



República de Colombia  
Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja  
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 29 JUN 2018

DEMANDANTE: DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ Y OTROS  
DEMANDADO: FISCALIA GENERAL DE LA NACION  
RADICACIÓN: 150013333014-2015-00159-00  
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (fls. 108-110)

Son en resumen las siguientes:

**PRIMERA.** Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por todos los daños y perjuicios ocasionados al grupo familiar, compuesto por **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** como perjudicada directa con la privación injusta de la libertad, **DENNY JULIANA LEON TOVAR**, **KINBERLY ALEJANDRA LEON TOVAR**, **ANGELA VALENTINA TOVAR RODRIGUEZ** y **MARLEN RODRIGUEZ**, como damnificadas en su calidad de hija mayor de edad, hijas menores de edad, representadas por la demandante y como madre de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, respectivamente.

**SEGUNDA.** Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la entidad a pagar a las personas relacionadas, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios materiales y morales a ellos ocasionados.

**TERCERA.** Que se condene a la entidad demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** en costas y agencias en derecho en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011,

**CUARTA.** Que las sumas de dinero que sean reconocidas en la sentencia, sean indexadas hasta cuando se verifique su pago.

**PERJUICIOS MATERIALES**

**A) LUCRO CESANTE:** Para la demandante **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** liquidándose el lucro cesante con el ingreso base de liquidación de \$800.000, salario mensual que devengaba al momento de la captura, lo que corresponde a un diario de \$26.666.66, tal como consta en la certificación expedida por la Dra. **SONIA SANCHEZ FIGUEROA**.

La señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** estuvo detenida desde el 05 de junio de 2012 hasta el 9 de abril de 2013 para un total de 304 días, privada de la libertad en una cárcel, lo que arroja un valor de \$8.106.666.66 dejados de devengar, que deben ser indexados hasta cuando se verifique su pago.

Como la **NACION - RAMA JUDICIAL**, concilió con los demandantes en un cincuenta y cinco por ciento (55%), de manera que se solicita que la demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, pague el

restante equivalente al cuarenta y cinco por ciento (45%) de las sumas dejadas de devengar que deben ser indexadas hasta cuando se verifique su pago.

Según la jurisprudencia, al periodo físico de detención, debe sumársele el tiempo que la persona tarda en conseguir trabajo con posterioridad a su salida de la cárcel, tiempo fijado en 35 semanas, equivalentes a 245 días, 8,75 meses, arrojando un valor diario de \$26.666.66 para un total de \$6.533.331.7 que multiplicados en un cuarenta y cinco por ciento (45%) equivale a \$2.939.999.2

#### RESUMEN DEL LUCRO CESANTE

1. Tiempo que duró detenida 304 días x \$26.666.66 salario diario = \$8.106.664.64 por 45% equivale a tres millones seiscientos cuarenta y siete mil novecientos noventa y nueve pesos (\$3.647.999)
2. Tiempo estimado jurisprudencialmente para conseguir trabajo = \$6.533.331.7 por 45% equivale a dos millones novecientos treinta y nueve mil novecientos noventa y nueve pesos con dos centavos (\$2.939.999.2)

#### TOTAL LUCRO CESANTE

\$6.587.998.2

#### B) PERJUICIOS MORALES

Para el grupo familiar el equivalente en SMLMV para cada uno de los demandantes, en virtud de los daños y perjuicios causados a los accionantes por la injusta detención carcelaria de **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, por espacio de 304 días en su residencia en la carrera 9 N° 25 36, Barrio Versalles del Municipio de Chiquinquirá, con medida de aseguramiento, de la siguiente manera:

1. **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** (perjudicada directa) 45 SMLMV
2. **KINBERLY ALEJANDRA LEON TOVAR** (hija) 45 SMLMV
3. **ANGELA VALENTINA TOVAR RODRIGUEZ** (hija) 45 SMLMV
4. **DENNY JULIANA LEON TOVAR** (hija) 45 SMLMV
5. **MARLEN RODRIGUEZ** (madre) 45 SMLMV

#### 2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls. 111-112)

Son, en resumen:

1. Para el día cinco (05) de julio del año dos mil doce, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** junto con cinco personas más, se trasladaron de Zipaquirá Cundinamarca a Garagoa Boyacá, a vender unas boletas para la rifa de un vehículo marca Chevrolet Spark GT color rojo, de placas RLU184, a cambio de un porcentaje.
2. En esa misma fecha la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** fue capturada en vía pública del Municipio de Garagoa por la Policía Nacional, por el presunto delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*.
3. El seis (06) de junio de dos mil doce (2012) en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa Boyacá, con función de control de garantías, se realizó imputación a la señora **DIANA MARCELA**



TOVAR RODRIGUEZ por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, con imposición de medida de aseguramiento consistente en prisión domiciliaria, mediante boleta de encarcelación N° 007 al no contar con el permiso para adelantar la actividad de venta de boletas para la mencionada rifa.

4. Según acta N° 47 del ocho (08) de junio de dos mil doce (2012) la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** fue conducida del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Chiquinquirá, a su residencia ubicada en la carrera 9 N° 25 36, Barrio Versalles de la misma ciudad, para dar cumplimiento a la medida impuesta por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa Boyacá, consistente en detención domiciliaria.

5. El tres (03) de septiembre de dos mil doce (2012) la Fiscalía 27 Seccional Garagoa, radicó el escrito de acusación en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y otras personas por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, contemplado en el artículo 312 del C.P.

6. El diecisiete (17) de octubre de dos mil doce (2012) la Fiscalía 35 Seccional de Garagoa formuló acusación en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** por la razón anteriormente expuesta.

7. El Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, adelantó el juicio oral en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y en fecha 8 de abril de 2013, emitió fallo de carácter absolutorio.

