demás partes del proceso, solicitó la preclusión de la investigación a favor de la señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA y otros, invocando la Causal Cuarta del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004, por Atipicidad.

La anterior petición fue decidida por la Señora Juez 9 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C. quien, no obstante, resolvió en primera instancia, mediante Auto del 10 de febrero de 2017, precluir parcialmente la investigación en favor de varios de los enjuiciados, por los punibles de *falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación prevaricato por acción y prevaricato por omisión*; empero, señaló el juzgador que la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA y otros, pudieron haber cometido los delitos señalados, por lo cual negó en su favor la preclusión de la investigación solicitada, por considerar que, en calidad de Subgerente de Tierras Rurales, con otros dos funcionarios - al proyectar y proferir un Auto en el cual decretó de oficio la práctica de una nueva inspección ocular dentro del trámite del recurso de reposición contra la Resolución 2437 de 2010, contrariaron, en su criterio, los principios de debido proceso y celeridad; y adicionalmente señala que el recurso de reposición que se resolvió mediante la Resolución 1986 de 2011 era contra la Resolución 174 de 28 de febrero de 2007, que ya había quedado en firme, pese a que el recurso resuelto fue contra la Resolución 2437 de 27 de agosto de 2010, por lo cual concluye que el recurso se resolvió tres (3) años después.

La anterior decisión, la cual fue apelada por mi representada, no le es endilgable, como tampoco la decisión proferida el 23 de mayo de 2017 por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en segunda instancia, mediante la cual la revoca y, en su lugar, en favor de la señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA y otros, les precluye la investigación, por *atipicidad*.

Demuestra lo anterior que al momento de solicitar ante el Señor Juez de conocimiento la preclusión de la investigación en favor de la Señora ALEXANDRA LOZANO VERGARA y otros, mi representada obró conforme al principio de **Objetividad**.

Sobre el anterior aspecto, cabe señalar que la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, en decisión 32.685 de 2011, con ponencia del Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, al referirse a los extremos de la figura de la **congruencia** y el evento en que ésta se desestabiliza cuando se condena no obstante la solicitud de absolución por parte del fiscal, señaló que si bien el monopolio de la acción penal por mandato constitucional le corresponde al Estado por conducto de la Fiscalía General de la Nación, a través de sus funciones de investigación y acusación –Arts. 249 y ss. C.N-, subrayo y resalto **“...ello no implica que en la etapa de juzgamiento cuando el funcionario Delegado del ente instructor asume la calidad de sujeto procesal deba mantener inmodificable su inicial posición de acusador, si en su opinión finalmente colige que el procesado no cometió la conducta punible que se le atribuye, o que el hecho que se le imputa no es constitutivo de delito, es decir, si estima que el presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena no se halla satisfecho.”**

Conforme a lo anterior, es claro que las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación **NO** se encuentran encaminadas a que en todos los eventos se emita sentencia condenatoria.

Así lo manifestó el H. Consejo de Estado, en sentencia del 6 de diciembre de 2017, dentro del proceso 73001-23-00-000-2012-00327-01(53905), cuando consideró que si bien el ente acusador fue la autoridad que promovió la acción penal y recaudó los elementos materiales probatorios que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, ***“...no es menos cierto que sus funciones constitucionales y legales no se encuentran***

encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita condena, sino que las mismas, de conformidad con los artículo 250 de la Constitución Política y 66 de la Ley 906 de 2004, tienen como finalidad que se investiguen los supuestos que revisten las características de delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.”(destaco)

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

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

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

(…)

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

Ello, por cuanto, aunque esa nueva perspectiva del actuar de la fiscalía dentro de un proceso de partes implica de sus funcionarios una determinada actividad encaminada a demostrar la que se ha asumido particular teoría del caso, por virtud de lo cual ya no se hace imperativo el mandato de la Ley 600 de 2000, de investigación integral que busque allegar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, es lo cierto que su teoría del caso debe basarse en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar beneficio para el procesado, pues, resulta inaudito que se diga cubierto el cometido constitucional de la Fiscalía, solo porque, adoptada una particular perspectiva de los hechos, se obtuvo la sentencia condenatoria pretendida, aún reconociendo que esa óptica no se corresponde con la realidad. (Subrayo y resalto)

