

REPARACIÓN DIRECTA
JL. 41968

Doctora

PAOLA ANDREA BEJARANO ERAZO

JUEZ TERCERA (3) ADMINISTRATIVO ORAL DE FACATATIVA

E.S.D.

JDO.3 ADMITIVO FACAT.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

RADICADO: 25-269-33-33-003-2019-00248-00

DEMANDANTE: HERNEY DARIO ANGULO RUSSY Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

FEB 24 '20 AM 8:35

SANTIAGO NIETO ECHEVERRI, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 6.241.477 de Cartago Valle, abogado en ejercicio, con Tarjeta Profesional N° 132.011 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando dentro del proceso de la referencia, en calidad de apoderado especial de la Nación-Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el poder que se adjunta al presente, con sus respectivos anexos, debidamente otorgado por la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía, quien ostenta la representación judicial de esta Entidad con base en la delegación conferida por el Fiscal General de la Nación, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me dirijo ante su Despacho para contestar la demanda presentada mediante apoderado por el señor **HERNEY DARIO ANGULO RUSSY Y OTROS**, en los siguientes términos:

A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

HECHO 1: Es cierto.

HECHOS 2, 3, 4, 5, 6 Y 7: Se refieren a la existencia de piezas procesales, de las cuales es menester atenerse a lo que documentalmente obra en el expediente.

HECHO 8: Me atengo a lo que frente a este hecho resulte probado en legal forma dentro del proceso.

HECHO 9: Se refieren a la existencia de piezas procesales, de las cuales es menester atenerse a lo que documentalmente obra en el expediente.

HECHOS 10, 11, 12, 13 Y 14: Me atengo a lo que frente a estos hechos resulte probado en legal forma dentro del proceso.

HECHO 15: No me consta. El apoderado de la parte actora realiza apreciaciones, de lo cual no se avizora pruebas o evidencias en la demanda y anexos.

HECHOS 16 Y 17: No me constan. Me atengo a lo que frente a estos hechos resulte probado en legal forma dentro del proceso.

HECHO 18: No me consta.

HECHOS 19 Y 20: Me atengo a lo que frente a estos hechos resulte probado en legal forma dentro del proceso.

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 algún tipo de responsabilidad en cabeza de mi representada, por las siguientes razones:

Sea lo primero indicar que los perjuicios se encuentran sobreestimados, al igual que no existe prueba de los mismos, no existe evidencia y/o prueba del supuesto daño sufrido por la parte demandante. Así mismo, no se aportó prueba ni evidencia que en primer lugar determine que la privación de la libertad de HERNEY DARÍO ANGULO RUSSY haya sido injusta, y mucho menos que la parte demandante haya sufrido algún tipo de los perjuicios aducidos en la demanda.

En este estado del análisis es pertinente indicar que la parte actora no reclama ni demanda por error judicial ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por tal motivo, por estos títulos de imputación citados no podrá ser declarado responsable la entidad que represento - Fiscalía General de la Nación.

La Fiscalía General de la Nación actuó facultada por la ley para vincular a la investigación y solicitar la medida de aseguramiento ante el Juez con funciones de control de garantía contra el señor HERNEY DARÍO ANGULO RUSSY, toda vez que las pruebas con las que inicialmente contaba y reposaban en el expediente, conducían a presumir la responsabilidad de este.

No es cualquier error o desacierto, el que debe ser sancionado en materia administrativa, sino aquel que desborde flagrantemente los parámetros establecidos para las funciones propias del administrado de justicia, si no fuera así, se estaría vulnerando el principio constitucional de la libre valoración probatoria.

Ahora bien, para que pueda estructurarse una responsabilidad patrimonial de un ente público, no basta con que exista un daño, sino que además, es menester que este daño sea antijurídico, sufrido por la víctima y que ese daño sea el efecto DIRECTO de la falla del servicio, lo cual debe estar plenamente demostrado y en el caso que nos ocupa, es absolutamente claro que no fue probado.

Del texto de la demanda, no se aprecia un extremo de particular importancia, para que se despache favorablemente las pretensiones de la demanda, cual es una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio imputable a mi representada la Fiscalía General de la Nación, por lo cual no es viable predicar hechos y omisiones que constituyan faltas o fallas en el servicio de la administración de justicia, en consecuencia Señora Juez, mal podría endilgarse responsabilidad alguna a la Entidad que represento.

Si bien es cierto que, a la Nación-Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar la investigación, para que de acuerdo con la prueba obrante en ese momento, solicite como medida preventiva la detención del sindicado, si lo cree conveniente, le corresponde al juez de garantías, estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, elementos materiales probatorios y evidencias física, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

Como es bien sabido, mediante Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo un cambio radical en el sistema de enjuiciamiento penal en Colombia, erigiendo un sistema de partes que relevó a la Fiscalía General a ser una más dentro del proceso, concentrando las decisiones que afecten los derechos fundamentales, en especial el de libertad, en los jueces de control de garantías en la etapa preliminar. En ningún caso la Fiscalía General de la Nación, o sus delegados, pueden emitir decisiones que afecten el derecho fundamental a la libertad, es una facultad con reserva judicial.

En ese sentido la Constitución Política dispone, en su artículo 250, numeral 1º, que el fiscal, en ejercicio de sus funciones deberá "Solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas."