8. El nueve (09) de abril de dos mil trece (2013), el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en cumplimiento de la boleta N° 07 expedida por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, dejó en libertad a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**.

9. En sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil trece (2013), el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, absolvió a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y a otras personas, por haber probado que la conducta desplegada por la venta de boletas era atípica.

10. La señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, permaneció privada de la libertad desde el cinco (05) de junio de dos mil doce (2012) hasta el nueve (09) de abril de dos mil trece (2013), es decir, por espacio de 304 días.

11. El veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015), la Procuraduría 69 Judicial para Asuntos Administrativos, convocó audiencia de conciliación y la **NACION - RAMA JUDICIAL**, concilió en un cincuenta y cinco por ciento (55%) las pretensiones de los demandantes.

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y DE OCURRENCIA DEL DAÑO

Como fundamento a su demanda el apoderado se acoge a las contenidas en los artículos 1, 2, 6, 28, 29, 42, 85 y 90 de la Constitución Política, artículos 65, 68 y 73 de la Ley 270 de 1996, artículos 140, 142, 157, 161 numeral 1, 162 y ss., 192 y 309 del C.P.A.C.A., alegando que la normatividad aludida señala que el Estado debe responder por el daño causado a los administrados, más cuando el daño restringe el derecho fundamental a la libertad, configurándose el régimen de imputación objetivo dado que la Fiscalía y el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa se apresuraron a ordenar la detención de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** sin tener el acervo probatorio suficiente para sostener la medida, configurándose la falla en el servicio comoquiera que la medida de afectación de la libertad se tornó injusta, existiendo un nexo causal entre la expedición de la orden de captura y la privación, desencadenada por las actuaciones negligentes de las entidades

mencionadas ante una conducta que no existió, por ser producto de una investigación que no fue integral y que concluyó en su absolución, lo que da lugar a una indemnización al imponérsele una carga que no debía soportar.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 166-181)

La apoderada de la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** señala que el hecho 1 no le consta y es una afirmación de la parte demandante y respecto de los hechos del 2 al 11 además de no constarle, se atiene a lo que resulte probado.

Arguye que se opone a la totalidad de las pretensiones teniendo en cuenta que carecen de fundamentación fáctica y de derecho para su prosperidad, agrega que los perjuicios materiales deben estar probados, debiendo obrar en el proceso certificaciones que permitieran demostrar la verdadera relación laboral, así como la certificación del INPEC o centro de reclusión correspondiente.

Destaca que en el *sub judice* no se configuran los presupuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en cabeza de su representada toda vez que sus actuaciones se sustentaron en las previsiones constitucionales, sustanciales y procedimentales aplicables al caso de manera que no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, un error o una privación injusta de la libertad por cuanto el obrar de la entidad se enmarcó dentro de lo permitido por el artículo 250 superior y al momento de adoptar la medida de aseguramiento se encontraban presentes todos los requisitos para ello de acuerdo al artículo 306 de la ley 906 de 2004, siendo el Juez de control de garantías el encargado de emitir la decisión sobre su imposición conforme a las pruebas arrojadas en ese momento procesal.

Precisa que en el caso discutido el Juez consideró que se daban los requisitos exigidos por las normas, legalizando la captura e imponiendo medida de aseguramiento a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, de modo que la labor de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** se enfoca únicamente en la labor investigativa y acusatoria, sin que tenga injerencia en la imposición o no de la medida de privación de la libertad.

Propuso como excepciones las que denominó *inexistencia del daño, en cumplimiento de un deber legal y falta de legitimación por pasiva*.

## III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Aun cuando se efectuó el traslado respectivo, la parte demandante no se pronunció frente a ellas.

## IV. ACTUACIÓN PROCESAL

### 1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 04 de febrero de 2016, fue notificada la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** el 03 de octubre de la misma anualidad, quien contestó en fecha 20 de enero de 2017 como se verifica a folios 166 a 181, con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 10 de julio de 2017, previa convocatoria mediante auto de fecha 02 de mayo de la misma anualidad (fl. 209), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A., concluyéndose con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas (fl.213).

### 2. AUDIENCIA DE PRUEBAS



Se realizó el día 16 de agosto de 2017, en la cual no se incorporó la totalidad de la prueba documental, siendo necesaria su reanudación en fecha 08 de noviembre de 2017, disponiéndose correr traslado para alegar. (fls. 258-259)

## V. ALEGATOS

### 1. PARTE DEMANDANTE (fls. 273-281)

Señala que se encuentra probado que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** fue injustamente privada de la libertad, conducta que se subsume en el caso contemplado por el artículo 353 del CP y 90 de la Constitución Política, pues los hechos de índole penal que se le endilgaron, jamás los cometió y ello se soporta en el fallo absolutorio, resultando procedente declarar la responsabilidad de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por dichos hechos toda vez que se causaron perjuicios materiales y morales al estar privada de la libertad por espacio de 304 días, habiendo necesidad de indemnizársele de manera integral.

Sustenta en extractos jurisprudenciales que cuando la exoneración de un procesado por sentencia absolutoria definitiva o preclusión porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o por absolución en aplicación al principio *in dubio pro reo*, la privación de la libertad resulta siempre injusta, pues quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar.

Puntualiza que en el proceso penal se demostró la inocencia de la demandante, concluyéndose que la conducta no existió, independientemente que el actuar de la Administración hubiese sido conforme o contrario a derecho, pues si las víctimas no se encuentran en el deber jurídico de soportar el daño irrogado, es intrascendente en todo sentido que el proceso penal se adelantara correctamente pues se ha causado un daño especial a un individuo, al evidenciarse una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, habiendo lugar a resarcir los perjuicios ocasionados por parte de quien ocasionó el daño antijurídico, siendo imputable a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** al ser la encargada de adelantar la investigación penal y adoptar las decisiones que desembocaron en la privación de la libertad, para luego escucharla en indagatoria, abstenerse de proferirle medida de aseguramiento y posteriormente precluirle la investigación con fundamento en la atipicidad de la conducta.