(…)

En suma, la adscripción de la Fiscalía a la rama judicial, encomendándosele como función constitucional la de administrar justicia, así como los imperativos legales de que debe actuar con objetividad y lealtad, determinan que si bien, instrumentalmente en ese órgano radica la obligación de acusar, ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados.”(Subrayo y resalto)

- **NO ME CONSTAN** los perjuicios materiales e inmateriales que arguye el actor le fueron ocasionados a sus mandantes con ocasión del proceso penal iniciado y adelantado contra la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tampoco sus relaciones efectivas, maritales y de parentesco; por lo tanto, respecto de estos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Se declare que la Nación - Fiscalía General de la Nación - Rama judicial- son responsables extracontractualmente del **daño antijurídico** ocasionado a los demandantes, por **error judicial** y **privación injusta de la libertad** de la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, del 12 al 16 de agosto de 2014, dentro del proceso penal CUI 11001600000201601504, el cual se inició y adelantó en su contra y otros, por los delitos de **Peculado por Apropiación, Falsedad Ideológica en Documento Público, Prevaricato por Acción y Prevaricato por Omisión**, respecto de los cuales el 23 de mayo de 2017 le fue precluida la investigación por la Sala Penal del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en segunda instancia, por *atipicidad*.

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

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

1. Inexistencia del daño antijurídico. Cumplimiento de un deber legal

Me opongo a las pretensiones de la demanda, porque en el presente caso no se demuestra el **daño antijurídico** ocasionado a los demandantes, por **falla del servicio** y **privación injusta de la libertad** de la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA** en el proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa.

Por el contrario, como arriba expongo, la **legalidad** de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fue impartida desde el inicio del proceso por el Señor Juez Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, durante la realización de las audiencias preliminares concentradas de *Legalización de la Captura, formulación de Imputación e imposición de la Medida de Aseguramiento de detención preventiva* al Señor **ALEXANDRA LOZANO VERGARA** y otros, por los delitos contra la Administración Pública.

Referente al concepto *daño antijurídico*, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dentro del Expediente con radicación 73001-23-31-000-2002-01099-01 (30.079), en Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014, señaló al respecto:

“(…)

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado,

como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)" (Resalto y subrayo)

En el caso de estudio, **NO** demuestra el actor que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos al Señor **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**.

Por el contrario, atendida las circunstancias procesales, se observa que las actuaciones de la mi representada estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, en especial, la Administración Pública.

Por lo tanto, en torno a la imposición de la medida de aseguramiento, **NO** se demuestra que **hubo un rompimiento de las cargas públicas de la Señor ALEXANDRA LOZANO VERGARA, más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.**

Luego, carece de fundamento la crítica del actor sobre las actuaciones cumplidas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION en el proceso penal adelantado contra la Señora **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, reitero, dado que **SÍ** tuvo mi representada inicialmente los **motivos fundados** suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico penal establecido, para la formulación de imputación y solicitud de la imposición de la medida de aseguramiento, por delitos contra la Administración Pública.

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

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

"(...)

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

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

únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación^{1/}.

En el presente caso, se debe apreciar y conceder que mi representada, dando cumplimiento al artículo 250 de la Constitución Política de 1991, cumplió su labor de investigar y acusar a los presuntos responsables del delitos denunciados.

Lo anterior, con base en los medios cognoscitivos que inicialmente tuvo a su alcance, solicitando igualmente a las autoridades judiciales competentes la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de las pruebas y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

2 - Falta de legitimación en la cusa por pasiva de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Acerca de la naturaleza de la detención preventiva, cabe reseñar que se trata de un acto eminentemente de **carácter jurisdiccional** y que su imposición solo es procedente para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

En efecto; la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-774 de 2001, al respecto ha explicado que la detención preventiva, la cual implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, con los fines arriba indicados, como su nombre lo indica, constituye un acto jurisdiccional de naturaleza perentoria, preventiva y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley consagran.

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

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

Por lo tanto, para su imposición NO es exigible tener **CERTEZA** sobre la responsabilidad del procesado, pues, como se comprende, de acuerdo con los parámetros de **gradualidad y progresividad** dentro de la investigación penal, dicho grado de convicción tan sólo es exigible al Juez al momento de dictar sentencia con carácter de condena.

