



Señor:

**JUEZ SESENTA Y TRES (63) ADMINISTRATIVO ORAL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
– SECCIÓN TERCERA.**

Sede Judicial del CAN – Carrera 57 N° 43 – 91 Piso 5°

E. S. D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 110013343 063 2019 00191-00

**DEMANDANTE: OSCAR JAVIER ZULUAGA HERRAN
Y OTROS.**

DEMANDADO: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N° 74.081.042 de Sogamoso, D.C., con Tarjeta Profesional N° 175.540 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, conforme al poder adjunto, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a CONTESTAR la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran el señor **EDILBERTO INCER ÁLVAREZ Y OTROS**.

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del término establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda. La demanda fue notificada electrónicamente el nueve (09) de septiembre de 2020.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA.

PRIMERO al TERCERO. Cierto.

Al hecho CUARTO. No hay prueba documental alguna dentro de los anexos digitales aportados al suscrito.

Del QUINTO al SEXTO. Me atengo a lo que se pruebe en derecho.

Del hecho SEPTIMO al VEINTICUATRO. Señora Juez estos hechos se basa exclusivamente en la parte penal del proceso llevado en contra del señor ZULUAGA y de conceptos emitidos por galenos, y como no cuento con dicho material probatorio, me atengo a lo que se pruebe en debida forma.

Del hecho VEINTICINCO al TREINTA Y UNO. Se hace necesario recordarle al apoderado de la parte demandante que al momento de la captura y las audiencia preliminares, no se cuenta con la totalidad del material probatorio recaudado en la etapa de juicio, pues existen etapas como lo es la audiencia preparatoria, se hace descubrimiento del material probatorio que se va a hacer vales y finalmente se incorporan,

Esto deviene en que la Fiscalía General de la Nación solicitó la legalización de la captura, solicitó la formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento se basó en los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e información legalmente obtenida en dicha etapa procesal, que condujeron al ente investigador a inferir razonablemente que el entonces imputado, en principio,



era el coautor o partícipe del delito investigado, dicha tesis también fue acogida por el Juez Constitucional que tomó la decisión de imponer la medida de aseguramiento.

Dicho procedimiento conllevó a presentar **solicitud apropiada y razonable** ante el Juez de Control de Garantías, para que se impusiera la correspondiente medida de aseguramiento al indiciado, y poder así, entre otras cosas, garantizar su comparecencia al proceso; todo lo cual bajo la dirección, orientación y visto bueno del Juez de Garantías.

3. A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, porque considero que en el presente caso no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad extracontractual en cabeza de mi representada por las siguientes razones:

3.1 LA FISCALÍA OBRÓ EN CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL, DE CONFORMIDAD CON EL CONTENIDO NORMATIVO Y FINALIDAD LA LEY 906 DE 2004 Y EN CONSECUENCIA NO PUEDE PREDICARSE FALLA EN EL SERVICIO ATRIBUIBLE A ESTA ENTIDAD.

La providencia que decretó la ABSOLUCIÓN a favor del ciudadano **OSCAR JAVIER ZULUAGA**, además de que claramente señala la configuración del apotegma (como lo pidió la defensa) significa el cumplimiento, por parte de cada uno de los funcionarios que participó dentro del proceso, de sus funciones contempladas en la Ley 906 de 2004. Se hace claridad sobre los roles que cumple la policía judicial, los fiscales y los jueces, así:

1. Se comienza el proceso con el conocimiento de la probable ocurrencia de una conducta delictiva y a la policía judicial le corresponde realizar “actos de indagación o investigación” (artículo 205 de la Ley 906 de 2004).
2. El resultado debe ponerse en conocimiento del fiscal que dirige la investigación, quien debe adelantar el plan metodológico, en el cual se deben establecer los objetivos de la investigación teniendo en cuenta la naturaleza de la “hipótesis delictiva”.
3. Recolectadas las pruebas, se presenta formulación de imputación (artículo 286 de la Ley 906). En esta etapa es que se puede afirmar que inicia la investigación, en la cual, tanto la defensa como el fiscal recopilan pruebas.
4. Luego se presenta la acusación, etapa en la cual la defensa puede conocer las pruebas con las que cuenta la Fiscalía (artículos 339 y ss. de la Ley 906).
5. Se realizan los actos preparatorios del juicio oral con la audiencia de formulación de acusación y la audiencia preparatoria (artículos 356 y ss. de la Ley 906).
6. Juicio Oral. Tal como se reconoce en esta sentencia, en la fase investigativa no puede hablarse propiamente de “pruebas”, porque adquieren esta connotación sólo en el debate público. Por lo tanto, el juicio oral se constituye “en el centro de gravedad del proceso penal”.

Conviene señalar que el proceso penal contemplado en la Ley 906 de 2004, tiene una filosofía acusatoria diferente al anterior “*debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes*”



involucra justamente las nociones de la duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación (...). Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de la responsabilidad penal”¹

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

3.2. IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO – NO FUE DESPROPORCIONADA NI VIOLATORIA DE LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES.

En la sentencia C-037 de 1996 la H. Corte Constitucional, estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Al revisar la constitucionalidad del artículo 68, que establece la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad: Ese Alto Tribunal señaló que el término "**injustamente**" debe entenderse en referencia a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales. Es decir, debe ocurrir, de manera evidente, que la privación de la libertad no fue apropiada, ni razonada, sino que resultó manifiestamente arbitraria.

Esa Corporación precisó también que para efectos de aplicar esa disposición estatutaria y, en consecuencia, declarar responsable al Estado en los asuntos de privación injusta de la libertad, se deben observar los parámetros antes enunciados y, en todo caso, realizar un análisis sobre la razonabilidad y proporcionalidad de las circunstancias en las que se produjo la privación de la libertad¹. Es decir, no puede aplicarse un estándar de **responsabilidad objetiva**, sino que debe efectuarse un análisis de cada caso con el fin de establecer las condiciones concretas en las que se produjo la actuación de las autoridades públicas y determinar el mérito que exista para declarar su responsabilidad.

Estas consideraciones fueron puestas de presente por la Corte Constitucional en el comunicado N°. 25 del 5 de julio de 2018 que se refirió a la Sentencia SU- 072 de 2018 en los siguientes términos:

"Concluyó la Corte que determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio in dubio pro reo-, el Estado debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena -con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996- concretamente en la sentencia C-037 de 1996”².

¹ PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013, página 57.

² Corte Constitucional, Secretaría General. Comunicado No. 25 del 5 de julio de 2018.