Con todo respeto me permito reiterar lo expuesto en su oportunidad en el sentido de que la Falla del Servicio, atribuida a la Entidad a la cual represento no está demostrada dentro del presente proceso contencioso administrativo, siendo la actuación de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, ajustada a derecho sin que genere ninguna clase de perjuicios a los demandantes, ya que para que los mismos sean reconocidos no basta con enunciarlos o afirmarlos como se hizo en el escrito demandatorio, sino que es necesario que se prueben, lo cual no sucedió.

La responsabilidad por parte del Estado que se pretende con la presente acción, no reúne los requisitos exigidos para el efecto, a saber:

"...Para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes supuestos:

Existencia del hecho (falla del servicio).

Daño o perjuicio sufrido por el actor.

Relación de causalidad entre el primero y el segundo..."¹.

En lo que hace relación a la falla del servicio, la jurisprudencia ha señalado que la falla debe ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo anterior fue manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado, en sentencia de agosto 5 de 1994, Expd. 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

"...Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación..."

"...La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falla. Ella debe ser de tal entidad, que teniendo

¹ Sentencia de 18 de abril de 1967 - Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: William Bendeck contra la Nación. Anales del Consejo de Estado. Tomo LXLL Número 413-414 páginas 257 y ss. Responsabilidad por falta o falla del servicio.

en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente"...".

En este orden de ideas, si bien es cierto que la responsabilidad que tiene el Estado por las acciones u omisiones de sus autoridades, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 90 de la Carta Política, obligan a su reconocimiento de los daños causados, también lo es, que dicha responsabilidad sólo surge cuando se cumplen los mencionados supuestos y/o requisitos, es decir una falta o falla en el servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; un daño que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho con las características generales que la ley determina para que sea indemnizable, que sea cierto, determinado o determinable, evaluable, etc; una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.

Ahora, en cuanto a la responsabilidad que le asiste a la demandada, NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, se debe traer a colación los más recientes pronunciamientos que el Consejo de Estado ha tenido en siete casos similares de privación injusta de libertad, rituados bajo el imperio de la Ley 906 de 2004, en que declaró la FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA de la Fiscalía General de la Nación. Al respecto, señaló el Alto Tribunal²:

"...Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996³), 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, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial, (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada⁴.

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

² Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A., de junio 24 de 2015. C. P. Hernán Andrade Rincón, Exp. 38524, Demandante: Carlos Tuñón Ardila y otros vs Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación.

³ "(...) Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial: '8. Representar a la Nación - Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados judiciales'".

⁴ En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 8 de julio del 2009, Exp. 17.517, del 23 de abril de 2008, Exp. 17.534, y del 15 de abril de 2010, Exp. 18.284, entre otras., todas con ponencia del Consejero, Doctor Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 38.276 C.P. Doctor- Hernán Andrade Rincón.

investigador - Fiscalía- la facultad jurisdiccional⁵, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo Código de Procedimiento Penal - Ley 600 de 2000-.

*Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual **las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal⁶**, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el 18 de noviembre de 2005 por el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor.*

*Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad de Julián Tuñón Gálviz, si bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy 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, razón por la cual se configura frente a la Entidad la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva**, por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz...” (Subrayas fuera de texto).*

Otro pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, exp. 40217, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, en el que manifiesta al respecto:

“...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 del antiguo código de procedimiento penal –Ley 600 de 2000-.

⁵ Finalidades de la Ley 906 de 2004, Sentencia C - 591 del 9 de junio del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández -En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal, perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecerla función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionarlos despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crearla figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio-.

⁶ Sentencia C-591 de junio 9 del 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández: "...Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales".

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad son proferidas por los jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso en el que el 8 de diciembre de 2006, en audiencia de legalización de captura y de formulación de cargos, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Barrancabermeja con Funciones de Control de Garantías decretó la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, en contra del actor.

Si bien la medida de aseguramiento que se le impuso al señor Diego Mauricio Molina fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que este organismo no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del actor, pues esta facultad le correspondía a la Rama Judicial (juez de control de garantías) por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales.

En ese orden de ideas, forzoso resulta concluir que, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, pues la decisión que causó la privación de la libertad del señor Diego Mauricio Molina fue proferida por la Rama Judicial...”

Otro pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2016, exp. 41573, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, en el que manifiesta al respecto:

“...4. La falta de legitimación de la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación

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 responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia. (inciso segundo artículo 49 de la ley 446 de 1.998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1,996), 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 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 códigos antiguos de Procedimiento Penal Decreto Ley 2700 de 1.991 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 disposiciones 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 auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaro la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios.

Así pues en el asunto sub examine que llevo a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo 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 si 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...”.

Pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de junio de 2016, exp. 41604, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en el que manifiesta al respecto:

“... (...)

En el presente caso se encuentra que el objeto del debate tiene relación con la privación injusta de la libertad del señor Fabián Augusto Chica, tema respecto del cual la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, asunto en el que sea fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

(...)

Esta situación claramente le permite a la Sala afirmar que el señor Fabián Augusto Chica no estaba en la obligación de soportar la privación de la libertad a la que fue sometido, desde el 21 de octubre de 2005 hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad, por cuanto se encontró que este no cometió ningún delito, de ahí que el daño a él irrogado se torne en antijurídico y nazca la correlativa obligación de reparar el daño, según lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, en este caso únicamente en cabeza de la Rama Judicial.

Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Armenia en Función de Control de garantías; circunstancia que, por si sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía general de la nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), es el juez, quien luego de “escuchados los argumentos del Fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa”, valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición.

En efecto, tal y como la ha expuesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen

las funciones de investigar y acusar – Fiscalía General de la nación – y sobre quien radica la función de juzgar – Rama Judicial.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normatividad procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió...”

