

RV: 11001334306120210012500 / Contestación demanda FGN / JL 45141

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 05/10/2021 11:04

Para: Juzgado 61 Administrativo Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <jadmin61bta@notificacionesrj.gov.co>

 8 archivos adjuntos (3 MB)

JL-45141-CONTESTACION-LUZ DARY ALVARADO-PIL-906.pdf; 1 PODER DECRETO 806 DE 2020-LUZ DARY ALVARADO Y OTROS.msg; Anexos Poderes CR Res nombramiento, reubicacion y acta posesion CR.pdf; COORDINACION-DEFENSA JURIDICA.pdf; POSESION-EXPERTO SONIA.pdf; R. 0-0303 - Org interna Dir. Asuntos Juridicos.pdf; REPRESENTACION DIRECTORA MYRIAM.pdf; SPOA LUZ DARY ALVARADO.pdf;

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo siglo XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN
RJLP

De: Carlos Alberto Ramos Garzon <carlos.ramosg@fiscalia.gov.co>

Enviado: lunes, 4 de octubre de 2021 4:07 p. m.

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: n.camacho@grupojuridicoarce.org <n.camacho@grupojuridicoarce.org>; Notificaciones Direccion Ejecutiva Deaj <deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co>; Zully Maricela Ladino Roa <zmladino@procuraduria.gov.co>

Asunto: 11001334306120210012500 / Contestación demanda FGN / JL 45141

Doctora

EDITH ALARCÓN BERNAL

Juez 61 Administrativo Oral de Bogotá D.C.

E. S. D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
ACTOR: LUZ DARY ALVARADO y otros
EXPEDIENTE: 11001334306120210012500
DEMANDADA: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL
ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Respetada doctora:

CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente con la cédula de ciudadanía No. 80.901.561 de Bogotá D.C., y con Tarjeta Profesional No. 240.978 del Consejo Superior de la Judicatura, oJukubrando en mi condición de apoderado especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con forme al poder adjunto, por medio del presente y de manera oportuna, procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa y a través de apoderado instauran **LUZ DARY ALVARADO** y otros.

Informo a su señoría que el presente, con base en las previsiones del Decreto 806 de 2020 se envía a los demás sujetos procesales.

Cordialmente,

CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN

Profesional Especializado I

Dirección de Asuntos Jurídicos

Diagonal 22B No. 52-01, Bloque C, piso 3

5702000 - 4149000 Ext. 11639

Celular: 3105751914

carlos.ramosg@fiscalia.gov.co



NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido. NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.

Doctora
EDITH ALARCÓN BERNAL
Juez 61 Administrativo Oral de Bogotá D.C.
E. S. D.

ACCIÓN : **REPARACIÓN DIRECTA**
ACTOR : **LUZ DARY ALVARADO** y otros
EXPEDIENTE : **11001334306120210012500**
DEMANDADA : **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL**

ASUNTO : **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Respetada doctora:

CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente con la cédula de ciudadanía No. 80.901.561 de Bogotá D.C., y con Tarjeta Profesional No. 240.978 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con forme al poder adjunto, por medio del presente y de manera oportuna, procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa y a través de apoderado instauran **LUZ DARY ALVARADO** y otros.

1) OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La presente se contesta dentro de los términos establecidos en los artículos 172 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021; efectuándose la notificación electrónica a mí representada el 19/08/2021; disponiendo del término de la norma ibidem hasta el 04/10/2021.

En consecuencia, se radica la presente dentro de la debida oportunidad procesal.

2) A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

RESPECTO DE LOS HECHOS NARRADOS POR EL EXTREMO ACTIVO, SITUACIÓN FÁCTICA Y FIJACIÓN DEL LITIGIO:

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “1 y 2” Alusivos a las relaciones familiares no me constan, y me atengo a lo que resulte probado en el proceso.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “3 y 4” Alusivos a la situación fáctica que originó la investigación en contra de la accionante y otros, se tiene que son ciertos.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “5” Alusivos a las actuaciones adelantadas ante el Juez Promiscuo Municipal con funciones de Control de Garantías de Dos Quebradas, Villeta – Cundinamarca el 19/09/2015 donde se legalizó el allanamiento, se legalizó captura de varios detenidos, se imputaron cargos de CONCIERTO PARA DELINQUIR, HOMICIDIO AGRAVADO, TENTATIVA DE HOMICIDIO y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES y, se impuso medida de aseguramiento en centro de reclusión, se tiene que es cierto.

También se tiene por cierto, que esa SOLICITUD DE MEIDA DE ASEGURAMIENTO, nunca se cuestionó por parte del Juez, por el representante del Ministerio Público ni mucho menos por la defensa del hoy demandante

en punto, que la argumentación dada por el Fiscal para solicitarla no haya cumplido con los requisitos legales, o que haya sido arbitraria, caprichosa o irracional; **pues los cuestionamientos a esa imposición de medida de aseguramiento solo viene a hacerse ahora en sede administrativa** más nunca ante esa autoridad judicial a efectos de que evidenciara tan “evidente” error que señalan ahora en su escrito de demanda a efectos de procurar la real defensa penal de su prohijado y obtener un respeto y garantía efectiva de una medida impuesta por un Juez de control de garantías catalogada solo ahora y en este escenario como injusta.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “6” Alusivos al desarrollo de la audiencia de acusación adelantada el 11/05/2016 ante el Juzgado 1 Penal del Circuito de Cundinamarca, se tiene que son ciertos.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “7” Alusivos a que la hoy accionante recuera su libertad por vencimiento de términos el 30/09/2016 se tiene que es cierto. No obstante, esa situación acaeció por la inactividad en el inicio de la etapa de juicio una vez se imputó y acusó formalmente a la hoy accionante; la cual, no puede ser materialmente imputable a mí representada pues es una actuación única y exclusiva del Juez de Conocimiento.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “8” Alusivos a aplazamientos sin justa causa por parte de mí representada no me constan y me atengo a lo que resulte probado en el proceso.

Exalto a su señoría, que esas solicitudes obedecieron a circunstancias imprevisibles para el Fiscal del caso frente a sus testigos, en tanto, uno de ellos había fallecido y otros, presentaron manifestaciones contradictorias frente a los procesados. Situaciones estas que motivaron los aplazamientos en esas oportunidades y que, en ningún caso materializa un capricho o defectuoso funcionamiento por ese Delegado.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “9” Alusivos a la celebración de audiencias de juicio oral entre el 17 de octubre de 2017 al 04 de abril de 2019, se tiene que son ciertos.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “10” Alusivos a que el 1/04/2019 el Juzgado 1 Penal del Circuito Especializado con funciones de conocimiento de Cundinamarca profiere sentencia absolutoria y su argumentación, es parcialmente cierta.

No resulta acertado aseverar como lo indica el extremo activo que la absolución se da por atipicidad de la conducta, cuando, la sentencia en su contexto advierte otra motivación (Fl. 87 PDF 004. Pruebas) donde se advierte claramente que la referida se da por aplicación del in dubio pro reo sumado, a que fue con ocasión a la muerte de uno de los testigos y la contradicción de otros en sus relatos frente a los procesados que se profiere una absolución ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia y prevalencia de la DUDA lo que, motivó al propio Fiscal a solicitar una sentencia absolutoria.

Hecho este que estimo, debe hacer parte del debate probatorio y fijación de litigio.