En el mismo sentido, se pronunció el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, en donde indicó:

*“De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestre que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría no ser admisible ni justo con el Estado —el cual también reclama justicia para sí— que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último.***

Así las cosas, se insiste, resultaría incoherente que el Estado tuviera que indemnizar automática o indefectiblemente por una privación de la libertad impuesto, incluso, por la aplicación del mencionado sustento constitucional, pues para nada es lógico y sí más bien es absurdo pensar y aceptar que la propia Constitución Política exige a la Fiscalía adoptar —a solicitar al Juez —medidas de aseguramiento, como la detención domiciliaria a la detención preventiva u otras que —en las voces de la jurisprudencia de esta Corporación— implican la pérdida jurídica de la libertad, como por ejemplo (...), para garantizar la comparecencia del investigado al proceso —como lo exigen las normas transcritas— y que dicho organismo, sin embargo, por satisfacer ese deber y por obedecer el mandato que le imponía el artículo 6 del derogado Decreto 2700 de 1991 —el cual establecía que los funcionarios judiciales debían someterse al imperio de la Constitución y de la Ley—, se vea obligado a pagar indemnización cuando deba levantar la medida, lo cual, como se vio unos párrafos atrás, para nada implica la imposición de una sanción o condena”

En el caso objeto de estudio, la decisión de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del hoy demandante EDILBERTO INCER ÁLVAREZ, cumplió con las exigencias legales y constitucionales establecidas para proceder en este sentido.

Nótese que la *ratio decidendi* de la sentencia absolutoria proferida por el Juez Cuarto (4) Penal del Circuito especializado de Bogotá a favor del hoy demandante en sede administrativa, claramente señala que las otras personas efectivamente fueron culpables de los delitos imputados por mi representada, esto significa que los elementos materiales probatorios desatados desde el inicio, eran más que suficientes para que el Juez de primera instancia así lo hiciera, basándose y ajustándose a los preceptos legales.

Esto demuestra que la Fiscalía General de la Nación cumplió los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que le competen a ésta Entidad en procura de investigar los hechos que fueron denunciados.

Conviene recordar que el H. Consejo de Estado, Sección Tercera, al resolver un recurso de apelación dentro de un proceso de reparación directa, explicó que cuando la parte demandante haya sido absuelta por la justicia penal no quiere decir, *per se*, que se configure la responsabilidad patrimonial de la Administración. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020080023801 (47448), octubre 23/17).



3.3. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL.

El nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia ha establecido que para poderle atribuir un resultado a una Entidad y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es necesario definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto.

En Colombia legalmente no existe una norma que le de prevalencia a una teoría de causalidad. Entre las teorías reconocidas por el Honorable Consejo de Estado y la doctrina se encuentra: La teoría de causalidad adecuada y la imputación objetiva. Anteriormente fue aceptada la teoría de equivalencia de condiciones.

No obstante, lo anterior, el Honorable Consejo de Estado le ha dado prevalencia a la teoría de causalidad adecuada, a saber:

*“En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido —o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa— al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado —por omisión— del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, **es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos —la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro.** En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse —temporalmente hablando— de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta (...)”³*

³ Sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial De Bogota. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial De Bogota. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002); Consejero ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789); Actor: Argemiro de Jesús Giraldo Arias y otros; Demandado: Municipio de Medellín; Sentencia del veinte y cinco de julio; Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez; Radicación número 13811; Actor: Jaime de Jesús Munera Munera; Demandado: La Nación Ministerio de Transporte y otros. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys



En esta Litis, bajo la teoría de la causalidad adecuada, no se presenta el nexo causal entre el supuesto daño alegado y la actuación de la Fiscalía General de la Nación, puesto que, en primer lugar, a pesar de que el ciudadano **OSCAR JAVIER ZULUAGA**, fue exonerado de responsabilidad penal, no cabe duda fue por la denuncia del padre del menor supuestamente agredido y el testimonio que este dio, lo que provocó que el Ente Investigador abriera una investigación en su contra, a fin de establecer si éste había incurrido o no en violación de la ley penal y, por consiguiente, **las decisiones y medidas que debió soportar resultan imputables al hecho de un tercero**, máxime teniendo en cuenta que aquellas estuvieron debidamente respaldadas con las pruebas que engrosaron el expediente penal. En segundo lugar, la causa eficiente de la privación de la libertad fue la imposición de la medida de aseguramiento y no la solicitud.

Al respecto, es claro que en el procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004, quedó en cabeza del Juez de Control de Garantías la facultad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y quedó reducido la facultad del Ente Instructor en presentar la solicitud; siendo la causa adecuada o próxima al daño alegado la actuación del Juez de Control de Garantías.

Finalmente el actuar de mi representada es justificado en aplicación al **PRINCIPIO PRO INFANS** en donde el estado Colombiano hace énfasis en la protección de los derechos que le asisten a todos nuestros menores y los convierten en sujetos de especial protección.

En este orden de ideas, el Juez administrativo debe preguntarse: **¿LA SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO TIENE LA FUERZA DE PRIVAR DE LA LIBERTAD A UN IMPUTADO DENTRO DE UN PROCESO PENAL?, ¿LA SOLICITUD REALIZADO POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN TIENE FUERZA VINCULANTE PARA EL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS?**

Al responder los anteriores interrogantes, es palpable que no tiene el mismo valor la solicitud de la medida de aseguramiento y la imposición de la medida de aseguramiento, pues solo la última actuación tiene la fuerza de producir un daño antijurídico.

Jurídicamente, se podría llegar a una conclusión distinta en aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin embargo, esta teoría ha sido abandonada por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“(...) La Sala debe preguntarse sobre si ¿las conductas demostradas de los demandados fueron causa determinante y eficiente en la producción del daño sufrido por los actores? Sobre el particular se observa que las pruebas de demostración de las conductas de los demandados, no es a su vez prueba de la relación causal. Particularmente los demandantes alegaron indirectamente que debe aplicarse para la determinación del nexo causal la teoría de “la equivalencia de las condiciones” y no la teoría de “la causalidad adecuada”, pues cree que la mera conducta, o de falla o de riesgo, son causales en la producción del daño. Por tanto, para la Sala es indispensable señalar cómo no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción. La jurisprudencia ha insistido en tal punto; para ello recuerda que sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relevante y eficiente. (...)” (Sentencia del 25 de julio de 2002, Radicado interno 13811 C.P. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ)



Igualmente, en Sentencia del 26 de enero de 2011 indicó:

“Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito”. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965)).