Otro Pronunciamiento realizado por el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42476, C.P. MARTA NUBIA VELASQUEZ, en el que manifiesta al respecto:

“...Ahora bien, en relación con la responsabilidad que le cabe a las entidades demandadas debe decirse que en este caso únicamente se realizará en cabeza de la Rama Judicial. Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal en Función de Control de Garantías de La Tebaida; circunstancia que, por sí sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), es el juez, quien luego de “escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa”, valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición.

En efecto, tal y como lo ha puesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar - Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial-.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió...”

Pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42555, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en el que manifiesta al respecto:

“...Ahora bien, en relación con la responsabilidad que le cabe a las entidades demandadas debe decirse que en este caso únicamente se realizará en cabeza de la Rama Judicial. Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal en Función de Control de Garantías de La Tebaida; circunstancia que, por sí sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 906 de 2004), es el juez, quien luego de “escuchados los argumentos del fiscal, el

ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa”, valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición.

En efecto, tal y como lo ha puesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial-.

Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió...”.

Otro pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 41608, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, en el que manifiesta al respecto:

“...Finalmente, respecto a la representación de la Nación por las entidades demandadas, esta Sala debe expresar que a la Fiscalía General de la Nación no le resulta atribuible el daño alegado por la parte actora, pues, analizado el trámite procesal, en la participación de dicha entidad no logró evidenciarse una vulneración de los derechos de la parte demandante, puesto que no existen pruebas que demuestren que sus decisiones hayan sido la causa de la privación injusta de la señora Fernelly Arias Aristizábal, comoquiera que si bien el ente acusador puso a disposición del Juez de Control de Garantías el material probatorio y su teoría del caso; fue este último quien conforme a las facultades que le otorga la normatividad y en ejercicio de la sana crítica, quien consideró prudente imponer la medida de aseguramiento contra la mencionada señora Arias Aristizábal; por ende la condena será impuesta únicamente en contra de la Rama Judicial....”.

Y en un octavo pronunciamiento, más reciente, en el que este Alto Tribunal, a través de sentencia de abril 26 de 2017, C. P. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicación número 52001-23-31-000-2010-00082-01 (47380). Actor. Jhon Carlos Peña Viscaya y otros, señaló:

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

En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002⁷ y Ley

⁷ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional MP Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que “(...) En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la **función investigativa de la Fiscalía General de la Nación**, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) **instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con**

906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento"⁸, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, prevé:

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

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

"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal"⁹.

En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem¹⁰.

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal¹¹ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para

el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad. y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (. . .)". (Se destaca)

⁸ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política

⁹ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde "[solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas".

¹⁰ "ARTICULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda la detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o participe de la conducta investigada, y concorra cualquiera de las siguientes causales:

- "1 Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.
- "2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.
- "3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible

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

¹¹ Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba

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

resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.

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

Ahora, descendiendo al caso concreto, se colige que, en efecto, la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor John Carlos Peña Vizcaya se profirió en el marco de las competencias asignadas a los Jueces de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio, circunstancias frente a las cuales no resultó determinante la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues su intervención se limitó a pedir que se decidiera sobre la procedencia de la aprehensión y la emisión de sentencia condenatoria

De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección¹², no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, le son imputables a la Rama Judicial, lo que impone la modificación de la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere.

(...)

En este orden de ideas, al no probarse la falla en el servicio y por corresponder a una decisión que adoptó el juez de garantías se tiene que no le son imputables las pretensiones de la demanda a la Fiscalía General de la Nación.

En efecto, la Ley 906 de 2004 destacó el papel de la FISCALÍA, como un ente netamente investigador y acusador, quitándole la responsabilidad de decidir sobre la libertad de los procesados a través de la medida de aseguramiento, dejando dicha facultad en los jueces de control de garantías, mismos que hacen parte exclusivamente de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL. En ese sentido, al no tener injerencia alguna en la decisión de si se priva o no de la libertad a los sujetos del proceso penal, la Fiscalía General de la Nación no puede ser llamada a responder por las decisiones que toma el juez respecto de las medidas de aseguramiento, ya que es a éste a quien le compete determinar si hay lugar o no para declarar la restricción de la libertad con fundamento en un criterio propio y autónomo, basado en la valoración del material probatorio recaudado por la Fiscalía.

"Escuchados los argumentos del fiscal. Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión "La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia" (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente".

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 43345, reiterada en fallo del 24 de octubre de 2016, expediente 43943, entre otros.

Precisamente, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración 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, medida proferida por el Juez de Control de Garantías, quien decretó la medida de aseguramiento en contra del actor.

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni falla en el servicio, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY.

La Ley 906 de 2004, por la cual se expidió en Nuevo Código de Procedimiento Penal, establece en su artículo 306:

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

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

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

Esa evaluación de los elementos que exige el artículo antes transcrito debe llevar a la inferencia razonable del juez sobre la posible participación o autoría del imputado en la conducta que se le endilga al procesado. Luego entonces, si además de ello se puede establecer que la medida es necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, que el imputado constituye un peligro para la comunidad o para la víctima, o que resulta probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá con la sentencia, el juez de control de garantía impondrá la medida de aseguramiento que sea proporcional a los fines perseguidos¹³.

Como se observa, el papel del Juez Constitucional de Control de Garantías es de suma importancia para el procedimiento penal con tendencia acusatoria, donde el fiscal cumple con su rol de parte acusadora, pero en ningún estadio procesal puede ordenar esta clase de medidas.