RESPECTO DE LOS HECHOS DENOMINADOS “11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17” Alusivos a que el Estado ocasionó un daño antijurídico y que este debe ser calificado como antijurídico resarciendo los perjuicios materiales e inmateriales consecuencia de este, no me constan y debe ser objeto de fijación de litigio.

Sin embargo y no obstante lo anterior, manifiesto a su señoría que:

1. No le constan a mi representada y debe ser objeto de fijación de litigio y prueba, las relaciones familiares y de afecto entre los accionantes así como formación académica y desempeño profesional del accionante.

2. Tampoco le constan a mi representada los perjuicios de índole material e inmaterial, amén de que los mismos están por fuera de toda realidad y superan los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 660012331000200100731 01 (26.251), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
3. Tampoco le constan a mi representada las manifestaciones y señalamientos de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, privación injusta de la libertad, amén que la ABSOLUCIÓN se da por **la retractación, contradicción y muerte de varios de los testigos** lo que generó la prevalencia de la duda probatoria que no lograba desvirtuar la presunción de inocencia.
4. Finalmente, toda referencia en los hechos alusiva a errores de interpretación o suposiciones de un deber ser de funcionamiento por mi representada, tampoco me constan y deben ser probadas con base en el art. 167 del C.G.P., por la parte que lo alega sumado, que el hecho de que se obtenga una sentencia absolutoria por duda, dicha situación con base en sendos pronunciamientos del Consejo de Estado no resulta suficiente para declarar patrimonial y administrativamente responsable a la Nación.

3) LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Manifiesto mi oposición a todas las pretensiones de la demanda, y de una vez solicito a su señoría, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar, comoquiera que de la lectura de la demanda y de sus anexos, se evidencia que la parte demandante pretende el resarcimiento de daños que en su sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad de **LUZ DARY ALVARADO**, sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo como EXCEPCIONES PREVIAS, DE MÉRITO y FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO.

Adicionalmente, téngase en cuenta que en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues siendo una obligación del Estado, procurar la convivencia y coexistencia pacífica de sus asociados, una de las herramientas que tiene el Estado para asegurar esa coexistencia, es la posibilidad de investigar, conductas, asegurar a sus presuntos responsables, en el caso de que la que se investiga en ese momento, sea considerada como delito, hasta tanto o exista certeza de su comisión; por lo cual **al ser la detención preventiva una eventual carga a soportar, no hay lugar a reconocimiento de perjuicio alguno.**

En lo que concierne a la solicitud de condena por perjuicios materiales e inmateriales, debe indicarse que los mismos están por fuera de toda realidad, y de manera desproporcionada e injustificada desbordan los parámetros señalados por la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, especialmente los fijados a partir de la Sentencia de Unificación del 28 de Agosto de 2013, cuando para el efecto, no se otorga en la demanda una explicación que dé cuenta de la generación de esos perjuicios, ni siquiera para el directo afectado con la privación de la libertad, mucho menos, una prueba pertinente y conducente que conduzca a determinarlos. **Considerando que, tratándose de asuntos de indemnizaciones integrales, los principios generales del derecho daños prescriben que el propio daño o perjuicio derivado de este, sea fuente de enriquecimiento, por lo que, debe indemnizarse únicamente el daño y nada más que el daño.**

4) ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES

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

A. EXCEPCIONES DE MERITO Y ARGUMENTOS DE DEFENSA PARA DECIDIRSE EN SENTENCIA

Es menester resaltar a este Despacho, que, si bien el proceso administrativo de reparación no es una tercera instancia del proceso penal, lo allí sucedido, así como tiene injerencia y relevancia para el estudio de las responsabilidades estatales, también lo tiene para el estudio del comportamiento del demandante en el proceso penal, y así determinar o visualizar, **si su conducta tuvo o no injerencia en la consumación del hecho dañoso sobre el cual se pide reparación así como en los perjuicios solicitados. Es decir, si su actuar configura o no un eximente de responsabilidad liberador de responsabilidad a la Nación.**

En este orden encuentra el suscrito apoderado que en la presente Litis, se presenta lo siguiente:

I. INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Según lo prescribe el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de sus agentes, bien sea bajo los criterios de falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y su imputación, desde el ámbito fáctico y jurídico.

Referente al **daño antijurídico**, como presupuesto para declarar Responsabilidad del Estado, derivado de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal-, en vigencia de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

En este sentido, de manera general, ha señalado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que se aplica el régimen objetivo de responsabilidad, y se impone su declaración, en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor cuando, en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad, se determine que i) el hecho no existió, ii) el Sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica.

Adicionalmente, la Jurisprudencia de la H. Corporación ha ampliado dicha posibilidad, esto es, que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva, en aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño, aunque el mismo se derive de la aplicación del principio universal **in dubio pro reo**, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa, correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios.

No obstante, lo anterior, debe exaltarse al señor Juez, **que el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para Juzgar, no necesariamente para condenar y que este, también cumple su finalidad constitucional cuando absuelve o le precluye la investigación al sindicado; sumado, a que por el hecho de que mi representada no logre desvirtuar la presunción de inocencia, no logré probar su teoría del caso o simplemente agotado el debate probatorio solicite la absolución del imputado; no implica de manera automática que haya fallado en su deber misional de investigar las conductas denunciadas como punibles por no obtener una sentencia condenatoria.**

De conformidad con lo anterior es posible concluir en el caso sub examine, que la vinculación a la investigación y su posterior acusación se dio en el marco de lo previsto en art. 250 y 29 de la Constitución Política que señala, las funciones de la Fiscalía General de la Nación dentro de las cuales está:

“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. (...)

Por lo anterior, mi representada está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y 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 de este.**

De conformidad con el artículo 114 de la Ley 906 de 2004 las labores que ejerce la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal acusatorio están esencialmente concentradas al desarrollo de la labor investigativa del Estado la cual, se sirve de los organismos de policía judicial y se concreta en: (i) recolectar el material probatorio, la evidencia física y la información legalmente obtenida con el fin de sustentar sus acusaciones ante el Juez de Control de Garantías o de Conocimiento; (ii) formular la imputación penal; (iii) obtener las medidas precautelativas que resulten necesarias; (iv) formular acusación penal y (v) solicitar un fallo de culpabilidad en la mayoría de los casos.

Esta competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía General de la Nación a través de la fiscalía de conocimiento, adelantó la correspondiente investigación por el punible de **CONCIERTO PARA DELINQUIR, HOMICIDIO AGRAVADO, TENTATIVA DE HOMICIDIO Y FABRICACIÓN, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, ACCESORIOS, PARTES O MUNICIONES.**

Teniendo en cuenta que la pretensión va dirigida a que se declare el error judicial que se concretó en la privación injusta de la libertad y la correspondiente limitación de la libertad del hoy demandante, encuentra el suscrito apoderado que **los requisitos para la configuración del error judicial y de la privación injusta de la libertad no se encuentran configurados.** Es preciso señalar que la Ley 270 de 1996 dispone:

ERROR JUDICIAL:

“ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materilizado a través de una providencia contraria a la ley.”