### 2. FISCALIA GENERAL DE LA NACION (fls. 262-272)

Destaca que el hecho generador de la privación injusta de la libertad consiste en la imposición de la medida de aseguramiento, no en la solicitud de medida de aseguramiento, donde la acción de pedir difiere de la de decretar que refiere a resolver o decidir, de donde se deduce como lo ha manifestado el Consejo de Estado, que el Juez de Control de Garantías es la única autoridad con facultad para decretar la medida de aseguramiento y la actuación de la Fiscalía se agota con la petición que eleva al Juez, de modo que la entidad no es la llamada a responder en los casos de privación injusta bajo los parámetros de la ley 906 de 2004, habiendo lugar a declarar la falta de legitimación en la causa.

Última que no basta con que se produzca un fallo absolutorio para deducir que la privación de la libertad *per se* fue injusta. Puntualiza que la entidad actuó en cumplimiento de un deber legal de adelantamiento de la investigación, procediendo en concordancia con la Ley 906 de 2004 respecto a las situaciones que determinan la formulación de la imputación, que se hace cuando de los elementos

materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga.

Señala que el papel del fiscal es solicitar al Juez de Control de Garantías imposición de la medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evalúan en la audiencia de control de garantías permitiendo a la defensa su controversia, luego de lo cual el Juez decide sobre la petición.

Indica que para el caso bajo estudio, el proceso penal indica que los implicados fueron aprehendidos en flagrancia con un vehículo el cual se anunciaba que sería rifado, teniendo en su poder boletería relacionada con dicha rifa, sin presentar la autorización para llevar a cabo tal actividad, formulándose por parte del Fiscal 27 Seccional de Garagoa acusación contra todos los implicados por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, tipificado en el artículo 312 de CP, de modo que el origen del delito estuvo en cabeza de los organizadores y promotores de la rifa quienes por falta de previsión y consecución de los documentos necesarios no pudieron establecer la legalidad de la actuación, lo que quedó en evidencia al momento de su aprehensión, situación verificable en el expediente penal.

Subraya que en libelo no se encuentran presentes los elementos que permitan estructurar alguna clase de responsabilidad en cabeza del ente acusador dado que sus actuaciones se encuentran amparadas por el artículo 250 de la Carta magna, al igual que en las disposiciones legales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, así, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la que las decisiones que impliquen privación injusta son proferidas por los jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal.

Arguye que es posible que el Estado se exonere de responsabilidad con la acreditación que el daño provino de una causa extraña, es decir, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la propia víctima, encontrando en el *sub examen* como hecho de un tercero la actuación de la Rama Judicial al privar de la libertad a la hoy demandante, sustentada en el hecho que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** sí se encontraba distribuyendo o vendiendo boletas para la rifa de un vehículo, careciéndose de los respectivos permisos, evadiendo el recaudo que estas actividades deben ofrecer a la salud pública, generando una conducta antijurídica formal y materialmente.

Manifiesta que la mencionada rifa al parecer estuvo organizada por los señores **JAIR SANCHEZ GIRALDO, SAMUEL ELIAS MENDEZ SOTELO y HUBER DONEY RODRIGUEZ PORTILLA**, quienes fueron condenados, siendo los generadores del daño que hoy se reclama, exonerando al Estado de una responsabilidad que se le pretende endilgar sobre una detención injusta, dejando de lado que la demandante actuó libremente y con plena libertad de aceptar el contrato de ventas de la mencionada rifa.

Alega que el Consejo de Estado en diferentes sentencias ha contemplado que el régimen de la privación de la libertad sólo se estima completo cuando supera el juicio autónomo sobre la culpa grave o dolo de la víctima, examinando desde la perspectiva de la responsabilidad civil, la sujeción de la víctima a los deberes que el ordenamiento constitucional y la buena fe le imponen, por lo que nadie puede obtener provecho de su propia culpa o negligencia, siendo imprescindible que se hayan interpuesto los recursos en contra de la medida de aseguramiento por parte de la demandante, como lo estatuye el artículo 70 de la Ley 270 de 1996.



Argumenta inexistencia del daño, al no encontrarse probados los daños y perjuicios morales o materiales causados a los demandantes por parte del Estado como consecuencia de la actuación de la entidad ni por la privación injusta alegada, lo que conlleva a la resolución desfavorable de las pretensiones de la demanda pues al no configurarse el daño, no hay lugar a reparación al no haber perjuicios que reclamar.

Reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva ya que a la entidad no le incumbe la imposición de la medida de aseguramiento pues ello es facultad del Juez de control de garantías, quien decide y la decreta, conforme al examen de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad que se hace sobre las que restrinjan derechos fundamentales, sin ser de recibo en el caso examinado acceder a lo pretendido.

3. **MINISTERIO PUBLICO:** Guardó Silencio.