Así mismo se establece en el artículo 308:

*“Requisitos. **El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir***

¹³ Art. 308 de la Ley 906 de 2004.

razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

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

Al punto, debe reiterarse que en este nuevo sistema, a la Fiscalía General de la Nación y sus delegadas les corresponde detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias y conseguir información general sobre un hecho delictivo o en general diseñar el programa metodológico de la investigación con el propósito de inferir que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y proceder a formular una imputación ante el juez de control de garantías (art. 286). En ese momento, la Fiscalía debe describir al imputado, dar su nombre y/o número de identificación y condiciones civiles como profesión, estado civil, nombre de los padres, ciudad donde es oriundo y demás, para identificarlo plenamente. Así mismo, relatar claramente los hechos y solicitar la medida de aseguramiento que le corresponde imponer al juez de control de garantías, como lo señala el artículo 306 de la Ley 906 de 2004.

Posteriormente, la Fiscalía puede formular la acusación o preclusión de la investigación, decisión que es adoptada por el juez de conocimiento -art. 331 Ley 906 de 2004-; es decir, el juez es el destinatario de toda la actividad probatoria y adopta las decisiones relacionadas con la privación de la libertad y absolución o condena a los procesados. Por lo tanto, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; sin embargo, no tiene la facultad de privar de la libertad a las personas, salvo las excepciones contempladas en la ley (artículo 300), pues dicha función le corresponde al Juez de Control de Garantías por solicitud del Fiscal, como se establece en su artículo 297 y siguientes, y por tal en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, Ley 906 de 2004, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarlas a los jueces con función de control de garantías, ya sea al legalizar una captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional conferida en el artículo 300, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento.

En efecto, la labor de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal mencionado -Ley 906- no obliga al Juez a tomar la determinación acerca de la restricción de la libertad del procesado, aun cuando es la Fiscalía quien, inmediatamente se presenta la comisión de un delito, toma el control de la investigación y una vez recaudado el suficiente material probatorio relacionado con la ocurrencia del delito y el autor del mismo, lo pone en conocimiento del Juez de control de garantías, solicitándole la expedición de la orden de captura y, posterior a la captura del posible autor, solicita ante el mismo Juez, la legalización de la orden de captura, realiza la imputación de cargos y solicita la imposición de la medida de aseguramiento; y así ocurrió en la investigación penal donde fue involucrado el señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, tal como se corroborar en el proceso penal.

De tal forma que, en el presente caso, es evidente que no le asiste responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, en el entendido que su actuación en el proceso penal acusatorio, estipulado en la Ley 906, es simplemente como parte acusadora, puesto que ninguno de sus agentes fue quien ordenó la privación de la libertad del señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, pues por una parte, y por otra, el Juzgado con Funciones de Control de Garantías, el que decretó la restricción de su libertad, por tal razón se presenta frente a mi representada la excepción, se reitera, **-falta de legitimación en la causa por pasiva-**.

Por el contrario, no se puede predicar lo mismo de la responsabilidad que le asiste a la RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, pues en el proceso penal que cursó en contra del señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, y donde fue privado de su libertad- generándose el daño, el encargado del direccionamiento del proceso penal, así como la decisión final de disponer de la libertad del investigado al momento de resolver su situación jurídica, con medida de aseguramiento, fue el Juzgado con Funciones de Control de Garantías.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha sostenido que para que un quebranto patrimonial sufrido por un particular revista el carácter de perjuicio indemnizable se necesita, sin embargo, la concurrencia de ciertos requisitos. Entre ellos y en primer lugar, la antijuridicidad del perjuicio; así en situaciones de orden público los ciudadanos tendrían que soportar, bajo ciertas circunstancias, las dificultades que el control de ese orden público pueda causarle. La ley permite en ciertos casos la retención de personas, el allanamiento, la requisa, la retención preventiva de ciudadanos. En estos asuntos se causa un perjuicio, pero dadas las circunstancias, la persona tendría el deber de soportarlos¹⁴.

Es importante enfatizar, Señora Juez, lo expuesto por el tratadista **JAIME BERNAL CUÉLLAR**, en relación con la captura *"La captura es un acto material o físico de aprehensión que se puede llevar a cabo antes, durante o después del proceso. En esto se diferencia de la privación jurídica de la libertad, que se concreta en decisión judicial denominada detención preventiva, cuyo pronunciamiento sólo puede hacerse durante el proceso y previo cumplimiento de ciertos presupuestos, como la vinculación legal del imputado"*¹⁵.

En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional mediante sentencia C-774 de 2001 reiteró que la potestad de configuración legislativa, en materia de la aplicación de la detención preventiva, tiene como límites los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, además de los fines que aquélla persigue, no sólo para evitar que se desoriente su carácter preventivo - no sancionatorio de modo que esa medida no pueda convertirse en un mecanismo indiscriminado, general y automático. Bajo tales supuestos se especificó que para la procedencia de tal medida *"no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que requiere, además, y con ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma"*.

Así las cosas, teniendo en cuenta los precedentes constitucionales citados anteriormente, considero que no existe relación de causalidad entre el daño sufrido

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de febrero de 1994.

¹⁵ Jaime Bernal Cuellar-Eduardo Montealegre Lynett. El Proceso Penal, Tercera Edición, Pág 80.

por los demandantes con la actuación surtida por la Fiscalía General de la Nación y el Juzgado con función de garantías y de conocimiento, como quiera que la imposición de la medida de aseguramiento, responde a los elementos de conocimiento demostrados en la audiencia llevada a cabo y a las circunstancias del delito imputado en ese momento al procesado, cuestión ésta totalmente independiente y autónoma.