El error jurisdiccional tiene dos presupuestos que están previstos en el artículo 67 de la Ley 270/96

“ARTICULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. *El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.*

2. *La providencia contentiva de error deberá estar en firme."*

De acuerdo con los anteriores presupuestos es preciso manifestar que el presente caso no se encuadra en los presupuestos del error judicial, teniendo en cuenta que **NO SE PRUEBA CON LA DOCUMENTAL ARRIMADA CON LA DEMANDA ¿Cuál fue el supuesto error de la providencia que impone la medida de aseguramiento?, pues las mismas no revisten una contrariedad expresa a la Ley.**

Téngase en cuenta, que para imponerse una medida de aseguramiento no se requiere una certeza absoluta de responsabilidad, **sino una inferencia razonable**, la cual resultó ACREDITADA en audiencia preliminar del 19/09/2015 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Dos Quebradas de Villeta – Cundinamarca quien impuso de manera razonada, motivada y proporcionada, medida aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario contra LUZ DARY ALVARADO:

- a) **En punto de la legalidad de la Captura:** En audiencia se impartió legalidad del procedimiento de captura al tenor de los Art. 297, 298, 302 y 303 de la Ley 906 de 2004. **DECISIÓN QUE NO FUE OBJETO DE RECURSOS POR LA DEFENSA DEL HOY ACCIONANTE.**
- b) **En punto de la imposición de Medida de Aseguramiento:** Se tiene que efectivamente el delegado de la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento conforme al artículo 306, 307 y 313 del C.P.P., considerando que la pena mínima era superior a 4 años y que en ese momento se cumplía con el requisito objetivo del artículo 313 num. 2 del C.P.P.¹. Del mismo modo fundamento la solicitud en la afectación de la multiplicidad de bienes jurídicamente tutelados.

¹ **ARTÍCULO 313. PROCEDENCIA DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.** <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. <Numeral modificado por el artículo 7 de la Ley 1826 de 2017. Rige a partir del 12 de julio de 2017, consultar en Legislación Anterior el texto vigente hasta esta fecha. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores, contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.

En el supuesto contemplado por el inciso anterior, se entenderá que la libertad del capturado representa peligro futuro para la sociedad en los términos de los artículos 308 y 310 de este código.

- c) Frente a esta solicitud de imposición de medida de aseguramiento el Juez Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, verificó que la petición cumple con los requisitos del artículo 306 del C. de P.P. Se tiene en cuenta para la imposición de la medida lo establecido en los artículos 27², 295³ y 296⁴ del C.P.P. así como lo establecido en el artículo 250⁵ de la Constitución Nacional.

Los medios de conocimiento puestos a disposición de la audiencia INFERÍAN DE MANERA RAZONABLE QUE EL DEMANDANTE, PODÍA SER COAUTOR DE LA CONDUCTA QUE SE IMPUTO.

Téngase en cuenta que esos elementos materiales probatorios puestos de presente se centraron en:

² **ARTÍCULO 27. MODULADORES DE LA ACTIVIDAD PROCESAL.** En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente a la justicia.

³ **ARTÍCULO 295. AFIRMACIÓN DE LA LIBERTAD.** Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

⁴ **ARTÍCULO 296. FINALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD.** La libertad personal podrá ser afectada dentro de la actuación cuando sea necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, o para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o para el cumplimiento de la pena.

⁵ **ARTÍCULO 250.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

IMPOSICIÓN DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO



A la hora de las 7:45 p.m., se instala la audiencia. Se otorga el uso de la palabra a la Fiscalía para fundamentar la petición. El representante del ente instructor solicita la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad prevista en el artículo 307 literal A Numeral 1º del C.P.P. en contra de CESAR ORLANDO SANCHEZ LEON identificado con C.C. No. 3.158.671; LUZ DARY ALVARADO identificada con C.C. No. 1.070.705.963; JOSE ROBINXON CASTAÑO VALLEJO identificado con C.C. No. 1.072.920.573; JOHN EDISSON CASTAÑO VALLEJO identificado con C.C. No. 1.072.922.065; WILSON DARIO TOBAR RODRÍGUEZ identificado con C.C. No. 3.159.195 y de JUAN ALFONSO GUERRERO CABALLERO c.c. 1.072.920.458, hace referencia a la situación fáctica objeto de investigación, donde se infiere que los aquí imputados hacen parte de una banda criminal. La Fiscalía establece que cuenta con los elementos materiales probatorios para acreditar la inferencia razonable requerida de conformidad con el artículo 308 del C.P.P. ya que su cumple con el numeral 1º ya que es posible que los imputados pueden obstruir la administración de justicia y la seguridad de la víctimas ya que la Fiscalía cuenta con testimonios de testigos en el que refieren que temen por su seguridad y por sus vidas. Se cumple con el requisito establecido en el artículo 310 del C.P.P. por la gravedad de la conducta punible, ya que es probable la vinculación de los autores a organizaciones criminales, la cual esta acredita mediante las entrevistas aportadas a la investigación. Hace referencia que la medida de aseguramiento es procedente por la gravedad de los delitos formulados. Hace referencia que el señor WILSON TOVAR tiene una anotación por sentencia condenatoria la cual ya está extinguida. Se reúne con el requisito previsto en el numeral 7º de la Ley 1760/2015 ya que se infiere que los imputados hacen parte de una organización criminal. Igualmente hace referencia a la no comparecencia al proceso por parte de los imputados por la gravedad de la conducta. Decreta un a las 8:29 p.m., con el fin de valorar los elementos materiales probatorios objeto de traslado.

- Se dieron los supuestos de los artículos 308, 309 y 310 por la gravedad de la conducta.
- Pena superior a 4 años por el concurso de delitos.

Ya adelantada la fase ultima de instrucción, acusado el accionante y dándose apertura a la etapa de juicio, tenemos:

FISCALIA⁴.- luego de hacer referencia a lo ofrecido en la teoría del caso, así como de las pruebas aportadas dentro del trámite del juicio oral refiere que se demostró la comisión del punible de homicidio agravado en concurso homogéneo y tentativa del mismo delito. Sin embargo, las pruebas ofrecidas para acreditar la responsabilidad penal de los acusados, no lograron cumplir con ese cometido. Siendo así que una de las testigos falleció, otra no suministró datos comprometedores en contra de los enjuiciados y dos que en pretérita oportunidad si hicieron manifestaciones en tal sentido, en juicio oral se retractaron de los señalamientos.

Así, pese a tener el señor Fiscal la convicción de que los enjuiciados si tuvieron participación en los hechos acaecidos, por las circunstancias referidas, procesalmente no se contó con el correspondiente soporte probatorio que diera la certeza para emitir fallo de condena.

En tal medida pide se profiera sentencia de carácter absolutorio en favor de los acusados.

No obstante, lo sucedido con la absolución, no tiene la fuerza jurídica suficiente para desvirtuar o derrotar los elementos materiales probatorios puestos de presentes al Juez de Control de Garantías para solicitar la imposición de una medida de aseguramiento.

Debe indicarse que la falencia probatoria, terminó por beneficiar al hoy demandante y ello NO implica de ninguna manera, un reconocimiento de responsabilidad en cabeza del Estado o reconocimiento de las pretensiones de la demanda, pues efectivamente, ese hecho no DESVIRTÚA que NO EXISTIERAN LOS INDICIOS NECESARIOS PARA LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y QUE NO SE HAYA CUMPLIDO CON LAS EXIGENCIAS LEGALES PARA SU IMPOSICIÓN. Por lo que, no se puede catalogar de injusta, desproporcionada o arbitraria la restricción de la libertad.