Conviene señalar que en el **Sistema Penal Oral Acusatorio**, la facultad de postulación de la medida de aseguramiento por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es **limitada**, primer lugar, porque **NO** es una atribución que le sea **exclusiva** y, en segundo término, tampoco su solicitud es **suficiente** o **determinante** para que el Juez con función de Control de Garantías la imponga.

1. (pie de página de la cita) Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, El Poder Judicial, Madrid, Edit. Tecnos, 1986. P. 358

Prueba de lo anterior es que según el artículo 306 de la Ley 906 de 2004, **también la víctima o su apoderado pueden solicitar al Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que ésta no sea solicitada por el Fiscal.**

Incluso, dispone el citado artículo que “**...el juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición**”. (Subrayo y resalto)

Por lo tanto, las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **NO** son determinantes para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, **TAMPOCO** influyen la decisión del Juez de Control de Garantías quien, con base en los EMP o EV y la información legalmente obtenida, en todo momento decide de manera autónoma e independiente, por lo cual en el presente caso falta la relación sustancial o **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de mi representada, con el *daño antijurídico* reclamado en la presente demanda.

En el anterior sentido, recientemente el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, cuando al respecto expresó:

(...)

*A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal² establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.** Subrayo y resalto)*

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

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

² Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

"ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. "Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. "La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia" (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente".

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

En consecuencia, sostengo que las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en el sistema penal oral acusatorio, en principio no pueden ser consideradas como la **causa directa** en la producción del *daño antijurídico*, por privación injusta de la libertad, porque tal y como lo ha señalado el Honorable Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 18 de octubre de 2000, Radicado número: 11981; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Actor: María Celeny Zapata Zapata y otros, pues, con ello se estaría dando aplicación a la **“teoría de la equivalencia de las condiciones”**, la cual ha sido desechada por la doctrina y la jurisprudencia para establecer el nexo de causalidad, por su inaplicabilidad práctica, **“ ..pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito ”**.

Emerge de lo expuesto, que si bien la Fiscalía interviene en la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, carece dicha actuación eficiencia al momento de decidir.

Por ello, según la doctrina y la jurisprudencia, *“...Para suavizar este criterio -“teoría de la equivalencia de las condiciones”-, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada (subrayo y resalto), según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido(subrayo y resalto); esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante (subrayo y resalto) es la que ha podido producir el daño...”* (Nota original de la sentencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2a edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.)

En el anterior orden de ideas, en materia de responsabilidad extracontractual de mi representada, además del el daño y el hecho generador del mismo, se requiere establecer una causalidad **necesaria y eficiente** en sus actuaciones que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) de sus agentes.

No obstante, si no es posible encontrar esa relación mencionada, así haya falla, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Cabe destacar que en materia de relación causal la ley no establece presunciones legales respecto de las cuales, probado el hecho se pueda inferir la **causalidad adecuada**, tampoco fija los conocimientos del juez que sobre la realidad lo autorizan para deducir con certeza el **nexo de causalidad eficiente y determinante**.

Por lo tanto, el **nexo de causalidad** debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, lo anterior, de manera independiente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva.

Por lo expuesto, en el caso concreto no se demuestra alguno de los presupuestos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III) denominados *Error jurisdiccional (art. 67)* o *Privación injusta de la libertad (art. 68)* para atribuir responsabilidad administrativa en cabeza de mi representada, porque, como arriba se explica, en el sistema penal oral acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, de manera general, **la Fiscalía General de la Nación carece de facultad jurisdiccional dispositiva acerca de la libertad de las personas.**

En el anterior sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., mediante Sentencia de veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA

VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó:

“
(...)

De otro lado, la Sala advierte que el daño causado a los demandantes le es imputable a la Rama Judicial, pues fue esta la autoridad que, por conducto del Juzgado Cuarto Penal Municipal de San Andrés de Tumaco con funciones de control de garantías, le impuso medida de aseguramiento al señor John Carlos Peña Vizcaya.