#### VI. ANÁLISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

- **Documentales:**

1. **De la parte demandante**

- **Las documentales arrimadas corresponden a:**

- Registro civil de nacimiento de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, nacida el 17 de febrero de 1981, hija de los señores **MARLEN RODRIGUEZ** y **CARLOS ARTURO TOVAR RAMIREZ**. (fl. 134)

- Registro civil de nacimiento de **DENNY JULIANA LEON TOVAR**, nacida el 23 de julio de 1996, madre **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 11)

- Registro civil de nacimiento de la menor **KINBERLY ALEJANDRA LEON TOVAR**, nacida el 07 de julio de 1998, madre **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 9)

- Registro civil de nacimiento de la menor **ANGELA VALENTINA TOVAR RODRIGUEZ**, nacida el 17 de agosto de 2000, madre **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 10)

- Cédula de ciudadanía de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 12)

- Conciliación extrajudicial del 25 de mayo de 2015, adelantada ante la Procuraduría 69 judicial I para asuntos administrativos, con la **NACION RAMA JUDICIAL - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, donde esta última señala que la decisión del Comité es no conciliar pues se presenta frente a la entidad una falta de legitimación en la causa por pasiva, actuación en cumplimiento de un deber legal, ausencia de nexo causal e inexistencia de precedente jurisprudencial que determine la responsabilidad de la entidad. Ante la inasistencia del apoderado de la **NACION - RAMA JUDICIAL**,

se fijó nueva fecha para el 29 de mayo de 2015 (fls. 99-102)

- Conciliación extrajudicial del **25 de mayo de 2015**, adelantada ante la Procuraduría 69 judicial I para asuntos administrativos, con la **NACION RAMA JUDICIAL**, quien propuso fórmula de arreglo ofreciendo la suma de **\$88.598.125** que serían pagados por la entidad, sin reconocimiento de intereses moratorios desde el momento de la aprobación de la conciliación hasta el pago, previa aceptación y renuncia de la solicitante a proseguir cualquier acción legal por los mismos hechos y pretensiones en contra de dicha entidad, propuesta aceptada por la convocante, quien manifiesta que proseguirá la acción en contra de la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, siendo enviadas las diligencias al Juzgado Administrativo del Circuito - Reparto para el control de legalidad. (fls. 103-106)

- Constancia expedida por el Procurador 69 judicial I para asuntos administrativos el **22 de junio de 2015**, que da cuenta de la declaratoria de fallida la conciliación adelantada con la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**. (fls. 151-152)

- Conciliación extrajudicial aprobada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Tunja el **06 de agosto de 2015**. (fls. 135-144)

**Copias del proceso penal adelantado bajo el radicado 152996103118201280089, que incluye respecto de la señora DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ:**

- Datos del indiciado del **05 de junio de 2012**. (fl. 15)

- Acta de derechos del capturado del **05 de junio de 2012**. (fl. 18)

- Acta N° 47 de fijación en el domicilio al interno del **08 de junio de 2012**. (fls. 20-21)

- Escrito de acusación del **03 de septiembre de 2012** donde se lee que el 06 de junio de 2012, en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal, de Garagoa con función de control de garantías, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, imponiéndose esta de carácter domiciliario que cumplen en sus residencias, añade que el 04 de julio de 2012 se realizó audiencia de verificación de preacuerdo con los acusados y el Juez Penal del Circuito de esa municipalidad no le había impartido legalidad, aclara que los cargos imputados no fueron aceptados. (fls. 22-29)

- Boleta de remisión N° 097 del **4 de septiembre de 2012** emanada del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, para la práctica de la audiencia de acusación a llevarse a cabo el 17 del mismo mes y anualidad. (fls. 30-31)

- Boleta de remisión N° 107 del **17 de septiembre de 2012** emanada del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, para la práctica de la audiencia de acusación a llevarse a cabo el 1° de octubre de la misma anualidad. (fl. 32)

- Fotografía interno remisión del **01 de octubre de 2012**. (fl. 19)

- Acta de audiencia de formulación de acusación del **17 de octubre de 2012**, donde se lee que la defensa no tuvo objeción alguna al escrito de acusación y se fija el 21 de noviembre de 2012 para llevar a cabo la audiencia preparatoria. (fl. 33-35)

- Registro de la audiencia de continuación del juicio oral, del **13 de marzo de 2013**, recepcionándose testimonios e incorporándose otras evidencias. (fls. 36-39)



- Acta de audiencia de juicio oral, alegaciones finales, enunciación del sentido del fallo e individualización de la pena, del **08 de abril de 2013**, señalando que en cuanto a la accionante y otras personas, sólo eran personas que vendían las boletas, sin que tuvieran que conocer la situación normativa de la venta, actuando por error vinculados en un contexto y por ello se los absuelve del delito imputado, ordenándose librar las boletas de libertad, levantamiento de las medidas cautelares y órdenes que restrinjan de rechos, previo el trámite administrativo del INPEC. (fls. 41-43)
- Despacho comisorio N° 21 donde se comunica a los Juzgados Penales Municipales de Chiquinquirá, se sirvan librar de manera inmediata las boletas de libertad de entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fls. 43-44)
- Oficio N° 430 del **09 de abril de 2013**, donde se remite al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá copia del Despacho Comisorio N° 21 para que obre en la hoja de vida de entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, dado que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio. (fl. 45)
- Oficio N° 432 del **09 de abril de 2013**, donde se informa a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Chiquinquirá que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio para que se levanten las medidas cautelares que posan entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 46)
- Oficio N° 431 del **09 de abril de 2013**, donde se informa al Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio para que se levanten las medidas cautelares que posan entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 47)
- Boleta de libertad N° 0007 del **09 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 49)
- Certificado de libertad del **10 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** expedido por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIPO - INPEC. (fl. 50)
- Oficio del **11 de abril de 2013**, en el que el Secretario de Tránsito y Transporte de Chiquinquirá señala al Juzgado Penal del Circuito de Garagoa que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** no figura como propietaria de vehículos en ese organismo. (fl. 48)
- Fallo proferido el **19 de noviembre de 2013**, dentro del proceso con código único de investigación N° 1529961031182012-80089, donde se lee respecto de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** que no tenía el conocimiento cierto de los hechos dentro de los cuales se desenvolvía, aun cuando desplegó objetivamente la descripción del tipo penal imputado, pues ejerció y fue parte de sin autorización o con rato válido de una actividad comprendida como monopolio rentístico, actuando bajo el conocimiento pleno de estar realizando venta y distribución de boletería, pero bajo la idea errónea que para ello se contaba con las autorizaciones requeridas, lo que anulaba el dolo para la estructuración del tipo subjetivo conllevando a una conducta atípica, concluyéndose en su absolución de la acusación formulada por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. (fls 52 a 98)
- Formulario de sentencia absolutoria con fecha de ejecutoria del **04 de febrero de 2014**. (fl. 493)
- Remisión del Formato de Sentencia Absolutoria, de fecha **17 de febrero de 2014**, a la FISCALIA GENERAL DE LA NACION - SISTEMA DE INFORMACION SOBRE ANTECEDENTES Y ANOTACIONES
- SIAN. (fl, 494)