Sobre ese punto de las falencias probatorias que benefician al imputado, indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia proferida el 10 de agosto de 2015, dentro del proceso No. 54001233100020000183401 (30134), C. P. Jaime Orlando Santofimio, lo siguiente:

*“... cabe afirmar que las resoluciones con las que se definió la situación jurídica y se acusó a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, al contrastarlas con la que revocó ésta última, que precluyó la investigación fundada en el principio del in dubio pro reo, **revelan que las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria afectan la decisión de preclusión de la investigación, sin que esto haya afectado las primeras, en especial la resolución que ordenó la medida de aseguramiento de detención preventiva, ya que como lo sostiene la sentencia de la Corte Constitucional [C-106 de 1994](#) “una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal”, de tal manera que se cumple con el fin de la restricción permitida convencional y constitucionalmente, que se corrobora con una actuación judicial surtida en todas sus instancias, pero que fue deficiente en el recaudo y valoración probatoria por la***

segunda instancia ante la que se interpuso el recurso contra la resolución de acusación. Finalmente, las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria de la decisión que precluyó la investigación, no implica desvirtuar que la medida de aseguramiento impuesta cumplió con el valor convencional y constitucional de la justicia “como derecho que le es propio tanto a las víctimas de las conductas objeto de sanción penal, como a la sociedad en general, interesada en conservar el orden y la convivencia”. (Resaltado en negrillas por fuera de texto original).

Por lo que, tratándose según las pretensiones de un defectuoso funcionamiento por una aparente privación injusta, no puede dejarse de lado que el reproche o cuestionamiento sobre la injusticia de la medida adoptada legalmente por un Juez de Control de Garantías solo viene a hacerse ahora en sede administrativa y no en el escenario penal y procesal pertinente. Por lo que, en la presente causa y en caso de que se accedan a las pretensiones de la demanda, **se ruega a su señoría evalúe la concurrencia de culpas (Art. 2357 C.C.) con el proceder de la demandante y su apoderado en tanto, EL REPROCHE DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO Y SU PROLONGACIÓN EN EL TIEMPO SOLO VINO A EFECTUARSE AHORA EN SEDE ADMINISTRATIVA Y NO DENTRO DEL PROCESO PENAL UNA VEZ ESTA FUE IMPUESTA Y TAPOCO SE INTENTO SU MODIFICACIÓN O REVOCATORIA POR EL ACCIONANTE Y SU DEFENSA.**

Sin embargo, lo anterior, evidencia y prueba que efectivamente la Fiscalía cumplió con las exigencias legales y constitucionales para solicitar la medida de aseguramiento, **sin que los elementos materiales probatorios presentados en esa audiencia deban mantenerse incólumes durante todo el proceso penal, pues precisamente, la certeza de responsabilidad para condenar, absolver o precluir el proceso solo se exige para la sentencia más no para solicitar la medida de aseguramiento.**

Enfatizo que la anterior circunstancia no torna per se en ilegales, arbitrarias o injustas las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en fase instructiva la cual, no puede ser catalogada como injusta por el simple hecho de que se obtenga un fallo absolutorio, ni puede volver en una obligación de resultado el proceder de mi representada por el hecho de no lograr desvirtuar la presunción de inocencia y obtener un fallo condenatorio.

Finalmente, exalto que los EMP y EF puesta de presente al Juez de control de garantías, inferían racional y proporcionalmente su cercanía o conocimiento de dicha organización, los cuales, **constituían indicios de OPORTUNIDAD**⁶ los cuales, ameritaban la vinculación razonable del demandante en el proceso dado el señalamiento contundente que hacia este se hizo.

Por otro lado, de acuerdo con la sentencia de Casación Penal, N° 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 esta se desestabiliza cuando se condena. 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.”**

En igual sentido, señaló que **“...la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación 28.961 del 29 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, expuso que, si la pretensión del Fiscal emanada en la formulación de acusación decae luego de practicadas las pruebas en juicio oral, no le queda**

⁶ Condición o calidad de la persona, la cual le facilita cometer el delito, callar información, mentir o encubrir.

más al juzgador que emitir un fallo de carácter absolutorio al presentarse una carencia jurídica de objeto.
(Subrayo y resalto)

POR LO TANTO, EN EL PRESENTE CASO, LA ABSOLUCIÓN SE FUNDAMENTÓ EN FALTA DEL PRESUPUESTO DE CERTEZA Y APLICACIÓN DEL IN DUBIO PRO REO QUE LA LEY EXIGE PARA PROFERIR UN FALLO DE CONDENA, REITERO, LA ANTERIOR CIRCUNSTANCIA, NO TORNA DE MANERA AUTOMÁTICA EN ILEGALES LAS ACTUACIONES DE MI REPRESENTADA, TAMPOCO APUNTA QUE LAS MISMAS FUERON ARBITRARIAS, CAPRICIOSAS O INJUSTAS.

Por el contrario, si las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se ajustaron al marco de la normatividad vigente al momento de la ocurrencia de los ellos, resultan infundadas las críticas de las actuaciones de mi representada, contenidas en la presente demanda, pues, es claro, que el *daño antijurídico* reclamado, entendido como aquel que el administrado no está en el deber de soportar, bajo el título de imputación *privación injusta de la libertad*, es inexistente, pues debe analizarse a la luz de los criterios contenidos de la **Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996**, donde se prescribe que:

(...)

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

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

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

En dicho sentido, **no puede pasarse por alto que la razonabilidad y proporcionalidad de la medida de aseguramiento no se mide – de acuerdo con la posición actual del Consejo de Estado-, en el hecho de que se obtenga una sentencia absolutoria o se precluya la investigación.** Por lo que, para abarcar la antijuricidad del daño de la medida restrictiva se no se estudia el resultado de la investigación sino los elementos considerados al momento de su imposición.

Sobre este punto, exáltese las consideraciones de las sentencias:

I. **CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. C.P.: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, N.I. 46947 DE 06/08/2020 (SENTENCIA DE REEMPLAZO MARTHA LUCÍA RÍOS CORTÉS vs FGN⁷):**

“(…) Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

*Como se advirtió en precedencia, el daño es el primer elemento que debe acreditarse en el análisis de imputación⁸, por cuanto constituye la causa de la reparación; no obstante, pese a su existencia, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, en las hipótesis en que **“existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”**⁹.(Negrilla fuera del texto)*

(…)

No obstante, si bien ambos códigos consagran distintos requisitos para la imposición de la medida de aseguramiento, puesto que la Ley 600 de 2000 exigía, en su artículo 356, la existencia de al menos 2 indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente recaudadas dentro del proceso para la imposición de la medida de detención preventiva, mientras que la Ley 906 de 2004 establece, en su artículo 308, que se “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 participe de la conducta delictiva que se investiga”, lo cierto es que, al analizar el material probatorio que obra en el expediente, se puede deducir que la Fiscalía no solo contaba con los elementos probatorios o indicios mínimos exigidos en el mencionado artículo 356 de la Ley 600 de 2000¹⁰, los cuales permitían inferir razonadamente la probable participación de la señora Martha Lucía Cortés en la comisión de los delitos investigados, sino que también se cumplían los

⁷ Caso este que motivó la sentencia de Unificación del 15/08/2018, C.P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

⁸ “El daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil” (Hinestrosa, Fernando: “Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa”, citado por HENAO, Juan Carlos: “El daño”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 36).

⁹ HENAO, Juan Carlos: Op. Cit., p. 38.