En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002³ y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento⁴, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, prevé:

"Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito (...). Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

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

"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal⁵, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

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

En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la

³ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que "(...) En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la **función investigativa de la Fiscalía General de la Nación**, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) **instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica**; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (...)" (Se destaca).

⁴ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.

⁵ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde "[solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas".

Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem⁶.(Subrayo y resalto)

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal⁷ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.** Subrayo y resalto)

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

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

⁶ "ARTICULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda ja detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

"1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.

"2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

"3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

"La vigencia de esta orden está supeditada a la posibilidad de acceso al juez de control de garantías para obtenerla. Capturada la persona, será puesta a disposición de un juez de control de garantías inmediatamente o a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes para que efectúe la audiencia de control de legalidad a la orden y a la aprehensión".

⁷ Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

"ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

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

"La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia' (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente".

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

Así las cosas, sostengo la ausencia del **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y con el daño antijurídico reclamado en la demanda, pues en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **ES SOLO UNA PARTE EN EL PROCESO** y, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumple su funciones concentradas de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No puede, en cambio, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

El Señor Juez con funciones de Control de Garantías, por su parte, ejerce control de legalidad previo y posterior a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual se apoya en reglas jurídicas que deben establecer no sólo la legalidad, sino además la proporcionalidad, la razonabilidad, y la necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas. En efecto, le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, son o no **LEGALES**; por otro aspecto, si son o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si son o no **NECESARIAS** para alcanzar los fines propuestos y, finalmente, si el objetivo perseguido con la intervención compensaba los sacrificios que la medida comporta para el procesado y la sociedad, en especial, las víctimas del delito investigado.

De lo anterior surge que, actualmente, bajo el esquema del procedimiento penal oral acusatorio contemplado en la Ley 906 de 2004, **A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO LE INCUMBE DECIDIR SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PUES, SÓLO LE CORRESPONDE SU POSTULACIÓN ANTE AL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, INDICANDO LA PERSONA, EL DELITO, LOS ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO NECESARIOS PARA SUSTENTAR LA MEDIDA Y SU URGENCIA, LOS CUALES SE EVALÚAN EN AUDIENCIA, PERMITIENDO A LA DEFENSA EJERCER EL CONTRADICTORIO.**

Por lo tanto, de acuerdo con la ley procesal 906 de 2004, **NO ES LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN A ENTIDAD LLAMADA A RESPONDER EVENTUALMENTE CON SU PATRIMONIO, POR LA DETENCIÓN INJUSTA, CUYA INDEMNIZACIÓN RECLAMA EL ACTOR EN LA PRESENTE DEMANDA.**

Lo anterior, porque es el Señor Juez de Control de Garantías quien debe valorar, analizar y decidir las medidas en el curso del proceso, incluida aquella que dispone la privación de la libertad de las personas, labor esta que efectúa de manera autónoma, imparcial e independiente.

Valga señalar que los anteriores planteamientos fueron acogidos por el H. CONSEJO DE ESTADO desde la Sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. Doctor Hernán Andrade Rincón, al señalar:

(...) Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y

numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), **lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial,** (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada.

En efecto, con la expedición de la Ley 96 de 2004- Código de procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como es instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador- Fiscalía- la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal- ley 600 de 2000-.

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, **las decisiones que impliquen una privación de la libertad , son proferidas por los Jueces que tiene a sus cargo el conocimiento del proceso penal,** como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor

Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz, si bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy actor, cosa que sí le correspondía a la Rama judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, **no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva** por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz” (negrilla cursiva y subrayado fuera de texto)

El Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, MP. Doctora, MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, dentro del proceso 110013336714201400038-01, el 7 de Junio de 2017, mediante sentencia de segunda instancia, en un caso similar, sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiscalía General de la Nación, consideró:

“(…)

....La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, está llamada a prosperar. Premisa que encuentra fundamento central en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de emitirse la orden de captura y librar detención preventiva contra el señor HELBER PARDO PARDO, como quiera que al enlistar sus atribuciones, excluye la de proferir medida de aseguramiento y solo por excepción la de capturar, conforme decanto antes, y contrastada la realidad procesal del sub-lite, se tiene que la orden de captura del Señor ..., fue expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander, en cumplimiento de la cual, fue capturado por la policía judicial... y colocado a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander con Funciones de control de Garantías, autoridad que legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, que se prolongó hasta el 29 de mayo

de 2012, fecha en la que se profiere sentencia absolutoria a favor del señor ...y se ordena su libertad inmediata. Ello es, estuvo privado de la libertad por orden del Juez de Control de Garantías, por lapso de **7 meses y cinco días.**