Luego entonces, mal podría condenarse a la Fiscalía General de la Nación al pago de los perjuicios solicitados por la parte demandante, considerando que si bien, la Fiscalía presentó imputación en contra del demandante, fue el Juez, quien le impuso la medida de aseguramiento. Por consiguiente, estimo que la actuación realizada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se enmarca dentro de los cometidos estatales que le han sido asignados en materia de investigación y juzgamiento de las causas penales, por lo cual la responsabilidad recae en la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, pues fue el Juzgado el encargado de privar de la libertad al señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, la excepción de inexistencia del daño imputable a la Entidad que represento.

Por ello, NO se encuentran probados los diferentes elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa de mí representada, es decir, el hecho dañoso y la relación de causalidad entre uno y otro, por lo cual deberá negarse las súplicas de la demanda respecto de mi representada.

En tratándose de error jurisdiccional, éste debe ser analizado, bajo la perspectiva de que al juez se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se asomen a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico, por lo tanto esta modalidad de error no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia, por el contrario, su comisión debe enmarcarse dentro de una situación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrante violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas y no de conformidad con su propio arbitrio, lo que en el sub judice no sucedió.

Señora Juez, en el caso que nos ocupa, no se configura ningún tipo de error, es decir, al examinar las actuaciones de mí representada, tal como lo aduce y quiere hacer ver la parte actora en la demanda, y sin probarlo, por cuanto el Fiscal actuó conforme a la ley, en cumplimiento del deber legal, por tal motivo, estamos frente a una AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO.

Es de resaltar que la Fiscalía tiene la obligación constitucional de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores y para el cumplimiento de la misma debe desplegar la actividad conducente, apegándose en todo momento, a lo dispuesto en los códigos en materia de derecho de defensa, debido proceso y demás garantías de los procesados.

Esta competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación, constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía General de la Nación a través de la Fiscalía de conocimiento y con fundamento en pruebas legalmente

aportadas, dio inicio a la correspondiente investigación penal, vinculando al demandante.

Ciertamente, para proferir la medida de aseguramiento no es necesario que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria. Sobre la plena prueba de la responsabilidad, el autor Carlos A. Guzmán Díaz, en la obra Procedimiento Penal Aplicado, expresa lo siguiente:

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

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

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

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

La privación de la libertad que pesó en cabeza del señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, en el caso en estudio, no puede tildarse de "injusta", pues la misma estuvo fundada en pruebas serias, legalmente aportadas a la investigación, sin que con ello se vulnerara ningún derecho fundamental, ajustándose la medida a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la ley penal, como quiera que se encontraba plenamente acreditada la supuesta materialidad del hecho y existían indicios graves de responsabilidad en contra del implicado.

Por tanto, si bien el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial, no tiene ya la facultad –como sí ocurría en el anterior sistema- de disponer sobre la privación de la libertad de la investigada, salvo las excepciones contempladas en la ley –artículo 300-, pues dicha función le corresponde al Juez de Control de Garantías por

solicitud de la Fiscalía, ya sea al legalizar la captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento.

Si bien se absolvió del proceso penal al señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, eso por sí solo no significa que las medidas solicitadas por la Entidad que represento, fueron ilegales o no contenían los requisitos, lo que reafirma que se dio aplicación correcta a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, el cual requería de elementos probatorios que comprometieran la responsabilidad del sindicado, y éstos estaban más que presentes en el proceso penal. Existían serios indicios y pruebas al inicio de la investigación contra el demandante, por tanto, era deber de la entidad vincular a la investigación penal, al aquí actor y solicitar la imposición de la medida de aseguramiento y la imputación en su contra, pues era la única medida que procedía de acuerdo al delito investigado y a la época en que sucedieron los hechos.

Es decir, la Fiscalía General de la Nación no debe ser condenada dentro de la teoría de la falla en el servicio, dado que no cometió falla alguna, puesto que su actuación se surtió dentro de la gradualidad propia del proceso penal, contando con fundamentos fácticos, y dado que la realidad procesal obligaba a tomar las decisiones pertinentes.

Es de aclarar que la entidad que represento, dio inicio a la investigación penal contra el señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY por el delito de Homicidio.

Es preciso indicar que desde la vigencia de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación realiza solicitud de medida de aseguramiento, y es el Juez de Control de Garantías el que decide si la impone o no.

Tampoco es procedente una condena en el régimen de responsabilidad objetiva, dado que éste es uno de aquellos casos en que la víctima está en la obligación de soportar la detención, como compensación, de la vida en comunidad y contribución a la recta administración de justicia, y ahora pretende por este medio sacar provecho de su proceder contrario a derecho.

Esta razón es aplicable a casos como el que nos ocupa, dado que ha sido aceptada hasta en los fallos de mayor tendencia objetivista, resaltándose lo dicho por el Consejo de Estado en la sentencia del expediente 13.168, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, demandante: Audy Hernando Forigua Panche y otros, demandado: Nación-Ministerio de Justicia, de 4 de diciembre de 2006:

*“Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, **corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia**”* (Negrilla fuera de texto).