¹⁰ Artículo 356: “Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.

“Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.

“No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad” (resalta la Sala).

supuestos establecidos en los artículos 355¹¹ y 357¹² del mismo Código de Procedimiento Penal, en tanto que se cumplieran los fines de la referida medida de aseguramiento y los delitos imputados a la demandante –trata de personas y concierto para delinquir- tenían prevista una pena superior a los 4 años.

Al respecto, se precisa que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las etapas de indagación e investigación sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento y pueden ser, entre otros, “... armas, instrumentos, objetos, dineros, bienes, huellas, etc. (artículo 275), así como entrevistas, declaraciones de eventuales testigos o interrogatorios a indiciados o informes de investigadores de campo o de laboratorio”¹³

II. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, C.P.: MARÍA ADRIANA MARÍN, N.I. 57107, DE 19/06/2020 (Dte: HÉCTOR DANILO POVEDA ALVARADO vs FGN):

“(...) En ese sentido, la Corte Constitucional, al realizar el estudio del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sostuvo que no resultaba viable la reparación automática de perjuicios a favor de personas involucradas en procesos penales en los que se afectaron sus derechos a la libertad. (...)

Asimismo, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-072 de 201813, señaló que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establecía un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad, entonces, el juez será el que, en cada caso, deberá realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada, razonable y/o proporcionada.

(...)

Así las cosas, en todos los casos es necesario analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, luego, no basta probar la restricción de la libertad y posterior ausencia de condena.

En ese orden de ideas la imputación hecha por los demandantes a la Fiscalía General de la Nación será estudiada bajo un régimen de responsabilidad subjetivo, por lo que el carácter injusto de la privación de la libertad será analizado a la luz de los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de su libertad, de ahí que se tome

¹¹ Artículo 355 “La imposición de la medida de aseguramiento procederá 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”.

¹² Artículo 357. “Procedencia La medida de aseguramiento procede en los siguientes eventos:

1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años ...”.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 17 de noviembre de 2010, proceso 32173.

imperiosa la ponderación de las circunstancias que rodearon su imposición, a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir decisiones en tal sentido.

(...)

Ahora, la decisión del ente acusador de imponerle medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, como presunto partícipe del delito de tráfico de estupefacientes tuvo como sustento indicios graves de la responsabilidad del señor Poveda Alvarado, los cuales se construyeron a partir de los informes de policía judicial, su ratificación, la sustancia incautada, y el dictamen técnico de los peritos, quienes concluyeron que la sustancia correspondía a 5.290 gramos de cocaína.

Es decir, en el sub iudice se cumplieron los presupuestos de procedencia de la detención preventiva, por cuanto: (i) el delito descrito en el artículo 376 de la Ley 599 de 2000 tenía prevista una pena de prisión cuyo mínimo oscilaba entre 128 y 360 meses de prisión, y (ii) en contra del procesado existían dos graves indicios.”

Con base en lo anterior, en el caso de estudio, **NO SE ENCUENTRA DEMOSTRADO QUE HUBO NULIDADES O REVOCATORIAS DE LOS FUNDAMENTOS Y ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS EXPUESTOS PARA SOLICITAR LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, TAMPOCO** explica el demandante el concepto del incumplimiento o cumplimiento parcial del ordenamiento legal establecido, tampoco las normas aplicables para el caso concreto, o de lo que, en su criterio, debió ser un adecuado ejercicio de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación en el proceso adelantado contra **LUZ DARY ALVARADO**; en suma, **no se demuestra que la privación de su libertad, en razón DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO QUE LE FUE IMPUESTA POR EL JUEZ DE GARANTÍAS, NO FUE APROPIADA, NI RAZONADA, NI CONFORME A LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES ESTABLECIDOS.**

En efecto, no está probado con la documental aportada por el actor con la demanda, que hubo falta o *fallas del servicio de administración de justicia*, por falencias en la actividad probatoria durante la investigación, **TAMPOCO explica el demandante concepto de violación o trasgresión de las normas aplicables, o el incumplimiento de las obligaciones a cargo de mi representada.**

Por otro aspecto, referente al concepto de *imputación*, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III), reguló lo relacionado con la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:

- Error jurisdiccional (art. 67)
- Privación injusta de la libertad (art. 68).
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69).

En el caso concreto, no se demuestra alguno de los anteriores presupuestos para atribuir responsabilidad administrativa en cabeza de mi representada, en primer término, referente al *error jurisdiccional* y la *privación injusta de la libertad*, porque en el sistema penal oral acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, de manera general, la Fiscalía General de la Nación no tiene facultad jurisdiccional y, por tanto, reitero, carece de facultad dispositiva acerca de la libertad de las personas.

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

“(...)

*El **daño antijurídico** comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)" (Resalto y subrayo)*

Así las cosas, puede concluirse que en este caso no se configuran los elementos de un DAÑO ANTIJURÍDICO en lo respecta con la investigación adelantada por mi representada, pues el proceso penal es una carga pública que se atribuye a todos los asociados como un deber jurídico de soportar. Esta situación se fundamente en las apreciaciones del H. Consejo de Estado en sentencias de:

- Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C; C.P. Dr. **GUILLERMO SANCHEZ LUQUE**, del 26/09/2016, Rad.: **08001-23-31-000-2009-00305-01(43848)**, Pues es una carga pública que tiene el deber de soportar, así:

“Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, la sindicada fue escuchado en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrió Licette Elena Acevedo no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que ésta estaba en el deber jurídico de soportar.”

- Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 26/04/2017, C.P. **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**, expediente **73001-23-31-000-2008-00655-01(41326)**, donde indicó:

“La Sala observa de la interpretación de la demanda que los actores alegan como un segundo daño antijurídico, el haber tenido que soportar el proceso penal adelantado en contra [los señores] (...) como presuntos coautores de los delitos de fraude procesal en concurso con falso testimonio. En este sentido, la Sala recuerda que la carga de asumir un proceso penal por sí sola no constituye un daño antijurídico, por el contrario es sabido que esta es una carga pública que deben asumir todos los ciudadanos colombianos, salvo en aquellos casos en que de este hecho se deriven daños significativos que ameriten una indemnización por parte del Estado y no configuren meras molestias bagatelares. Al respecto, la Sala resalta que de la lectura de los hechos narrados en la demanda y los medios probatorios que obran en el plenario, esto es, las providencias anteriormente mencionadas y los interrogatorios de parte realizados a [los señores] no demuestran que la carga procesal de haber asumido el proceso penal adelantado en su contra les haya acarreado a los demandantes un daño significativo, más

allá de la mera molestia, que merezca una indemnización por parte de las entidades demandadas.” (Resaltado y negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, en el caso de estudio **NO** se demuestra que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos a **LUZ DARY ALVARADO**.

En cambio, atendidas las circunstancias procesales que rodearon los hechos y ante la naturaleza de los hechos punibles investigados, **se debe apreciar que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés general.**

Por todo lo anterior, en el presente caso, referente al daño reclamado, considero que NO hubo un rompimiento de las cargas públicas de **LUZ DARY ALVARADO** más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos por lo que de existir un daño, el mismo no sería antijurídico y como consecuencia, no sería indemnizable.

II. RUPTURA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LAS ACTUACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO RECLAMADO EN LA DEMANDA

Conforme al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, corresponde al Señor Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretar 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.