Finalmente, se encuentra la teoría de la imputación objetiva, en donde el elemento “nexo causal” no es autónomo y se encuentra inmerso en el término de imputación. El Consejo de Estado ha señalado:

*“Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al Estado son: a) El daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Es, pues **“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”**. (Sentencia de 13 de julio de 1993). En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. (Negrilla fuera de texto). Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643.*

Asimismo, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de agosto de 2011, señaló lo siguiente:

*“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio —simple, presunta y probada—; daño especial —desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal—; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, **en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las —estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que —parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”** (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Expediente: 63001-23-31-000-1998- 00812-01(20144). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.)*



4. RESPECTO A LOS SUPUESTOS PERJUICIOS.

Daños morales.

De acuerdo con las pruebas que se encuentran en el expediente, no se evidencia falla del servicio que haya afectado gravemente los derechos fundamentales del señor **OSCAR JAVIER ZULUAGA**, y de las personas que reclaman indemnización, que permita inferir el posible reconocimiento de indemnizaciones por perjuicios morales, más aún cuando está demostrado que el demandante fue absuelto por la justicia penal, sin que ello quiere decir que se configure la responsabilidad patrimonial de la Administración, porque, se insiste, obra en este proceso, un eximente de responsabilidad como lo es el hecho de un tercero, (víctima quien reconoció al hoy demandante mediante álbum fotográfico.

No obstante, en el evento que el señor Juez Administrativo determine condenar a la Fiscalía General de la Nación, respetuosamente solicito que para cuantificar la indemnización por perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad, se de aplicación a los parámetros jurisprudenciales sentados por el H. Consejo de Estado, teniendo en cuenta para el efecto, el período de privación del referido derecho fundamental y el nivel de afectación, esto es, de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño y aquellos que acuden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en calidad de presuntos perjudicados o víctimas indirectas.

5. EXCEPCIONES.

Para que sean declaradas al momento de proferir sentencia en el presente proceso y si a ese evento se llegare, propongo las siguientes excepciones:

1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA MATERIAL.

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

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa, impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad. Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

“(...) En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la



previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...).

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas". Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Conforme a las anteriores enseñanzas y a otras similares que están recogidas en las sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-730 de 2005, que refieren a los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, introducido mediante el acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, se concluye que ya la Fiscalía no puede resultar responsable por los daños antijurídicos que se le imputen por "detención injusta", sencillamente porque esta Entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. En el último fallo aludido (sentencia C-730 de 2005), la Corte Constitucional dijo que la Fiscalía General de la Nación, "ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente".

Señala el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 lo siguiente:

"Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos (...)" (Negrilla y cursiva fuera del texto).

Del artículo transcrito se observa que se encuentra dentro de la discrecionalidad del JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS decretar la medida de aseguramiento.

En la *Ratio decidendi* de las sentencias del 30 de junio del 2016, del 26 de mayo de 2016, del 24 de junio de 2015 entre otras, el Honorable Consejo de Estado señaló que la Fiscalía General de la Nación no tiene la capacidad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y que por lo tanto no está llamada a responder en los casos de privación injusta bajo la Ley 906 de 2004. El H. Consejo de Estado, 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 2015, 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 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 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 jurisdiccional, 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)

Posiciones ratificadas en Sentencia de junio de 2016, donde señaló:

“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 tornar 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)”

En este orden de ideas y teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales antes citados, ruego al señor Juez, declarar probada la presente excepción, absolver de todas las pretensiones a la Fiscalía General de la Nación y condenar en costas a los demandantes.



4. NOTIFICACIONES.

Las recibiré en la Diagonal 22 B N° 52 - 01, tercer piso del Edificio C, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho. Correos para notificaciones judiciales:

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co. y fernando.guerrero@fiscalia.gov.co

Atentamente.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO.

FERNANDO GUERRERO CAMARGO.

C.C. N° 74.081.042

T.P. 175.510 del C.S. de la J.



Rama Judicial del Poder Público
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

DEAJALO20-8963

Bogotá D. C., 26 de octubre de 2020

Señor (a)
JUEZ 63 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN TERCERA
Ciudad

Medio de Control: Reparación Directa
RADICADO No. 11001334306320190019100

DEMANDANTE: OSCAR JAVIER ZULUAGA HERRÁN Y OTROS

DEMANDADA: NACION - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL. FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

FREDY DE JESÚS GÓMEZ PUCHE en mi condición de apoderado de la Nación – Rama Judicial en el proceso de la referencia, según poder otorgado por la Directora de la División de Procesos y a la facultad a ella conferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, conforme al artículo 99 numeral 8º de la Ley 270 de 1996, estando dentro del término de Ley, procedo a contestar la demanda en los siguientes términos:

Desde este preciso momento procesal, solicito a su Señoría desestimar las súplicas de la demanda puesto que no se dan los presupuestos para que mi representada responda por los presuntos perjuicios ocasionados a los demandantes.

I. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el libelo demandatorio y consecuentemente a las declaraciones y condenas solicitadas, que sean contrarias a la entidad que represento, toda vez que los demandantes carecen de fundamentos jurídicos, tal como se expondrá a continuación, solicitando se absuelva de todo cargo a la misma, declarando las excepciones que de conformidad con el artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 resulten probadas.

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

II. PRONUNCIAMIENTO A LOS HECHOS

En cuanto a los hechos constitutivos de la demanda, me atengo a aquellos que estén probados, de conformidad con el artículo 166 del C.P.A.C.A. *“El demandante deberá aportar con la demanda todas las pruebas documentales que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso”*.

A la NACIÓN RAMA JUDICIAL le constan únicamente los hechos que tienen que ver con las actuaciones judiciales y a las actuaciones procesales que se adelantaron ante los Jueces dentro del proceso que se ha constituido, según el demandante, en la causa eficiente de su demanda, siempre y cuando se hubiere allegado copia de las actuaciones del proceso donde ello conste y pueda verificarse, de lo contrario debe ser objeto de prueba. Ninguna actuación de competencia de la Fiscalía puede decirse que es responsabilidad de la Rama Judicial.

De tal manera nos constan los enunciados fácticos que hacen referencia a la actuación procesal dentro del proceso penal señalados en el acápite “hechos”, siempre y cuando se hubiere allegado copia de las providencias judiciales y audios donde ello conste, de lo contrario deberá ser objeto de prueba; si se allegaron en copia, a las luces del artículo 246 C.G.P. tendrían el mismo valor probatorio que sus originales.

Respecto a los demás hechos, los de competencia de la Fiscalía, no nos constan, por tratarse de situaciones personales de los demandantes y/o actuaciones de otras entidades.