De manera, que en el presente asunto **se tendrán por acreditados los hechos constitutivos de la excepción de “Falta de Legitimación por pasiva”; prosperando por tanto el medio exceptivo alegado por la Fiscalía General de la Nación...”**

Sobre este particular, en la exposición de motivos de la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, se señaló al respecto:

“De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.

Por ello, en el proyecto se instituye un conjunto de actuaciones que la Fiscalía debe someter a autorización judicial previa o a revisión posterior, con el fin de establecer límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal, mecanismos estos previstos de manera escalonada a lo largo de la actuación y encomendados a los jueces de control de garantías. (Subrayo y resalto).

Función deferida a los jueces penales municipales, quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la Fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior. (Subrayo y resalto).

El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o participe de la conducta que se indaga. (Subrayo y resalto).

De otra parte, armonizando la naturaleza de las medidas de aseguramiento con la filosofía que inspira el sistema acusatorio y acorde con la jurisprudencia constitucional, sobre la materia, su imposición queda supeditada a unos fines que justifican la restricción del derecho fundamental a la libertad. En consecuencia, no bastará con evidencias de las cuales se pueda inferir la autoría o participación en la comisión de un delito, sino que se torna indispensable que la privación de la libertad devenga necesaria en razón del pronóstico positivo que se elabore, a partir de tres premisas básicas: que el imputado estando en libertad pueda obstruir el curso de las investigaciones; que pueda darse la fuga; o que, por la naturaleza del hecho investigado, constituya un peligro para la sociedad o las víctimas del delito.” Exposición de motivos del Acto Legislativo 237 de 2002 – Cámara (Actual Acto Legislativo 02 de 2003). Gaceta del Congreso # 134 del 26 de abril de 2002.

La H. Corte Constitucional, sobre la institución del señor Juez Con funciones de Control de Garantías, en la Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, expresó:

(...) “En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la

Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos (subrayo). En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal (subrayo). En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. (subrayo y resalto).

Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...) (subrayo y resalto).

Valga referir las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido señaladas en la Sentencia C-144 proferida el 3 de marzo de 2010, así:

"... 24. Un desarrollo más detallado de los ingredientes descriptivos del procedimiento penal se encuentra en la sentencia C-396 de 2007, en la cual se señaló:

"Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:

"i) **Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento** (subrayo y resalto). Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...).

"ii) **El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos** (subrayo y resalto). Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...).

"iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

"iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

“v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

“vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso (subrayo y resalto)”.

25. Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico[25]. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixto[26], pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria[27]. Un sistema en el que se procura la separación clara entre la etapa de investigación y la del juicio, la sujeción a ciertos principios de actuación que pretenden asegurar las mejores condiciones para que la decisión que se adopte sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculcado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito (...).

Conforme a lo anterior, en el sistema penal oral acusatorio, bajo el esquema de la ley 906 de 2004, el rol de la Fiscalía General de la Nación es limitado y sus funciones son sustancialmente distintas a las señaladas en la Ley 600 de 2000, pues **CARECE** de **disposición** para afectar la libertad de las personas, y su facultad de postulación no es vinculante para el Juez de Control de garantías, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente, por lo cual es de la autoridad judicial de quien se debe pregonar la **reserva judicial** para restringir el fundamental derecho.

Con razón, dentro del actual procedimiento penal acusatorio se instituye de manera relevante la función del juez de control de garantías, como el principal garante de la protección judicial de la libertad y demás derechos fundamentales de quienes participan en el proceso, correspondiéndole el control del ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y demás derechos de los ciudadanos.

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a la Señora Juez despachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Primer Piso del Edificio Nuevo, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, y antonio.valderrama@fiscalia.gov.co . Cel. 3112502983

Del Señor Juez,



JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA
C. C. 19.390.977 Bogotá
T. P. 83.468 del C.S.J.
Contacto: Cel. 3112502983