Según el artículo 287 *ibidem*, por su parte, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN cumple su función de formular la imputación fáctica y, así mismo, de ser procedente, en los términos de este código, se resalta, **puede** solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

Por lo tanto, referente al daño antijurídico reclamado en la presente demanda, faltan los requisitos de **INMEDIATEZ Y EFICIENCIA** de las actuaciones de mi representada porque, como arriba se expuso, la potestad de postular o solicitar la imposición de la medida de aseguramiento es **limitada**, pues no es una facultad **exclusiva** de la Fiscalía General de la Nación, tampoco es **suficiente** para determinar su imposición por el Juez de Control de Garantías, como autoridad judicial, quien siempre decide de manera autónoma e independiente, de acuerdo con las exigencias y fines legales arriba descritos.

Luego, es claro que en el proceso penal adelantado en contra de **LUZ DARY ALVARADO**, objeto del presente medio de control de reparación directa, correspondió al Señor Juez con funciones de Control de Garantías impartir **legalidad** a las actuaciones de mi representada y, adicionalmente, con base en los elementos materiales probatorios o evidencias físicas existentes, **verificar y decidir**, él mismo, el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales exigidos para imponer a los imputados medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Por lo tanto, las decisiones judiciales en referencia **NO** pueden objetivamente ser atribuidas a mi representada, pues, en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero que 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, decide al momento de impartir legalidad 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 el caso descrito en la presente demanda, correspondió entonces al **JUEZ CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS** examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales de **LUZ DARY ALVARADO**, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, eran o no **LEGALES**; por otro aspecto, si eran o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si eran 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.

Luego, de acuerdo con la ley sustancial (Ley 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.**

Valga señalar las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido reiteradas 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 (...).”.

Según se aprecia, dentro del procedimiento penal oral acusatorio, de tipo adversarial, el rol de la Fiscalía General de la Nación es limitado y sus funciones son sustancialmente distintas a las señaladas en la Ley 600 de 2000.

Así, bajo el esquema de la ley 906 de 2004, como lo he venido señalando a lo largo del presente escrito, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, puestos en su conocimiento y, en tal virtud, no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos en la ley para el principio de oportunidad.

Igualmente, con motivos fundados en los elementos materiales probatorios existentes o evidencia física, debe **solicitar** al Señor Juez con funciones de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de las pruebas y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Sin embargo, reitero, **su facultad de postulación NO ES VINCULANTE para el Juez**, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente.

Por lo tanto, es el Juez de Control de Garantías, la autoridad judicial de quien se debe pregonar la **reserva judicial** para restringir el fundamental derecho.

Así las cosas, **NO se establece el NEXO CAUSAL de las actuaciones de mi representada, con el daño antijurídico reclamado en la demanda.**

Sobre la relación causal entre las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y la medida privativa de la libertad de las personas, cabe resaltar que el H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Sala de Decisión No. 12 de Descongestión, en fallo del 15 de mayo de 2015, Acción: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, Radicación N°150012331003-2012-00164-00, Actor: Rosa Helena Monroy de Mayorga y Otros, Demandado: Nación - Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, expresó:

“(…)

Ahora bien, en lo que atañe a la autoridad llamada a responder por el daño, o al sujeto a quién le es imputable mismo, esta colegiatura acudirá al análisis ya efectuado en un caso de similares contornos resuelto por parte de este Tribunal Administrativo de Descongestión, en donde se indicó frente a la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por la Rama Judicial, exceptiva que también fue propuesta en este proceso, con el argumento de que la Fiscalía de conocimiento fue la que ordenó la detención del señor ..., y que por ende es ésta quien debe responder por los perjuicios morales y materiales causados con ocasión de la medida de aseguramiento de la que fue objeto, siendo entonces la única entidad que debe estar vinculada en la presente acción.

Pues bien, de la lectura de las pruebas allegadas al plenario, se pudo determinar que, contrario a lo señalado por el apoderado si es posible endilgarle responsabilidad a la Rama Judicial, pues de la providencia proferida el 23 de marzo de 2006 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, se pudo determinar que allí se procedió a legalizar la captura de los señores ...imputándoles el delito de Hurto Agravado, siendo en la misma audiencia impuesta la referida medida de aseguramiento y legalizada la incautación de 3 mordazas de cobre electrolítico y un vehículo....

De lo que claramente se colige que quien profirió la medida de aseguramiento al señor..., fue el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, con Función de Control de Garantías, es decir, que fue ésta (Rama Judicial) por intermedio de dicho Despacho Judicial quien decidió privar de la libertad al demandante, por lo tanto la legitimación en la causa por pasiva es evidente pues dicha actuación es determinante en los daños irrogados a los actores con la privación de la libertad del citado señor.

La Fiscalía General de la Nación, por su parte dirige sus alegatos de conclusión a indicar que conforme al 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 mas no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a esta entidad para que quede eximida de responsabilidad frente a una detención injusta, argumento que acoge la Sala pues en efecto, en este caso no está llamada a responder la Fiscalía por la condena que se imponga en la presente sentencia, pues acorde con lo expuesto en párrafos precedentes, esta Entidad no fue la encargada de adoptar la medida privativa de la libertad.

Aunado a lo anterior, debe decirse que, **desde la perspectiva de la imputación y la relación causal, de conformidad con el procedimiento penal acusatorio implementado desde la reforma del artículo 250 constitucional y la Ley 906 de 2004, la fuente el daño alegado se deriva estrictamente de las decisiones adoptadas por los jueces de la República** (resalto y subrayo)

Si bien es cierto que la Nación puede ser representada y comprometida en procesos de responsabilidad, tanto por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, como por el Fiscal General de la Nación, ya que cuentan con autonomía administrativa y presupuestal propia. Sin embargo, en criterio de la Sala, en este caso corresponderá a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial responder por las decisiones adoptadas por sus funcionarios (Juez Promiscuo Municipal de Tuta), con el propósito de restringir la libertad del señor Oscar Iván Mayorga.

Cabe afirmar, que si bien, en casos de responsabilidad estatal derivada de la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha procedido a dividir la proporción que las entidades deben aportar para la reparación, bajo el entendido que la obligación es divisible²⁰, sin que ello desdibuje la naturaleza solidaria de la obligación, cuya virtud es la de poder exigir todo el cumplimiento de la obligación a uno o a todos los deudores, en este caso las teorías esbozadas frente a dicha proporcionalidad no son aplicables en el caso concreto, pues desde la implementación del sistema acusatorio, sustrajo las facultades de disposición con las que contaba la Fiscalía General de la Nación y las fijó todas en cabeza del juez penal.

En criterio de la Sala, como la medida restrictiva, se dio en el sub lite, en virtud del proceso penal implementado por la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), es preciso que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial responda por el cien por ciento (100%) de la condena impuesta.

Debe tenerse presente que la Fiscalía, como representante del Estado, es la titular de la acción penal y que tiene la función constitucional y legal de acusar y demostrar la culpabilidad del presunto infractor de la ley penal, de manera que es válido aceptar que el proceso penal depende de su diligencia.

No obstante, lo anterior, los poderes del Fiscal no son de índole dispositiva, sino que se reducen, simplemente a solicitar al respectivo juez, la toma de las diferentes decisiones que se derivan de la actuación penal, así lo establece el artículo 66 de la ley 906 de 2004, cuando establece que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y sus funciones se encuentran desarrolladas en los artículos 114 y 116 ibidem, las cuales le imponen el deber, no solo de adelantar la investigación, sino también de formular las diferentes imputaciones y acusaciones a que hayan lugar, de igual manera podrá solicitar las diferentes medidas restrictivas de la libertad, sin que el juez esté facultado para adoptar medidas de forma oficiosa. (subrayo y resalto).