Corresponde a los demandantes probar si esta parte procesal es responsable por el daño sufrido en razón al presunto defecto en la administración de justicia que causó la privación injusta de la libertad, si corresponde a otra entidad o si, por el contrario, media alguna eximente de responsabilidad.

Dicho lo anterior:

DEL PRIMERO AL QUINTO: No nos consta por ser circunstancias del resorte exclusivo del demandante. Nos atendremos a lo probado

AL SEXTO: No nos consta. Es una circunstancia que deberá ser probada en el proceso.

DEL SÉPTIMO AL DECIMO SEGUNDO. Son ciertos

DEL DÉCIMO TERCERO AL VIGÉSIMO NONO: No nos consta . Nos atendremos a lo probado.

TRIGÉSIMO Y TRIGÉSIMO PRIMERO: SON CIERTOS.

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

III. RAZONES DE LA DEFENSA

Con base a tales hechos los demandantes, pretenden que La NACION COLOMBIANA representada legalmente por el Señor Presidente Dr. IVAN DUQUE MARQUEZ o quien haga sus veces en el futuro a través de LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION, representada legalmente por el señor Fiscal, persona natural, o quien haga sus veces en el futuro, LA DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL – RAMA JUDICIAL representado legalmente por la persona natural, o quien haga sus veces en el futuro reconozcan su RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD ocasionada según el libelista por LA RAMA JUDICIAL y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de que fue víctima presuntamente OSCAR JAVIER ZULUAGA HERRÁN.

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

El artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas”. Se trata de una cláusula general de responsabilidad del Estado, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

1. Existencia de un daño antijurídico
2. Que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

La noción de daño antijurídico, fue definida por el Consejo de Estado, como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar. El daño puede tener por fuente una actividad irregular o ilícita, y en el ejercicio normal de la función pública que causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar.

Por su parte, 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).**

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

➤ Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69)

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que “ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”. En este sentido se ha señalado que **“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”**.

A pesar que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación alguna definición del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como **“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”**.

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

Ahora bien, de la lectura del libelo demandatorio puede verse, con meridiana claridad, que el actor invoca como título una privación injusta de la libertad de su poderdante y frente a este respecto es preciso decir lo siguiente:

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996 regula el título de imputación de la privación injusta de la libertad, así:

El artículo

“ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

La Corte Constitucional en sentencia C-037 de 1996, declaró exequible el anterior artículo, siempre y cuando fuera entendido en los siguientes términos:

*“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, **conviene aclarar 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 su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.**”*

Así las cosas, de conformidad con el pronunciamiento de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270, la privación de la libertad **SOLO DEVIENE INJUSTA** cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgreda los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, **sólo en esos eventos el daño se torna antijurídico**, por manera que no puede calificarse como tal, la restricción de la libertad que se acompase con los presupuestos legales que la regulan. De este pronunciamiento se desprende que el análisis que debe realizarse para efectos de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad, se orientará bajo los estándares del régimen subjetivo o de falla del servicio.

No obstante lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado dictó sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, Consejero Ponente, Dr. **MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**, No. de Radicación 52001233100019967459 – 01 (23.354), en la cual, con abierto desconocimiento de la sentencia de constitucionalidad C-037 de 1996, destacó que el régimen de responsabilidad

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

aplicable al título de imputación de privación injusta de la libertad es el objetivo por daño especial y, en ese sentido, estimó dicha sentencia que la misma se torna injusta y da lugar a indemnización, incluso cuando la actuación judicial ha atendido los procedimientos legales, cuando: i) el hecho no existió; ii) el sindicado no lo cometió; iii) la conducta es atípica; y, iv) por aplicación del principio de *indubio pro reo*.

Pese a que el anterior criterio venía siendo el imperante y de manera preponderante aplicado en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 15 de agosto de 2018, dictada dentro del proceso de radicado No. 66001-23-31-000-2011-00235 01 (46.947), con ponencia del doctor **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**, con mucho acierto, además de cuestionar¹ y desvirtuar los argumentos que sustentaron la sentencia de unificación de 17 de octubre de 2013, decidió modificar su jurisprudencia: *“en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello”, y **UNIFICÓ** criterios en el sentido de conminar a los jueces a la valoración de 4 criterios que deben verificar:*

1Se trata de una tesis jurisprudencial que contrae su análisis a que se verifique de forma llana la existencia del daño (la privación de la libertad) y que, por consiguiente, escinde o desnaturaliza los elementos en los que se estructura la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, teniendo en cuenta que relega por completo la necesidad de que se conciba y se demuestre la antijuridicidad de aquél (del daño), aun cuando este presupuesto, en los términos del artículo 90 superior y del artículo 68 de la ley 270 de 1996, se torna imprescindible para que surja la obligación de reparar, por parte de la administración, los perjuicios ocasionados en asuntos de privación injusta de la libertad.

(...)

En cuanto a la autonomía e independencia que se debe predicar frente a los funcionarios judiciales, ha de decirse que, si se observa detenidamente el escenario en el que el agente judicial debe actuar cuando encuentra que se dan los requisitos para ordenar la detención preventiva de una persona, lo dicho en los últimos párrafos atrás transcritos de la sentencia de octubre de 2013 pierde asidero, en el sentido de que tal autonomía y el cumplimiento de los deberes del agente -contrario a lo que allí se sostiene- sí pueden llegar a verse afectados con la teoría hasta ahora vigente, pues es evidente que aquél (el agente) debe debatirse entre imponer la medida de detención preventiva cuando se den las condiciones o requisitos que al efecto indican las disposiciones legales –sea el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 o la 906 de 2004- o, por el contrario, desacatar la ley y hasta la Constitución Política y abstenerse de imponerla, toda vez que, si se inclina por la primera opción y el proceso culmina sin una condena en contra del procesado, se puede generar una acción de responsabilidad frente a la administración y, por consiguiente, hasta la posibilidad de que se repita en contra suya, esto es, de quien impuso a medida y, en cambio, si acoge la segunda opción, pueden tanto él como la administración ser llamados a responder, esta vez por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

1) Si el daño (*privación de la libertad*) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política.