Resulta entonces claro, Señora Juez, a la luz de los criterios jurisprudenciales descritos y del análisis de los hechos que son materia de debate procesal, que la medida de aseguramiento impuesta al aquí demandante, fue una decisión proferida dentro del marco de la ley represora y tuvo como fundamento las pruebas allegadas a la investigación penal, las cuales fueron valoradas por parte de la Fiscalía de conocimiento en su oportunidad, por lo que la decisión de solicitar la aludida medida,

estuvo ajustada a la constitución, a la ley y jamás fue injusta, desproporcionada o arbitraria.

Aceptar que el Estado debe responder por todos los perjuicios, riesgos o peligros a los que se ven abocados permanentemente los ciudadanos, bien por actuación de terceros, bien por un actuar de la administración de justicia completamente ajustado a la Constitución y a la ley, como sucedió en el presente caso con la actuación realizada por la Fiscalía General de la Nación, sería tanto como pedirle milagros, como exigirle que sobrepasara las fronteras de lo que humanamente es posible.

Además, no debe olvidarse que dentro de la autonomía judicial, la valoración probatoria permite al juez como intérprete de la ley en el caso concreto, introducir distinciones sin que éstas lleven a pensar que esta interpretación desconozca los lineamientos legales y constitucionales y se erija como una decisión arbitraria.

Así las cosas, uno de los elementos que debió aparecer en este proceso para efectos de reclamar perjuicios al Estado, es que la limitación de la libertad deviniera **en injusta**, es decir, que la medida fuera desproporcionada al fin perseguido en sí mismo, pero aquí no se vislumbró eso, pues la medida estuvo soportada en sendas pruebas, de las cuales se predica su uso racional y proporcional a la causa fundante.

Entendiendo entonces, que la privación de la libertad es injusta cuando se impone de forma arbitraria, discrecional, desproporcional al fin perseguido y contraria a la justicia inmersa en el contenido normativo que la ampara, tal como lo dijo la Corte Constitucional:

*“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 6º, 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 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, **aun 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 del 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.**”¹⁶*

Corolario de todo lo dicho en precedencia, es afirmar que la medida de detención impuesta en contra del señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, no fue decretada por un funcionario de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que en el Nuevo Estatuto Procesal Penal –Ley 906 de 2004–, a dicho ente instructor solo se le otorgó funciones de “investigación y acusación”, razón por la cual, le correspondía al Juez de la causa determinar si la privación de la libertad era o no procedente.

¹⁶ La Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996, definió el carácter *injusto* de la privación de la libertad.

Con todo, considero que la medida restrictiva de la libertad al demandante fue expedida conforme a Derecho, puesto que se llegó a una inferencia razonable de la autoría o participación en el hecho punible y, en consecuencia, la privación de la libertad no fue injusta, por lo que no se configuró daño antijurídico alguno, y en caso de llegarse a probar la responsabilidad recaería en la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, y además sería culpa exclusiva de la víctima, por sus actuaciones por fuera de la ley, que puso en funcionamiento el aparato judicial del Estado y, de paso, provocó las decisiones y medidas que lo afectaron, acerca de lo cual vale la pena recordar que el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia- dispone que *"el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley"*, eventos éstos que, de llegar a configurarse, enervarían la responsabilidad del Estado; al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

"...razón por la cual el proceder negligente, imprudente y gravemente culposo de la víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por el hecho de vivir en comunidad, a fin de garantizar la efectividad de la función de Administración de pronta y cumplida Justicia.

'La reprochable conducta de la víctima, en el caso sub examine, hace que la decisión adoptada por la autoridad judicial aparezca como plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro¹⁷. "(...)"
(Subrayado del original - negrillas y subrayado sostenidos adicionales).

Cabe destacar que, frente a casos como éste, corresponde a la parte actora acreditar cuál fue la actuación del Estado que produjo el daño, además del nexo de causalidad entre estos dos elementos, los cuales, en el asunto *sub examine*, no se encuentran acreditados, ya que la decisión de privar de la libertad a los encartados, estuvo amparada por normas legales y constitucionales que reunían los requisitos para adoptar dicha medida.

De acuerdo con lo anterior, debe concluirse indefectiblemente que los Jueces de la República son los únicos facultados constitucional y legalmente para la imposición de medidas restrictivas de la libertad en el sistema penal implementado por la Ley 906 de 2004, razón por la cual, si bien es cierto, la Fiscalía General de la Nación cumple con su rol de parte acusadora, no es responsable de los prejuicios derivados de la privación de libertad de HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, por tal motivo, se debe exonerar de cualquier responsabilidad.

En conclusión, el Juez con función de control de garantías es el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del Fiscal, y determinar si tal solicitud resulta razonable, adecuada, necesaria y proporcional, y en caso de que así sea, autorizar la medida de aseguramiento como

¹⁷ Sentencia Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., febrero 16 de 2014. C. P. Enrique Gil Botero. Demandante: José Anibal Sánchez Blanco.

lo establece el artículo 250 de la Constitución, y es el que decide si dicta la medida de aseguramiento o reemplazarla por otra.

Justamente, la problemática que plantea la demanda no tiene origen o es resultado de la actividad o no de la Fiscalía General de la Nación, sino de causas y efectos totalmente diferentes. Precisamente, los hechos y las circunstancias que se endilgan, como causas imputables a mi representada, fueron decisiones y determinación directa de otra entidad, cual es el juez de garantías que también tuvo su propio juicio y valoración para tomar dicha determinación, como está ampliamente explicado.