En concordancia con lo anterior, el mismo Código de Procedimiento Penal, prevé en sus artículos 306 y siguientes, los requisitos que rigen la captura y la solicitud de la medida de aseguramiento, que si bien no puede ordenar el Juez, motu proprio, sí corresponden a sus facultades dispositivas, por lo cual es el único funcionario autorizado para adoptar medidas o tomar decisiones en Las cuales se restringe la libertad de los individuos (subrayo y resalto).

(...)

De acuerdo a lo anterior, se debe concluir indefectiblemente que los Jueces de la República son los únicos facultados constitucional y legalmente para la imposición de medidas restrictivas de la libertad en el sistema penal implementado por la Ley 906 de 2004 (subrayo y resalto), razón por la cual, si bien es cierto, no hay lugar a declarar probada la excepción propuesta por la Fiscalía en cuanto a la falta de

legitimación, conforme a los criterios expuestos en precedencia, deberá indicarse en la parte resolutive que la Nación - Fiscalía General de la Nación, no es responsable de los prejuicios derivados de la privación injusta del señor Oscar Iván Mayorga y, en consecuencia, se condenará a la Nación - Rama Judicial -, al pago de la indemnización...

En conclusión se dirá, que el juez de control de garantías es el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del Fiscal, y determinar si tal solicitud resulta razonable, adecuada necesaria y proporcional y en caso de que así sea, autorizar la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución (subrayo y resalto)..."

Finalmente, soporta igualmente la ruptura del nexo de imputación sobre la Fiscalía el hecho de el propio Juez de Conocimiento en audiencia de preclusión del 16-10-2018 cuestionó el proceder de los efectivos de la Policía Judicial calificándolos como una falta de presentación, el hecho de que presenten a la Fiscalía y luego a la Judicatura esas declaraciones formato cortadas y pegadas; situación relevante en tanto, la Fiscalía Delegada cae víctima de un actuar de esos uniformados el que, tiene una presunción de legalidad pues como servidores públicos, la buena fe y honestidad en sus actuaciones se presume por el Delegado de la Fiscalía y mal haría en desconocer todos los informes que le presentan los uniformados de la Policía con funciones de Policía judicial pues ello sería un despropósito y un desgaste en la labor investigativa.

Así las cosas, a quien le incumbe y le asiste un interés directo para desconocer y descalificar esos informes presentados a la Fiscalía, es al propio sindicato y su defensa, pues eso hace parte de las obligaciones constitucionales del artículo 95 referentes a la deber de colaborar para prestar una adecuada administración de justicia y advertir esos yerros o errores crasos como de manera tan ferviente lo hacen ahora en sede administrativa.

Sin embargo, las actas de las audiencias preliminares dan cuenta que el hoy accionante nunca cuestionó la imputación efectuada ni los argumentos que soportaron la solicitud de imposición de medida de aseguramiento ni mucho menos, los testimonios y declaraciones que refiere en sus hechos y que resultaron, una vez el fiscal con mas tiempo revisa nuevamente toda la documental para decidir si acusa formalmente o solicita la preclusión, tan cuestionadas por el Juez de Conocimiento como un formato de copiar y pegar. Hechos atribuibles en gran medida a la Policía Judicial y a la pasividad de la defensa del hoy accionante los que, a la postre terminan por incidir en una restricción de libertad y en el tiempo que esta duró. **Argumentos que se plantean como eximentes de responsabilidad bien por el hecho de la víctima o bien por el hecho del tercero.**

III. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

En sentencia del 30 de junio del 2016, el Honorable Consejo de Estado ratificó la posición expresada en sentencias del 26 de mayo de 2016 y del 24 de junio de 2015, al decidir que la Fiscalía General de la Nación no es entidad llamada a responder en los casos de privación injusta bajo la Ley 906 de 2004 y, en consecuencia, declaró la falta de legitimación de la entidad.

En los casos de privación de la libertad, es claro que la imposición de la medida de aseguramiento es el hecho generador del daño antijurídico que se pretende satisfacer y dentro del procedimiento penal, Ley 906 de 2004, mi representada solicita frente el Juez de Control de Garantía la imposición de la medida de aseguramiento; pero solo el segundo tiene la **jurisdicción** para interponerla, **causa única y eficiente del daño alegado.**

Señala el Artículo 308 de la Ley 906 de 2004:

“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 (...).” (Negrilla fuera del texto).

En el artículo transcrito se observa que es el JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS quien decreta la medida, y que este tiene dentro de su **Discrecionalidad** de hacerlo o no.

Todo lo anterior, se soporta igualmente en lo señalado por el Consejo de Estado, quien expresó:

“Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 201525, según el cual 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 199826 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 por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración 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 Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 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 de 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 jurisdiccional²⁹, la cual venía ejerciendo por disposición de los antiguos Códigos de Procedimiento Penal –Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente 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 tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio_No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales.

Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, si bien es cierto fue solicitada 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 ahora demandante, 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.” (Sentencia del Consejo de Estado, Consejo Ponente Hernán Andrade Rincón radicado 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), del 26 de mayo.) (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Y en sentencia de junio del 2015, señaló¹⁴:

*(...) 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 su 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” (Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. doctor Hernán Andrade Rincón. (Negrilla y cursiva fuera de texto)¹⁵

Posición ratificada en sentencia de junio de 2016, donde señaló:

¹⁴ También ver Tribunal de la Contencioso Administrativo de Risaralda Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de diciembre de dos mil ocho, y con ponencia de la Magistrada Dufay Carvajal Castañeda, El Tribunal de la Contencioso Administrativo del Cesar Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de enero del dos mil doce, y con ponencia del Magistrado Álvaro Enrique Rodríguez Bolaños, Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Tercera- Subsección B Magistrado Ponente Carlos Alberto Vargas Bautista- noviembre 17 de 2010-Actor Francy Eunice Millán Rincón, Sentencia Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Segunda de Oralidad Magistrada Ponente Beatriz Elena Jaramillo Muñoz- Septiembre 30 de 2013-Actor Camilo Andrés Moncada Uribe, entre otros fallos.

¹⁵ Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. doctor Hernán Andrade Rincón.

“Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal Penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los Jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió.” (Sentencia del 30 de junio de 2006, radicado 63001 -23-31-000-2009-00022-01 (41604), C.P. doctora Marta Nubia Velásquez Rico)

Aunado a la dicho por el H. Consejo de Estado, al acudir a uno los métodos de interpretación de la ley que se encuentra establecido por el Código Civil, en el artículo 28, que establece: "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas...", es válido acudir a las definiciones que sobre las expresiones "decretar" y "a petición" brinda el Diccionario de la Lengua Española editado por la Real Academia Española:

- “Decretar. Dicho de la persona que tiene autoridad o facultades para ello: Resolver, decidir.
- “Petición. Acción de pedir, y en derecho. Escrito que se presenta ante un juez.

De lo indicado por el alcance gramatical de las palabras en el texto de la Ley, puede deducirse la misma conclusión dada por el Honorable Consejo del Estado; consistente que el Juez de Control de Garantías es la única entidad que tiene la autoridad o facultad para decretar la medida de aseguramiento, y la autoridad de la fiscalía se agota con la petición que eleva al juez.