- Certificación laboral de fecha **26 de marzo de 2015** expedida por la señora **SONIA ESPERANZA SANCHEZ FIGUEROA**, como propietaria de la **IPS PGI PROFESIONALES DE GESTION INTEGRADA S.A.S.** en la que indica que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, laboró para ella desde el **15 de marzo de 2010** hasta el **05 de junio de 2012**, como secretaria general por medio de contrato de prestación de servicios, con un salario de **OCHOCIENTOS MIL PESOS** básicos más comisiones. (fl. 51)

➤ **Las documentales solicitadas:**

- Ordenar a la entidad demandada, allegar el expediente penal completo, con radicado N° 1529961031182012-80089, que reposa en el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

Lo anterior fue cumplido con el oficio N° 1055 del **10 de julio de 2017** visible a folio 219 del plenario, 1203 del **31 de julio de 2017**, obrante a folio 229, 1540 del **18 de septiembre de 2017** (fl. 252), siendo finalmente allegado por el **JUZGADO QUINTO DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE TUNJA**, en dos cuadernos con 503 y 58 folios, cuaderno original fallador y de control de garantías respectivamente.

Se destaca de dichas pruebas, únicamente lo relacionado con la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, así:

a. **Del cuaderno de control de garantías**

- Solicitud de audiencia preliminar del **06 de junio de 2012** para legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento. (fls. 1-5)
- Acta de audiencia de garantías del **06 de junio de 2012**, adelantada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, declarándose la legalidad de la captura, sin aceptación de cargos por los imputados y medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria. (fls. 12-15)
- Diligencia de compromiso para gozar del beneficio de detención domiciliaria del **06 de junio de 2012**. (fl. 19)
- Sistema de Información sobre antecedentes y anotaciones SIAN, formato de medida de aseguramiento del **06 de junio de 2012**. (fl. 23)
- Oficio N° 382 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Comandante Tercer Distrito de Policía de Garagoa, de solicitud de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 30)
- Oficio N° 383 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE GARAGOA**, de solicitud de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 28)
- Oficio N° 387 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE CHIQUINQUIRA**, de solicitud de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 29)
- Oficio N° 388 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos de Chiquinquirá, informando que no se podrán enajenar bienes sujetos a registro durante seis (06) meses



siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento sobre la inocencia de los imputados. (fl. 32)

- Oficio N° 389 del **06 de junio de 2012**, dirigido a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Chiquinquirá, informando que no se podrán enajenar bienes sujetos a registro durante seis (06) meses siguientes a la formulación de la imputación, a no ser que antes se garantice la indemnización de perjuicios o haya pronunciamiento sobre la inocencia de los imputados. (fl. 31)

- Oficio N° 390 del **08 de junio de 2012**, informando al Juez Penal del Circuito de Garagoa, sobre el recurso de apelación contra la decisión de impartir legalidad de la captura. (fl. 33)

- Registro de la audiencia de verificación de preacuerdo adelantada el **04 de julio de 2012**, en el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, donde el defensor de los imputados desiste del recurso de apelación, sin impartirse aprobación al preacuerdo. (fls. 44-45)

#### **b. Del cuaderno original fallador**

- Informe ejecutivo FPJ 3 del **05 de junio de 2012**. (fls. 256-261)

- Certificación del **05 de junio de 2012**, en el que el Secretario de Gobierno de Garagoa señala que no se ha realizado trámite alguno de permiso para la venta de bonos de un SPARK GT modelo 2012. (fl. 305)

- Formato de acta de incautación del **05 de junio de 2012**, con un total de 52 boletas. (fl. 278)

- Formato Único de Noticia Criminal del **06 de junio de 2012**. (fls. 262-267)

- Informe de investigador de campo fotógrafo del **05 de junio de 2012**. (fls. 207-212, 248-250, 293-294, 299-302, 280, 283)

- Declaraciones rendidas ante la Inspección de Policía de Chiquinquirá por parte de los señores **OMAR ALBERTO VILLAMIL MUNEVAR, JOSE TOMAS MERCHAN FRESNO y MILTON EDILBERTO CUELLAR JIMENEZ**, de fecha **14 de junio de 2012**, quien señala que conoce a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y que es madre cabeza de familia de tres hijas menores (fls. 27-34)

- Declaración extraproceso rendida en la Notaría Segunda de Chiquinquirá en que los señores **HECTOR ALONSO RODRIGUEZ CAMACHO y ALIRIO CRUZ CRISTANCHO** señalan conocer a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** quien únicamente es estilista y de ella dependen sus tres hijas. (fls. 39-40)

- Escrito sin fecha dirigido al Fiscal 27 Seccional de Chiquinquirá, donde señala la aceptación de la imputación. (fls. 47-48)

- Acta de preacuerdo del **20 de junio de 2012**, solicitando la imposición de la pena mínima, se estudie la posibilidad de exonerarlos del pago de la multa y la aplicación del subrogado penal de suspensión de la ejecución de la pena. (fls. 51-57)

- Solicitud de asignación de abogado de oficio ante el Juez Penal del Circuito de Garagoa, de fecha **21 de noviembre de 2012**. (fl. 147)

- Auto del Juzgado Penal del Circuito de Garagoa en que se ordena oficiar a la Defensoría Regional del pueblo para que designen un defensor público que represente los intereses de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 148)