Se indicó en el referido fallo que en todos los casos

“incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicato no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación

*del principio in dubio pro reo”, en primer lugar, **debe valorarse la antijuridicidad del daño**, en los términos del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, esto es, **determinando si la restricción de la libertad fue adoptada trasgrediendo los procedimientos legales, constitucionales o convencionales, pues si la actuación judicial se aviene a éstos, el daño se torna jurídicamente permitido y la privación no es injusta.***

A este respecto precisó en su parte considerativa la sentencia:

*“(…) **no basta con acreditar simplemente la existencia de la privación de la libertad y de la ausencia de una condena, pues, como lo puso de presente la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo en cita, si así fuera: “... se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, **debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención**” (se resalta).***

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Entonces, con el ánimo de rescatar las bases de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, fuerza exigir la demostración de que el daño (la detención) cuya reparación se persigue en estos casos y en el que, por supuesto, se fincan las pretensiones de la respectiva acción jurisdiccional, resultó antijurídico, consultando entre otros criterios los estándares convencionales, constitucionales y/o legales que admiten excepcionalmente la restricción a la libertad personal. De así acreditarse, se entenderá configurado el primer elemento de la responsabilidad; de lo contrario, esto es, de no lograrse tal demostración, se estará frente a un daño jurídicamente permitido y, por tanto, desprovisto de antijuridicidad, lo cual impide hablar, bajo el artículo 90 constitucional y el artículo 68 de la ley 270 de 1996, de privación injusta de la libertad.

(...)

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

(...)

Por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva e, incluso, para proferir resolución de acusación en su contra y que, finalmente, la prueba recaudada permita absolverlo o resulte insuficiente para establecer su responsabilidad penal, evento este último en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia o, si es del caso, la decisión debe sujetarse al principio de in dubio pro reo, pero nada de ello implica, por sí mismo, que los elementos de juicio





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido necesariamente desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad haya sido, por tanto, injusta. Por esta razón, pretender que la imposición de una medida de aseguramiento, como la detención preventiva, se funde en la recaudación de una plena prueba de responsabilidad penal no es otra cosa que la contraposición a los postulados procesales dispuestos para tal fin por el legislador y a las atribuciones que la Constitución ha otorgado con ese mismo propósito a los jueces y a los órganos de investigación.

(...)

En punto a lo anterior, aun cuando, para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar la reparación de los perjuicios que se derivan de la privación de la libertad, no se puede prescindir del pronunciamiento que pone fin al proceso penal, la atención del juez se debe centrar en determinar si el daño derivado de la aplicación de la medida de aseguramiento de detención preventiva, esto es, la privación de la libertad, se mostró como antijurídico, toda vez que en lo injusto de ella radica la reclamación del administrado, al margen de cómo haya seguido su curso la correspondiente investigación y del sustento fáctico y jurídico de la providencia de absolución o de preclusión, según sea el caso, pues, se reitera, puede suceder que el caudal probatorio no tuvo la suficiente fuerza de convencimiento para llevar al juez a proferir una sentencia condenatoria, pero ello no da cuenta, per se, de que la orden de restricción haya llevado a un daño antijurídico.

(...)

Entonces, la medida de detención preventiva de una persona no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la ley (como la existencia de indicios en su contra), requisitos sin los cuales su imposición sí se torna injusta e, incluso, ilícita y da lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado.



Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

De conformidad con lo anterior, como la indemnización se abre paso cuando se demuestra que la privación de la libertad del procesado fue injusta, podría **no ser admisible ni justo con el Estado -el cual también reclama justicia para sí-** que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de ley ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una**

persona, como aquellos de que tratan los ya citados artículos 28 y 250 constitucionales (inclusive este último después de la modificación que le introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002), las normas de procedimiento penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mal puede imponer una condena en contra de este último. (Destacado fuera del texto original)

- 2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil)

A este respecto, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que debe estudiarse la actuación o conducta de quien fue privado de la libertad y determinar su incidencia en el daño alegado, esto es, en la vinculación al proceso penal e imposición de medida o decisión restrictiva de la libertad².

² Ibidem: “En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, pues no debe olvidarse que, para los eventos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispone que aquél (el daño) “se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando





Rama Judicial del Poder Público
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

Al respecto, será determinante analizar las actuaciones u omisiones de la Fiscalía General de la Nación que contribuyeron en la producción del daño antijurídico.

4) En virtud del principio iura novit curia, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.

Al respecto, señaló la Sección Tercera en la sentencia de unificación que de acuerdo a las particularidades del caso, el juez deberá determinar el título de imputación de responsabilidad que considere aplicable, para lo cual deberá manifestar en forma razonada los fundamentos de su decisión.

Esta es una posición, razonable que sin duda alguna consulta los postulados del Derecho Natural y consecuentemente los valores jurídicos de la Justicia y la Equidad. Esto es así, por cuanto el Derecho es el ordenamiento de la vida social, expresado en normas jurídicas y basado en los valores de la seguridad, la justicia y la equidad. Entonces el Derecho no es la norma positiva y ya está; No, consiste en el valor supremo de la justicia y la equidad que se concreta en cada norma positiva.

Así las cosas, no se trata de subsumir unos hechos en tal o cual norma y/o en tal o cual sentencia de unificación, sino de aplicar al caso particular de manera juiciosa y razonada el ordenamiento pertinente.

Si se tratara de simplemente subsumir hechos en hipótesis jurídicas sobraríamos los abogados y los jueces ya que simplemente se crearía un algoritmo capaz de realizar una simple y mecánica operación de superposición y ya está.

ésta haya actuado con culpa grave o dolo”, de modo que en los casos en los que la conducta de la víctima esté provista de una u otra condición procede la exoneración de responsabilidad del Estado, por cuanto en tal caso se entiende que es esa conducta la determinante del daño.”

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Con esta rectificación jurisprudencial, que a nuestro juicio es pertinente y aplicable, queda claro entonces que **la privación de la libertad adoptada por las autoridades judiciales solo puede calificarse como injusta y el daño causado como antijurídico, cuando es abiertamente transgresora de las normas convencionales, constitucionales y legales que autorizan la restricción del derecho a la libertad.** Ello en cualquier caso en que se haya impuesto la medida de aseguramiento y luego sobrevenga la absolució n o desvinculaci3n del procesado, sea cual fuere la causa, incluso cuando se encontr3 que el hecho no existi3, el sindicado no lo cometió, la conducta era atípica o ante la aplicaci3n del principio de *in dubio pro reo*.