En tales circunstancias, no podría pensarse, como lo pretende la parte actora, al analizar sus postulados bajo el simple criterio objetivo, de que el Estado y en este caso la Fiscalía está obligada a responder por los perjuicios causados a los ciudadanos, por el simple hecho de que se privó de la libertad y luego se absolvió de la investigación a su favor, sin estudiar las verdaderas circunstancias, actores y causa determinante que condujo a ello; ya que sólo pueden considerarse imputables a la Fiscalía cuando ha tenido por causa su acción o la omisión directa, lo demás es desbordar y desconocer los límites de responsabilidad.

En consecuencia, por tales circunstancias en el presente caso, la Fiscalía General de la Nación, no está llamada a responder en el evento de llegarse a probar algún daño, toda vez, que de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes, fue el Juzgado con Función de Control de Garantías, en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien adelantó todo el proceso penal en contra de HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, quien sería la Entidad llamada a responder.

Finalmente, la parte actora, no ha demostrado que la privación de la libertad de HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, se haya producido de manera injusta o arbitraria, sino que por el contrario, en el proceso existen pruebas contundentes que demuestran que la privación de la libertad se produjo cumpliendo con la plenitud de los requisitos que para tal efecto exige la ley, pues se contaba con elementos de juicio suficientes de los cuales se desprendía la posible responsabilidad del procesado.

Es de aclarar que la Fiscalía General de la Nación se encontraba obligada a dar inicio a la investigación penal, y en su momento contaba con los elementos probatorios para solicitar la medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, quien finalmente fue el que decidió decretarla. Es preciso indicar, que la entidad que represento dio inicio a la investigación penal por el delito Homicidio contra HERNEY DARIO ANGULO RUSSY.

En virtud de lo anterior, la Fiscalía General de la Nación se encontraba constitucional y legalmente obligada a dar inicio a la investigación penal. Así mismo, es preciso indicar que desde la vigencia de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación realiza solicitud de medida de aseguramiento, y es el Juez de Control de Garantías el que decide si la impone o no.

En el caso en estudio, se configura el eximente de responsabilidad para el ente acusador, de CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA, ya que el actuar del actor, señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, origino que el aparato judicial se

activará, por tal motivo, con su actuar se inició la investigación penal y el decreto de la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado con funciones de control de garantías. Es preciso indicar que el actor participo en la riña, de lo cual se puede concluir que el demandante se encontraba en el lugar de los hechos y participo en la riña que ocasiono la muerte de ENALDO MANUEL NARVAEZ, situación que conllevó a que se iniciará y se vinculara a la investigación penal, y que las pruebas en su momento, dirigían a que era un presunto responsable.

EXCEPCIONES

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

1. FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:

Al no corresponder a la Fiscalía General de la Nación, con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, imponer la medida de aseguramiento, ya que como se dijo anteriormente, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, **correspondiéndole al Juez de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes**, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, **es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer**. Y siendo ello así no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por "detención ilegal", **ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por mi representada.**

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

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

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

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

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

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

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

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”.

2. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Acerca de la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, el Consejo de Estado en diversa jurisprudencia se ha manifestado, diciendo que, cuando el perjuicio reclamado por la víctima ha sucedido por causa exclusiva de ella y la Administración de ninguna manera tenía la posibilidad de resistir, ni de prever la circunstancia causante del daño, entonces, ninguna responsabilidad le puede ser cargada, puesto que la propia persona fue la causante del daño que pretende reclamarle al Estado; es decir, no se constituye como un daño antijurídico. Sobre este tema se han traído extractos de jurisprudencia del Consejo de Estado en el marco teórico de este concepto. Y es que fue el demandante quien causó su

propio daño, al encontrarse realizando conductas por fuera de la ley, que hicieron que se pusiera en movimiento el aparato judicial.

Suficiente es lo anterior, para determinar que si bien se pudo generar un daño con el proceso penal adelantado, fue un daño antijurídico, pero la parte actora estaba en el deber jurídico de soportarlo, al quedar demostrado que generó la investigación penal en interés, es decir, que el daño es consecuencia de su propio actuar.

De otra parte, en el año 2014, en sentencia del Consejo de Estado se recopilaron las siguientes subreglas aplicables cuando se ha de determinar si opera la eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima:

Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. Así, la Sala en pronunciamientos anteriores ha señalado:

*"... Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual **la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de quien implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.** Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño..."*

De lo anteriormente traído a colación, es ajustado a derecho colegir que en el sub judice se configura un eximente de responsabilidad a favor de la Fiscalía General de la Nación por actuación excluyente de un tercero, teniendo en cuenta el instructivo que se adelantó y del cual se pudo establecer, en un comienzo, la presunta participación del aquí demandante en la comisión de la conducta investigada, por lo cual, la actuación de la Fiscalía fue acorde con las funciones que para tal efecto consagra el artículo 250 de la Carta, es decir, debía y tenía que vincular a los presuntos responsables de este acto delictivo, para con fundamento en las pruebas recolectadas y allegadas al proceso solicitar ante el Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento y la legalización de la captura, actuaciones todas éstas que se profirieron de acuerdo a las disposiciones legales vigentes para la época de los hechos, sin que por ello se pueda predicar que existió falla en el servicio por parte de la Entidad que represento.

Al respecto, es de recordar que el Consejo de Estado, en relación con hechos similares a los alegados por la parte actora, ya se ha pronunciado, recordemos:

"...constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañoso no sea imputable a la administración. Y se dice que no es imputable cuando quiera que se ha producido por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito...". (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Bogotá, D. C., 23 de Octubre de 1975 - Consejero Ponente Dr. Carlos Portocarrero Mutis - Ref. Exp. 1405 Actor Ananías Hernández Vargas - A.C.E. Año L Tomo LXXXIX Nos. 447 - 448 Página 438).