- Oficio del **22 de noviembre de 2012** donde se informa al Juzgado penal del Circuito de Garagoa que a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** se le ha asignado defensor público. (fl. 151)
- Registro de audiencia preparatoria del **27 de noviembre de 2012**. (fls. 156-160)
- Oficio 135 del **12 de diciembre de 2012**, donde se indica por parte del Defensor de Familia Zonal Chiquinquirá, que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** ha solicitado su intervención para pedir no le sea revocada la medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria y que se le permita trabajar para sostener a sus tres hijas. (fl. 182)
- Informe del **11 de diciembre de 2012**, dirigido al Juez Penal del Circuito de Garagoa en que se informa por parte de la Coordinadora Grupo Jurídico del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, que la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** no se encontraba en su domicilio el 10 de diciembre del mismo año para el traslado al Despacho a realizar diligencia judicial. (fl. 185)
- Acta de audiencia de juicio oral del **28 de enero de 2013**. (fls. 189-190)
- Informe de Estudio social de fecha **25 de enero de 2013** adelantado por la Trabajadora Social del ICBF Centro Zonal Chiquinquirá al núcleo familiar de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, señalando que se desempeña como manicurista y que devenga mensualmente \$500.000, con tres hijas estudiantes, que no recibe apoyo de nadie para su crianza, de modo que se solicita al Juez Penal del Circuito de Garagoa que no se sancione con pena privativa de la libertad y se le permita trabajar. (fls. 200-202)
- Registro de audiencia de juicio oral del **25 de febrero de 2013**, donde se precisa que el Defensor de Familia no es parte del proceso y que las solicitudes deben elevarlas ante el Juez de Control de Garantías. (fls. 216-218)
- Informe del **19 de febrero de 2013** dirigido al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá en que se informa que el 15 de febrero de la misma anualidad a la hora de las 18:10 la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** no se encontraba en su residencia. (fl. 244)
- Registro de la audiencia de continuación de juicio oral del **19 de marzo de 2013**. (fls. 332-335)

## 2. De la parte demandada

Con la contestación de la acción, no aportó pruebas.

### ➤ La documental solicitada:

- Ordenar a la entidad demandada, allegar el expediente penal completo, con radicado N° 1529961031182012-80089, que reposa en el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, prueba que se cumplió como se indicó en precedencia.

## 3. De oficio

- Al Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Chiquinquirá para que allegara:



Certificación en que se indique el tiempo que permaneció privada de la libertad la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** por el delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico.

Lo anterior se cumplió con el oficio N° 1056 visible a folio 220, 1202 del **31 de julio de 2017**, folio 230 y la respuesta se observa a folio 234 donde indica que permaneció privada de la libertad por el periodo comprendido entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013 y anexa certificado de libertad de fecha **10 de agosto de 2017**. (fl. 235)

## VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

### 1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos, se trata de establecer si:

*¿La FISCALIA GENERAL DE LA NACION es administrativa y patrimonialmente responsable por la privación injusta, al solicitar la imposición de la medida de aseguramiento a la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, teniendo como base normativa el artículo 306 de la Ley 909 de 2004?*

### 2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda y sus contestaciones, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

#### - Tesis de la parte Demandante:

Manifiesta el apoderado que debe declararse la responsabilidad administrativa y patrimonial de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la privación injusta de la libertad de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, derivados de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva de carácter domiciliario y, quien, en el curso del proceso penal adelantado en su contra por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, resultó absuelta.

#### - Tesis de la parte Demandada FISCALIA GENERAL DE LA NACION:

Considera la apoderada que no se configuran los presupuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad en cabeza de su representada comoquiera que sus actuaciones se sustentaron en las previsiones constitucionales, sustanciales y procedimentales aplicables al caso, sin poderse predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, un error o una privación injusta de la libertad toda vez que al momento de adoptar dicha medida, se encontraban presentes todos los requisitos para adoptarla de acuerdo al artículo 306 de la ley 906 de 2004, siendo el Juez de control de garantías el encargado de emitir esa decisión, conforme a las pruebas arrojadas en ese momento procesal, correspondiéndole a su defendida las labores investigativa y acusatoria, sin tener injerencia en la imposición o no de la medida de privación de la libertad.

✶ - Tesis del Ministerio Público: Guardó silencio.

- **Tesis del Despacho:** El Despacho negará las pretensiones de la acción, pues si bien en el *sub examine* las decisiones que llevaron a la privación injusta de la libertad de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, fueron en efecto solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, esta entidad no era la competente para decidir sobre la imposición de dicha medida de aseguramiento pues ello únicamente le correspondía a la Rama Judicial, por ser una facultad netamente de carácter jurisdiccional, razón suficiente para concluir que en el presente asunto y atendiendo a las disposiciones del sistema penal acusatorio vigente, no resulta acertado endilgar ningún tipo de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, lo que conduce a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva en el ámbito material respecto de la privación injusta alegada por la demandante. Consecuencia de lo anterior, se condenará en costas a la parte demandante.

### 3. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Previo a resolver de fondo sobre el caso concreto, y como quiera que la apoderada de la entidad demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** interpuso dentro del término procesal oportuno excepciones, es preciso entrar a resolver sobre la prosperidad de las mismas.

Así las cosas, En la audiencia inicial (fl. 212) se dijo respecto de las denominadas *inexistencia del daño y en cumplimiento de un deber legal*, que las mismas no constituían excepciones sino que se trataba de argumentos de defensa, de la misma forma en relación con la llamada *falta de legitimación por pasiva*, como los argumentos esgrimidos por la entidad demandada tenían relación directa con su participación en los hechos que originaron la acción, es decir respecto de la legitimación material en la causa, se dijo que esta debía ser abordada en el fondo del asunto, previo análisis de la misma, así:

Al respecto, debe decirse que, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales establecidas por el Consejo de Estado, la legitimación en la causa puede ser **material o de hecho**.