Ahora, la Corte Constitucional en sentencia de unificaci3n SU- 072 de 5 de julio de 2018, informada mediante comunicado de esa misma fecha, pero publicada con posterioridad a la rectificaci3n jurisprudencial del Consejo de Estado, igualmente seña ló que en los t3rminos del artí culo 90 Constitucional y sentencia C-037 de 1996, el juez debe valorar si la privaci3n de la libertad fue injusta y si es un daño antijurídico, lo que implica definir si la decisi3n que restringió la libertad fue proporcionada, razonable y conforme a derecho. Así lo indic3:

*“En el caso de la privaci3n injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas seña ladas, esto es, que el artí culo 90 de la Constituci3n no define un título de imputaci3n y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputaci3n preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresi3n “injusta” necesariamente implica definir si la providencia a trav3s de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue **proporcionada y razonada, previa la verificaci3n de su conformidad a derecho...**” (Subrayado fuera del texto)*

Sumado a lo anterior, la Corte en la referida sentencia de unificaci3n se pronunci3 en lo referente al r3gimen de responsabilidad aplicable en privaci3n injusta de la libertad, para destacar que: **i) de ningú n modo puede existir un r3gimen estricto, automá tico e inflexible de responsabilidad extracontractual del Estado por privaci3n injusta de la libertad³; ii) tratándose de casos donde**

³ Sentencia SU072 de 2018 “108. Lo anterior permite afirmar que establecer el r3gimen de imputaci3n, sin ambages y como regla definitiva de un proceso de reparaci3n directa por privaci3n injusta de la libertad, contraviene la interpretaci3n contenida en la sentencia C-037 de 1996 que revis3 el artí culo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe entenderse como una extensi3n del artí culo 90 superior, dado que así fue declarado en la correspondiente sentencia de constitucionalidad.”





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

sobrevenga la absolución del procesado porque no se desvirtuó la presunción de inocencia - principio de *indubio pro reo* - o por atipicidad subjetiva de la conducta, entre otros, NO puede juzgarse la responsabilidad del Estado bajo un régimen objetivo, sino que debe establecerse si la decisión que impuso la medida de aseguramiento de detención es inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, esto es, **debe juzgarse bajo el régimen de responsabilidad subjetivo de falla del servicio**⁴; iii) solo sería viable jurídicamente aplicar el

régimen de imputación objetivo en casos en que el hecho no haya existido o ante atipicidad objetiva⁵, pero en todo caso, siempre debe analizarse previamente la antijuridicidad del daño; iv)

4 Ibidem: “106. Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la conducta y la aplicación del *indubio pro reo*– exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

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

(...)

En un esquema acusatorio, que se basa en actos de investigación a cargo principalmente de la policía judicial[329], en el cual la contradicción y la valoración de la prueba, se materializan en el juicio oral, es desproporcionado exigirle al Fiscal y al juez con función de control de garantías que hagan valoraciones propias de otras fases procesales en aras de definir, en etapas tan tempranas y a partir de elementos con vocación probatoria que se mostraban uniformes, la imposibilidad de que el procesado hubiera ejecutado la conducta, ya que, se reitera, quien tiene la competencia para decidir acerca de la contundencia demostrativa de aquellos elementos es un funcionario judicial que actúa en etapas posteriores a las previstas para definir asuntos como la libertad.

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

107. Así las cosas, incluir la absolución en ese caso o cuando, por ejemplo, no se logra desvirtuar la presunción de inocencia; concurre una causal de ausencia de responsabilidad como la legítima defensa o el estado de necesidad; o la conducta, a pesar de ser objetivamente típica, no lo era desde el punto de vista subjetivo, en los eventos en los cuales es indiscutible la responsabilidad estatal, además de negar los principios que la determinan, soslaya que tales circunstancias están determinadas por juicios esencialmente subjetivos.”

5 Ibidem: “105. Esta Corporación comparte la idea de que en dos de los casos deducidos por el Consejo de Estado –el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica– es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada, luego, para esos eventos es factible aplicar un título de atribución de carácter objetivo en el entendido de que el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos.

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

el régimen de imputación **preferente es la falla del servicio o subjetivo**, mientras que los demás de daño especial y riesgo excepcional u objetivos son residuales, y a éstos solo puede acudir cuando el régimen subjetivo resulta insuficiente para resolver el caso⁶; y **v)** en todos los casos debe el juez administrativo estudiar el expediente penal a efectos de valorar la conducta de la víctima de la restricción de la libertad, pues ésta puede tener la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado por irresponsabilidad administrativa⁷.

Precisados los anteriores aspectos, la Corte refirió que en aplicación del principio de *iura novit curia*, debe el juez de lo Contencioso Administrativo establecer un régimen de imputación en cada caso particular, de acuerdo a los hechos probados y particularidades de cada asunto, **sin embargo, en todos los casos y en forma previa debe siempre valorar o verificar la antijuridicidad del daño, esto es, si la actuación judicial obedeció a una actuación arbitraria, desproporcionada e ilegal**. Así lo precisó en los siguientes apartes de la sentencia:

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

En efecto, estando en ciernes la investigación, el ente acusador debe tener claro que el hecho sí se presentó y que puede ser objetivamente típico, luego, en este tipo de casos el juez administrativo puede ser laxo desde el punto de vista probatorio y valorativo, en tanto en estas circunstancias es evidente que la Fiscalía, hoy los jueces[326], disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos y, en tal virtud, deberá ser la administración la que acredite que fueron causas ajenas e irresistibles a su gestión, las que propiciaron la imposición de la medida.”

6 Ibidem: “102. De acuerdo con ese panorama y sin definir aún si efectivamente la sentencia C-037 de 1996 estableció un régimen de imputación concreto cuando el daño se ocasiona por la privación injusta de la libertad, se acota que el Consejo de Estado pasa por alto que **la falla en el servicio es el título de imputación preferente[322] y que los otros dos títulos –el riesgo excepcional y el daño especial-, son residuales, esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación[323]”**.

7 Ibidem: “Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa”.

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse.**

(...)

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

Se colige de lo expuesto, que actualmente es uniforme la postura jurisprudencial de las altas Cortes, adoptada en la sentencia C-037 de 1996 y en las sentencias de unificación del Consejo de Estado de 15 de agosto de 2018 y de la Corte Constitucional SU072 de 2018, las cuales se complementan, en el sentido de considerar que en **todos los casos, en primer lugar, debe establecerse si la privación de la libertad resulta ser injusta y, en consecuencia antijurídica, entendida ésta como una actuación desconocedora de los presupuestos y procedimientos convencionales, constitucionales y legales que legitiman la restricción de la libertad;** en segundo lugar, debe definirse el régimen de responsabilidad aplicable, estimando que **la falla del servicio (subjetivo) es el régimen general y preponderante aplicable,** pues los demás de carácter objetivo son residuales o excepcionales y solo aplican cuando el subjetivo sea insuficiente; y, en tercer lugar, siempre debe evaluarse, incluso de oficio, si concurre la culpa exclusiva de la víctima o cualquier otro eximente de responsabilidad, y si la respuesta es negativa, entonces, debe determinarse qué autoridad debe responder.