De lo indicado por el alcance gramatical de las palabras en el texto de la Ley, puede deducirse la misma conclusión dada por el Honorable Consejo del Estado; consistente que el Juez de Control de Garantías es la única entidad que tiene la autoridad o facultad para decretar la medida de aseguramiento, y la autoridad de la fiscalía se agota con la petición que eleva al juez.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que la causa eficiente que produce el daño antijurídico en la detención injusta es **la imposición de la medida de aseguramiento, y no la petición realizada por la Fiscalía**, se debe absolver de todas las pretensiones a la Fiscalía General de la Nación.

Además, sin perjuicio de lo anotado, reitero que dentro del sistema penal acusatorio regulado en la Ley 906 de 2004, **LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN CARECE DE FACULTAD DISPOSITIVA SOBRE LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS** y, frente a la medida de aseguramiento, su labor de postulación **NO** es en algún modo **vinculante para el Juez, quien siempre decide** de manera **IMPARCIAL, AUTÓNOMA e INDEPENDIENTE**, conforme a los principios de **legalidad, ponderación, proporcionalidad y necesidad**.

Luego, de acuerdo con la ley sustancial (Ley 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.

Por otro lado, de acuerdo con la sentencia de Casación Penal, N° 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 esta se desestabiliza cuando se condena no obstante la solicitud de preclusión por parte del fiscal, 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.”**

En igual sentido, señaló que “...**la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación 28.961 del 29 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, expuso que si la pretensión del Fiscal emanada en la formulación de acusación decae luego de practicadas las pruebas en juicio oral, no le queda más al juzgador que emitir un fallo de carácter absolutorio al presentarse una carencia jurídica de objeto.** (Subrayo y resalto)

Por lo tanto, en el presente caso, **la ABSOLUCIÓN se da en aplicación de la DUDA; situación que, no torna de manera automática en ilegales las actuaciones de mi representada, tampoco apunta que las mismas fueron arbitrarias, caprichosas o injustas, resaltando que los medios de pruebas se mantuvieron libre de reproche y de nulidades por el juez de control de garantías y de conocimiento.**

Por el contrario, si las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se ajustaron al marco de la normatividad vigente al momento de la ocurrencia de los ellos, resultan infundadas las críticas de las actuaciones de mi representada, contenidas en la presente demanda, pues, es claro, que el *daño antijurídico* reclamado, entendido como aquel que el administrado no está en el deber de soportar, bajo el título de imputación *privación injusta de la libertad*, es inexistente, pues debe analizarse a la luz de los criterios contenidos de la **Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996**, referida en previamente.

Vale la pena resaltar y finalmente recordar que en el anterior sentido, la Jurisprudencia del H. CONSEJO DE ESTADO ha sido reiterada en casos similares, al señalar que la Fiscalía General de la Nación, NO es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, así:

1. *Sentencia del 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,*
2. *Sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, dentro de la Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), Actor: PEDRO PABLO PALACIO MOLINA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA*
3. *Sentencia proferida por el Consejo de Estado (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A de fecha 30 de junio del año 2016 dentro del proceso de reparación directa propuesto por FABIAN AUGUSTO CHICA Y OTROS contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN RAMA JUDICIAL Y RAD: 63001233100020090002201(41604) M.P. Dra. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ, en la que señaló:*
4. *Sentencia del 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.*
5. *Sentencia del 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.*
6. *Sentencia del 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.*
7. *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.*
8. *Incluso, también el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, MP. Doctora, MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, dentro del proceso 110013336714201400038-01, el 7 de junio*

de 2017, mediante sentencia de segunda instancia, en un caso similar, sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiscalía General de la Nación, consideró:

“(…)

....La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALÍA 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...”

Finalmente, reitero, **SE PRESENTA UNA RUPTURA DEL NEXO DE CAUSALIDAD** y no tendría mi representada legitimación en la causa material por pasiva al ser una parte más en el proceso penal, cuya competencia se ciñe a solicitar la medida de aseguramiento al Juez de Control de Garantías quien, sea del caso mencionar no es un Juez Estático en el proceso penal, sino un Juez Constitucional que debe verificar con mayor rigor la solicitud de la medida de aseguramiento y pruebas presentadas por el ente acusador. Caso en el cual y de accederse a las pretensiones de la demanda, debe imponerse un mayor grado de condena, al tener más relevancia e injerencia su decisión de imposición de medida de aseguramiento.

IV. GENÉRICA

Propongo como excepción la genérica, con base en las previsiones contenidas en el inciso 2° del Art. 187 del CPACA.

5) PRUEBAS

I. Las que se aportan:

- Relación de los registros de noticias criminales contenidos en el SPOA con el cupo numérico del accionante.

II. Las que se piden:

- **En aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba**, se requiera por intermedio del Despacho al accionante LUZ DARY ALVARADO para que aporte el comprobante de pago de la PILA de mes de agosto de 2015, donde se indique el ingreso base de cotización y aporte al sistema por sus ingresos.

- En caso de renuencia del extremo activo de aportar esa documental, se requiera por su señoría a través de oficio al RUAF¹⁶ del Ministerio de Salud y Protección Social, para que remita e informen si:

El ciudadano – LUZ DARY ALVARADO C.C. 1.070.705.963, registra cotizaciones al sistema de Salud, Pensiones y riesgos laborales (PILA) para el mes de septiembre de 2015; indicando, cuál era el Ingreso Base de Liquidación y Aporte.

Prueba esta, pertinente, conducente y útil para demeritar las pretensiones indemnizatorias en su modalidad de perjuicios materiales, pues de acuerdo con la Ley 789 de 2003 y demás normas concordantes, es obligación tanto de trabajadores dependientes e independientes, cotizar al sistema de seguridad social por el monto de sus ingresos, seguidamente, constituyen un ejercicio válido del derecho de contradicción y demeritar las pretensiones perseguidas.

- Con base en las previsiones del Art. 198 del C.G.P., sírvase su señoría decretar el interrogatorio de parte de LUZ DARY ALVARADO para que, a través de cuestionario oral o escrito, absuelva interrogatorio sobre hechos y pretensiones de su demanda.

Prueba esta igualmente pertinente, conducente y útil para demeritar las pretensiones indemnizatorias y que constituye un ejercicio válido del derecho de contradicción y de aplicación del principio general del derecho de daños de que este, no es fuente de enriquecimiento.

6) PETICIÓN

Principal: Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a su Señoría despachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación debido a que el daño predicado por la parte activa no tiene la connotación de ser antijurídico y por lo mismo no es indemnizable; y en todo caso, se condene en costas y agencias en derecho el extremo activo.

7) ANEXOS

Adjunto con el presente el poder y anexos, que me acreditan como funcionario activo de la Fiscalía General de la Nación.

8) NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Piso 3 del Edificio C, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo solicito a este Despacho se sirva tener los correos electrónicos jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, y carlos.ramosg@fiscalia.gov.co.

Con la más alta deferencia,

CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN¹⁷
Cc N° 80.901.561 de Bogotá
Tp N° 240.978 del C. S. de la J.

¹⁶ Registro Único de Afiliados

¹⁷De conformidad con las previsiones del Decreto 806 de 2020 así como en lo preceptuado en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12, el presente documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica con la sola ante firma.