La primera, exige la conexión entre las partes y los hechos que constituyen el litigio, es decir, representa un interés jurídico sustancial; mientras que la segunda, está constituida por la relación procesal entre el demandante y demandado, que las faculta para intervenir en el trámite, así como ejercer sus derechos de defensa y contradicción. De ahí que, el demandado puede no tener vínculo alguno con el conflicto que motivó la demanda, pero estar legitimado de hecho.

**Así las cosas, la falta de legitimación material en la causa conduce a la denegación de las pretensiones, por no resultar la parte pasiva, titular de la carga de cumplir la pretensión formulada.**

Para efectos del análisis del caso, resulta pertinente hacer referencia a lo que ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuando expone que la legitimación por pasiva de hecho alude a la capacidad para acudir a un proceso, esto es, constituye un requisito de procedibilidad, en tanto que la pasiva material atiende a la prosperidad de las pretensiones y precisa:

*"17. En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado, de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda - en la medida en que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones. (...)"*

En efecto, la Sección Tercera, Subsección "B" del Consejo de Estado, en sentencia proferida el **14 de octubre de 2015**, con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth dentro del proceso radicado bajo el número 25000-23-26-000-2002-01209-02(31169), promovido por Luz Stella Barrera Martínez y otros contra el Ministerio de Justicia y del Derecho y otros, explicó:



*“Aunque, en términos generales, la legitimación en la causa se refiere a “la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial (...)”, esta Corporación ha señalado que es posible diferenciar entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa”.*

*La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, “de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda”.*

*Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas. De ahí que la Sala haya indicado que la falta de legitimación material en la causa por activa o por pasiva no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de*

*(...) una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”.*

*(...) Por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza<sup>1</sup>, pues bien puede suceder que una persona, natural o jurídica esté legitimada en la causa de hecho por ser parte dentro del proceso, pero carezca de legitimación en la causa material debido a que no es titular de los derechos cuya vulneración alega o a que ninguna actuación o conducta suya guarda relación o conexión con los hechos que motivan el litigio. En estos eventos, las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores”.* (Resaltado fuera de texto original)

En este sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>6</sup> ha precisado que en casos como el examinado no existiría falta de legitimación en la causa o de hecho ni material pues lo que se exige

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de septiembre de 1997, exp. 10285, C.P. Ricardo Hoyos Duque. En el mismo sentido, véase las sentencias del 11 de febrero de 2009, exp. 23067, C.P. Enrique Gil Botero, y del 22 de julio de 2011, exp. 17646, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>2</sup> Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13356, C.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14178, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1° de marzo de 2006, exp. 13764, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 16837, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>5</sup> A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que “si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

es que la entidad convocada esté representada y nos remite al artículo 159 del C.P.A.C.A. al siguiente tenor:

**“Capacidad y representación.** Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como demandantes, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República o Fiscal General de la Nación o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. (...)”

Lo anterior, tiene asidero en decisiones como la contenida en la sentencia del 24 de junio de 2015, de la Sección Tercera del Consejo de Estado en que consideró, entre otras cosas:

*(...) 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<sup>7</sup> y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996<sup>8</sup>), 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 apelada<sup>9</sup>.*

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<sup>10</sup>, 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 penal<sup>11</sup>, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez Segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor.(...)”** Destaca el Despacho.

<sup>7</sup> “En los procesos Contencioso Administrativos la Nación estará representada por el Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho”.

<sup>8</sup> “(...) 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”.

<sup>9</sup> 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., toda con ponencia del Consejero, Doctor Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia de 30 de abril de 2014, Exp. 38.276 M.P. Doctor Hernán Andradé Rincón.

<sup>10</sup> 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) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio”.

<sup>11</sup> Sentencia C - 591 del 9 de junio 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”



De lo expuesto, concluye éste despacho que la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, citada al proceso tiene legitimación para intervenir como demandada en la defensa procesal de sus derechos, gozando de capacidad para ser parte y concurrir en juicio, otra será la responsabilidad que se derive al determinar en función de las imputaciones fácticas y jurídicas, si la entidad está llamada a responder por los daños reclamados, discusión propia de la sentencia al examinar la legitimación **material** en la causa.

#### 4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Con el fin de resolver lo pertinente frente a las posturas adoptadas por las partes y esclarecer el problema jurídico, se abordará la siguiente temática:

- a). *Cláusula general de responsabilidad del Estado.*
- b). *Del título de imputación en el caso concreto*
- c). *El rol de la Fiscalía en el nuevo sistema penal acusatorio*

##### a. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se consagró en el artículo 90 de la misma, la que se ha denominado la Cláusula General de Responsabilidad, que determina:

*“El estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.*

En Sentencia C-333/96 la Corte Constitucional señaló el sentido y el alcance de esta norma, en los términos que siguen:

*“El actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas. En efecto, la norma simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.*

(...).

*La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”.* Negrilla fuera del texto

Por su parte el Honorable Consejo de Estado ha sostenido sobre el artículo 90 que “...es el tronco en que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual”.

Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica

jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume, mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva”<sup>12</sup>.

Se tiene entonces claridad en que *la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable*” de manera tal que los elementos centrales del régimen de responsabilidad consagrado constitucionalmente son la noción de **daño antijurídico y su imputación al Estado**; entendiéndose en primer lugar el **daño antijurídico** como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo y, segundo que para imponer al Estado la obligación de reparar un daño *“es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión”*<sup>13</sup>

#### b. DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN APLICABLE AL CASO EN CONCRETO

En relación con los títulos de imputación, la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional han coincidido en que:

*“(…) La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.*

*La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal.*

*Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa.*

***Muestra lo anterior que bajo cualquier clase o régimen de responsabilidad patrimonial del Estado o de las personas jurídicas de derecho público es menester que estén presentes estos elementos: la acción o la omisión de la entidad estatal; el daño antijurídico; el nexo de causalidad material y el título jurídico de imputación***<sup>14</sup>. (...) Negrilla fuera del texto original.