Al analizar los anteriores derroteros y al apelar a la lógica jurídica, fluye colegir con suficiente claridad que considerando que el análisis de antijuridicidad del daño prácticamente parte de la





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

valoración de una actuación ilegal, arbitraria, desproporcionada o arbitraria, esto es, un error judicial⁸, **en todos los casos en que se alegue la privación de la libertad debe hacerse un estudio bajo el régimen de imputación de responsabilidad subjetivo o de falla del servicio, y luego, solo si se torna insuficiente, da lugar a aplicar el régimen objetivo.**

Finalmente, en consonancia con lo dispuesto en su rectificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, debe precisarse que actualmente bajo los derroteros de las altas Cortes, de ningún modo puede considerarse antijurídico el daño por el solo hecho de la absolución o desvinculación del proceso penal, sino que la antijuridicidad y el injusto de la privación de la libertad está determinado por una actuación arbitraria, desproporcionada, inadecuada, irrazonable y desconocedora de los procedimientos legales, constitucionales y convencionales que autorizan la limitación del derecho a la libertad, requisito que debe valorarse inicialmente y en todos los casos. Para lo cual corresponde al juez de lo contencioso administrativo estudiar todo el proceso penal.

Del estudio de la antijuridicidad del daño

En el presente caso se tiene que el Sr. OSCAR JAVIER ZULUAGA HERRÁN, se le impuso una medida privativa de la libertad basándose la autoridad competente en los prerequisites que se tenían para esos efectos.

De cara a este hecho, es preciso recordar que en el artículo 28 de la Constitución Política⁹, el mismo Constituyente **autorizó** la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por

8 Las normas convencionales exigen la ocurrencia de error judicial como presupuesto para considerar injusta la privación de la libertad: el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual: *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”*; el artículo 14, numeral 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevé: *“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.”*; y, el artículo 9, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone: *“Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.”*

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





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto, la limitación de la libertad tampoco puede ser absoluta.

Adicionalmente es de advertir, Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento¹⁰, por manera que, al juez de control de garantías no le es dado decidir sobre el fondo de la imputación y mucho menos determinar si los hechos de que se acusó a eran ciertos o no. El Juez de Garantías solamente define si la captura se realizó bajo los parámetros legales y si la medida de aseguramiento es o no procedente.

Así pues, la actuación del Juez de Control de Garantías, se realizó en el marco de los siguientes enunciados por todos conocidos a saber:

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.”*

(...)

Así, en torno a la privación de la libertad de un procesado, el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, ha enseñado de tiempo atrás que:

¹⁰ Artículo 250 C.P.





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

“(...) La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. (...)”

Esta postura jurisprudencial, reiterada por el Consejo de Estado en varias oportunidades, y recogida en la reciente Sentencia de Unificación señala que **la privación de la libertad de una persona que posteriormente es dejada en libertad, no constituye daño antijurídico, si contra ella mediaron indicios de responsabilidad**, se indica en la Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, lo siguiente:

“(...) Ahora, como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obren en contra de la persona sindicada del hecho punible indicios graves de responsabilidad penal, según los ya mencionados artículos 388 del Decreto 2700 de 1991, 356 de la Ley 600 de 2000 e, incluso, el 308 del Código de Procedimiento Penal hoy vigente (...)” (Negrillas fuera del texto)

Cabe resaltar que no se trata de cualquier clase de indicios, sino que éstos deben ser suficientes para llevar al competente, en el caso que nos ocupa, al convencimiento de que es procedente la privación de la libertad, siempre que en el caso concreto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para la adopción de la medida, tal y como se observa aconteció en el asunto que dio origen al presente medio de control, pues mediaron elementos de prueba que fueron presentados por el Ente Acusador como sustento de la adopción de la medida privativa de la libertad, que apuntaban a la posible participación del hoy demandante en el delito imputado.

Ahora, si bien es cierto que se declaró la preclusión del proceso del hoy demandante en Sede Contencioso Administrativa, también lo es que El Juez A QUO, no comete un error grosero o realiza una actuación arbitraria que causa la privación de la libertad de OSCAR JAVIER ZULUAGA HERRÁN. **El error del juez no es entonces el que se traduce en una diferente interpretación de la ley a menos que sea irrazonable; es aquel que comporta el incumplimiento de sus obligaciones y deberes, sea porque no aplica la ley vigente, porque desatiende injustificadamente los precedentes jurisprudenciales o los principios que**

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

integran la materia, porque se niega injustificadamente a decir el derecho o porque no atiende los imperativos que rigen el debido proceso, entre otros. (La negrilla y el subrayado es propio).

Así, la sentencia del Juzgador que presuntamente ha ocasionado un perjuicio o daño al actor, en realidad fue la consecuencia de un proceso adelantado de conformidad con las ritualidades establecidas por la Constitución y la Ley como garantía del debido proceso, es decir, la decisión se toma después de un juicioso análisis de la causa petendi de facto y de una valoración de las pruebas de acuerdo con los postulados de la sana crítica y surge ese fallo, como la conclusión de un perfecto silogismo donde la premisa menor, constituida por los hechos y las pruebas aportadas al plenario se subsumen sin dificultad alguna en la hipótesis jurídica descrita por las normas aplicables al caso sub lite.

Ahora bien, es necesario recordar que la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, **exige la demostración de un daño antijurídico producto de una decisión que esté abiertamente en discordancia con el ordenamiento jurídico.**

En el caso que nos ocupa, no se observa que un presunto error de interpretación o una grosera y arbitraria aplicación de la Ley Penal y mucho menos que esta sea determinante para proferir la sentencia que causa el pretendido daño. Más aún, es pertinente afirmar, que la interpretación y análisis del juez, son imprescindibles para tomar decisiones judiciales. Así las cosas, no se trata de la simple aplicación de la norma, de subsumir los hechos presentados y probados de manera lata y llana, sino de un juicioso ejercicio de hermenéutica argumentativo para dar aplicación a las normas como quiera que el ordenamiento jurídico no es unívoco, sino que es susceptible de interpretación y adecuación hermenéutica según cada caso y basado en el criterio razonable del juez de la causa.