Se configura este eximente de responsabilidad, toda vez que el señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY ya que el actuar del actor, señor HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, origino que el aparato judicial se activará, por tal motivo, con su actuar se inició la investigación penal y el decreto de la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado con funciones de control de garantías. Es preciso indicar que el actor participo en la riña, de lo cual se puede concluir que el demandante se encontraba en el lugar de los hechos y participo en la riña que ocasiono la muerte de ENALDO MANUEL NARVAEZ, situación que conllevó a que se iniciará y se vinculara a la investigación penal, y que las pruebas en su momento, dirigen a que era un presunto responsable.

3. INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL

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

4. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

El artículo 90 de la Carta Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, en ella se señala expresamente que son los denominados ANTIJURÍDICOS, agregando además "que le sean imputables", causados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas.

Así, la responsabilidad estatal está construida a partir de la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y que excede las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad, en el caso específico de la privación injusta de la libertad, tales argumentos se dirigen a quienes ostentan facultad para ello, pero que lo hacen sin los presupuestos de la ley, y los que reciben sentencias condenatorias en ausencia de la certeza legal objetiva que demanda la norma procedimental penal para que el juez proceda de tal manera, circunstancias que no se ajustan al caso en concreto.

5. COBRO DE LO NO DEBIDO

No hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora conforme con lo expuesto anteriormente.

6. 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. AUSENCIA EN LA FALLA DEL SERVICIO POR PARTE DEL ENTE ACUSADOR:

La decisión de absolver de la investigación a favor de HERNEY DARIO ANGULO RUSSY, 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”.

Hay que tener claro que el proceso penal contemplado en la Ley 906 de 2004, tiene una filosofía acusatoria diferente al anterior *“debido a que la concepción del proceso penal como proceso de partes involucra justamente las nociones de la duda (decisión más allá de toda duda razonable), en calidad de variables que son incontrolables por parte del fiscal si la actividad de la defensa es lo suficientemente profesional como para quitarle piso a una acusación (...). Los conceptos penales nuevos, creados por la Ley 906 de 2004, requieren una adaptación en la teoría de la responsabilidad administrativa debido a que el proceso penal está más librado a las partes que al propio Estado en la demostración de la responsabilidad penal”*¹⁸

¹⁸¹⁸ PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Documentos Especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mayo de 2013, página 57.

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

7. LAS GENÉRICAS

Sean las anteriores razones suficientes por las que respetuosamente me permito replicar a la Señora Juez, para que se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda.

Finalmente podemos observar que la Fiscalía no violó ni desconoció los preceptos legales aducidos en el acápite Fundamentos de Derecho, como ya se dijo, actuó conforme a derecho y a lo ordenado por la Constitución Política y la Ley.

PRUEBAS

En cuanto a la obligación de allegar el expediente administrativo, se debe resaltar que en el caso objeto de estudio no se adelantó un expediente administrativo por la entidad que represento, lo que se dio fue la participación como parte en un proceso penal, la cual se demuestra con pruebas obrantes en el expediente allegadas por la parte actora y en cuanto a la custodia del referido expediente penal, el mismo reposa en la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en consecuencia no está en poder de mi representada.

PETICION

Con fundamento en los anteriores argumentos, solicito muy respetuosamente a la Señora Juez DENEGAR las pretensiones de la demanda, y se proceda al archivo de las diligencias.

ANEXOS

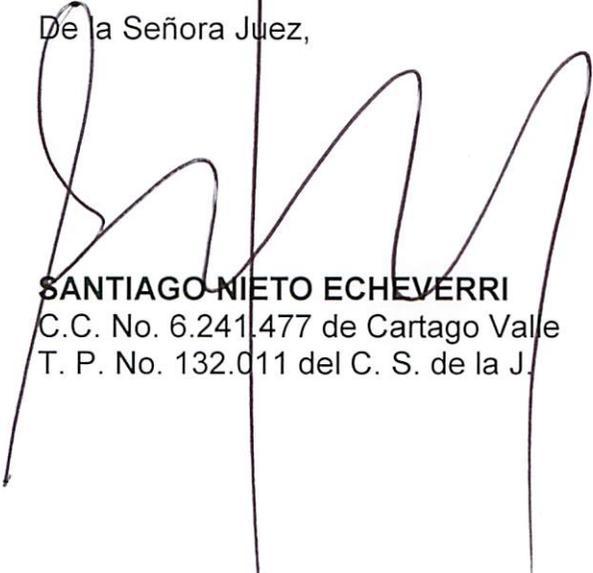
Acompaño al presente memorial los siguientes:

- Poder para actuar.
- Fotocopia de la Resolución número 0-0303 de marzo 20 de 2018 (Por medio de la cual se establece la organización interna de la Dirección de Asuntos Jurídicos y se dictan otras disposiciones).
- Fotocopia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación.
- Fotocopia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión del suscrito.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22B N° 52 - 01, Tercer Piso del Edificio "C", Ciudad Salitre, Bogotá, Oficina Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del Juzgado o al correo electrónico jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, jur.novedades@fiscalia.gov.co y Santiago.nieto@fiscalia.gov.co.

De la Señora Juez,



SANTIAGO NIETO ECHEVERRI
C.C. No. 6.241.477 de Cartago Valle
T. P. No. 132.011 del C. S. de la J.