Ahora bien, si la parte no está de acuerdo con la decisión del fallador, para eso tiene los recursos que la Ley le otorga, mediante los cuales tiene la facultad de controvertir el fallo que a su juicio no se aviene a derecho y si el Ad quem le da la razón, entonces se habrá corregido el presunto error y a fortiori, no habrá lugar a esgrimir el título de “*error jurisdiccional*” por cuanto el mismo fue subsanado.

Ahora bien, si eventualmente pudo haber existido un daño el mismo no es en el caso sub iudice antijurídico, ya que no es producto de una arbitraria y grosera decisión judicial. En

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

este escenario, **NO** se entienden configurados los presupuestos para tener por estructurado el título de imputación alegado, esto es, “PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD”, por lo que en dicha medida se carece de causa para demandar, en consecuencia, se considera configurada la denominada **AUSENCIA DE CAUSA PETENDI** excepción que se alegará en el acápite correspondiente del presente libelo.

Pero adicionalmente, es preciso tener en cuenta que la víctima se trataba de una menor y entonces entra también a jugar un papel preponderante en la decisión del juez de garantías, **el llamado principio pro infans.**

En virtud del mencionado principio, se tiene el interés superior del niño y de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2009, Código de la Infancia y Adolescencia, por expresa prohibición no puede otorgar el subrogado penal de suspensión provisional previsto en el artículo 63 del CPP. En el caso sub iudice solo cabía la privación de la libertad del imputado, so pena del juez incurrir en prevaricato.

Así, por las razones expuestas en el contenido de la presente contestación de la demanda, de manera respetuosa, se considera que este extremo demandado, no está avocado a responder administrativamente por los hechos que generaron el presunto daño antijurídico que se dice fue irrogado al extremo demandante.

EXCEPCIONES DE MERITO

1. AUSENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR FRENTE A LA NACION RAMA JUDICIAL:

Esta excepción habrá de prosperar, teniendo en cuenta que todas las actuaciones adelantadas, fueron ajustadas al marco legal, pues ello se refleja después de una tranquila lectura de los hechos de la demanda que nos ocupa, pues podemos observar que las actuaciones procesales se surtieron debidamente, las providencias fueron proferidas respetando las normas sustanciales y procedimentales, razón por la cual a la parte actora no le asiste causa para demandar De conformidad al inciso segundo del artículo 200 del C.P.P. “En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial”. Por consiguiente, de estimarse que hay falla del servicio, ésta resultaría imputable a la Fiscalía porque asistiéndole la obligación legal al delegado del ente Instructor de adelantar de manera idónea la etapa de investigación, al parecer,

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

no actuó con la debida diligencia, no coordinó de manera adecuada con la policía judicial los procedimientos técnicos e idóneos que permitieron demostrar ante el juez de conocimiento su teoría del caso.

Tal como se afirmó anteriormente, es preciso tener en cuenta que la víctima se trataba de una menor y entonces entra también a jugar un papel preponderante en la decisión del juez de garantías, **el llamado principio pro infans.**

En virtud del mencionado principio, se tiene el interés superior del niño y de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2009, Código de la Infancia y Adolescencia, por expresa prohibición no puede otorgar el subrogado penal de suspensión provisional previsto en el artículo 63 del CPP. En el caso sub iudice solo cabía la privación de la libertad del imputado, so pena del juez incurrir en prevaricato.

2. INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Se reitera, no consideramos que haya existido privación injusta de la libertad y por ende responsabilidad atribuible a la Nación – Rama Judicial dentro de las actuaciones surtidas por los operadores judiciales dentro del trámite del proceso penal, toda vez que sus actuaciones estuvieron dentro del marco de la normatividad vigente. En consecuencia, no puede atribuírsele responsabilidad alguna a la Nación – Rama Judicial por la decisión de iniciar una investigación, dictar una medida de aseguramiento, que por demás fue dictada de acuerdo a los presupuestos establecidos para tal fin.

Solo puede catalogarse como antijurídico el daño, cuando la decisión privativa de la libertad está soportada en un análisis abiertamente transgresor de los estándares convencionales y normas constitucionales y/o legales, lo cual no ocurre en el caso sub-iudice. En efecto no estamos en presencia de una decisión judicial desproporcionada, irracional, inapropiada o arbitraria. Por el contrario, el juez de garantía realizó una ponderación razonada y celosamente apegada a la Constitución y la Ley, para proferir la decisión que restringió la libertad de la hoy demandante en sede contencioso administrativa.

3. HECHO DE UN TERCERO: Interpone este extremo demandado la presente excepción como quiera que fue la Fiscalía General de la Nación quien no cumplió cabalmente con su deber probatorio y en consecuencia no pudo desvirtuar la presunción de inocencia del hoy demandante. Así las cosas, no le quedaba otro camino al juez de conocimiento que absolver al imputado, con lo que la Rama

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Judicial, actúa dentro del marco legal cumpliendo su deber de administrar justicia en nombre de la República de Colombia y no pueden derivarse responsabilidades por ese actuar. En el caso que nos ocupa, si hubo daño antijurídico, su causa eficiente fue la Fiscalía General de la Nación y no la entidad que represento.

4.

5. EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA

Solicito comedida y respetuosamente a Su señoría, Decretar probada cualquier excepción que resultare probada en el decurso de este proceso y que no se hubiere manifestado expresamente en el presente libelo.

VII. PRUEBAS

Las obrantes en el presente proceso y que fueron allegadas por la parte demandante. Recordemos que de conformidad al artículo 246 del C.G.P. tienen el mismo valor probatorio que sus originales.

1. **INTERROGATORIO DE PARTE:** Que formularé en la oportunidad procesal pertinente al Sr. OSCAR JAVIER ZULUAGA HERRÁN, para que deponga sobre los hechos de la demanda según cuestionario que realizaré oportunamente. Los citados se encuentran en la Dirección por ellos indicada en el libelo demandatorio.

VII. FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Artículos 90, 228, 230, 237 de la Constitución Política.
- Artículos 65, 66, 67, 68, 69 de la Ley 270 de 1996.
- Artículos 144 y 164 del C.C.A., artículo 92 del C.P. C. y demás normas concordantes.





Rama Judicial del Poder Público
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

VIII. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7-96 Piso 8º y correo electrónico fgomezp@deaj.ramajudicial.gov.co
 CELULAR: 3202091885

El demandante en las direcciones suministradas en sus escritos.

De Su Señoría,

FREDY DE JESUS GÓMEZ PUCHE
 C.C. 8.716.522 de Barranquilla.-
 T.P. 64.570 del CS de la J

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co





Rama Judicial del Poder Público

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador - 3127011 www.ramajudicial.gov.co