Sobre la responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, como consecuencia de la medida de aseguramiento al interior de un proceso penal, el máximo Tribunal de

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCION TERCERA, Sentencia. 13 de Julio de 1993, Exp. 8163. C.P. Juan de Dios Montes Hernández

<sup>13</sup> C 038 de 2006.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ, Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y cinco(1995), radicación número: 8118



lo Contencioso Administrativo no ha mantenido un criterio uniforme sólo para aquellos casos en que se debía dar aplicación al artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, hoy derogado, situación que no se analizará dado que el caso *sub examine* se tramitó en vigencia de la Ley 906 de 2004.

Cabe precisar en este punto, que la Sección Tercera del Consejo de Estado de manera reiterada, y unificada<sup>15</sup> ha ampliado la posibilidad que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal *in dubio pro reo*, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso al reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos, es decir incurso en una causal eximente de responsabilidad caso que puede ocurrir, por vía ejemplo: cuando el hecho exclusivo y determinante de la víctima da lugar a que se profiera en su contra la medida de detención preventiva<sup>16</sup>; en este caso y en los demás eximentes de responsabilidad, para su configuración se deben analizar los elementos de: irresistibilidad, imprevisibilidad y su exterioridad respecto del demandado, lo anterior con el fin de determinar hasta qué punto el estado está obligado a responder administrativa y patrimonialmente.

Todos los argumentos hasta aquí expuestos, apuntan a sustentar que el título jurídico de imputación a aplicar, por regla general, en supuestos como el *sub judice*, en los cuales el imputado cautelarmente privado de la libertad, finalmente resulta exonerado de responsabilidad penal en aplicación del principio *in dubio pro reo*, es un título objetivo de imputación basado en la teoría del daño, consistente en el **daño especial** que se le causa a la persona injustamente privada de la libertad.

A su turno, se ha puntualizado que el **daño especial** también debe ser entendido como un actuar o una omisión lícita en procura de un interés general, licitud que lo diferencia de la falla en el servicio, así, para que se estructure el concepto de daño especial, se requiere demostrar que la afectación tiene un carácter anormal y grave; que la acción u omisión lícita del Estado deben basarse en el interés general y que, por supuesto, debe existir un **nexo de causalidad entre la acción u omisión lícita del Estado que busca el interés general y el daño anormal** causado a la víctima.

En consecuencia, y de acuerdo al criterio jurisprudencial vigente, en aplicación a la teoría del daño especial en materia de privaciones injustas de la libertad, dicha privación no deriva de la antijuridicidad, o de la ilicitud del proceder del aparato judicial o de sus funcionarios, sino a la consideración de que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar los daños que le irroga una detención mientras se adelanta la investigación o el correspondiente juicio penal, más aún cuando dicho proceso concluye con una decisión absolutoria o un pronunciamiento judicial conforme al cual el Estado no pudo desvirtuar **la presunción de inocencia del afectado**.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Expediente: 23.354.

<sup>16</sup> Sentencia del 4 de diciembre de 2006, exp 13.168; sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15.463, reiteradas por esta Subsección en sentencia de mayo 26 de 2011, exp 20.299, entre muchas otras.

<sup>17</sup> Ver fallo tribunal Administrativo de Boyacá, 29 de enero de 2015. MP: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ, Rad: 21012-00121-01

Con base en esta postura el Consejo de Estado, se amplió la posibilidad que se pueda declarar la responsabilidad del estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por la autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo del principio universal del indubio pro reo, responsabilidad que también se da si la privación de la libertad se produjo como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada e incluso si se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales.

En conclusión, se puede declarar la responsabilidad del Estado y se aplica el régimen objetivo de responsabilidad en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad es finalmente absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando:

- i) El hecho no existió
- ii) El sindicado no lo cometió y/o
- iii) La conducta es atípica
- iv) Se da aplicación del principio universal *in dubio pro reo*, y siempre que el privado de la libertad no se encuentre en el deber jurídico de soportarlo

Así las cosas, resultaría intrascendente que el obrar de la administración de justicia haya sido o no ajustado a derecho, pues lo importante aquí, es que la víctima no se encuentra en el deber jurídico de soportar el daño que le fue irrogado, y ante tal situación la responsabilidad del estado deberá declararse, pues dada semejante ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, donde se impone a un individuo una carga más pesada que la que soportan los demás administrados, esa víctima tendrá derecho al restablecimiento que ampara, prevé y dispone el ordenamiento Constitucional.

Con todo, en el caso de autos se hará el estudio de imputación de responsabilidad de la entidad demandada bajo el título **objetivo** ya que su fundamentación no depende de la ilegalidad o falla en la decisión proferida por la autoridad judicial dentro del proceso penal, sino que se edifica en las consecuencias de la misma, debiendo verificarse a más de la imposición de la medida de aseguramiento, si este culminó con una absolución y si el daño y los perjuicios generados a consecuencia de la decisión primigenia, comportan la obligación de reparar.

Así, se ultima que el asunto debe examinarse bajo el régimen de **responsabilidad objetiva**, en el entendido que éste se configura, entre otros eventos, cuando el sindicado se haya absuelto al establecer que la conducta por la que se investigó y que originó su detención es **atípica**, derivándose consecuentemente un daño antijurídico en cabeza de la administración, en razón a que quien lo padeció no estaba en el deber jurídico de soportarlo y siempre y cuando no opere causal alguna de exoneración de responsabilidad.

En este orden de ideas, para la prosperidad de la acción de reparación directa impetrada por la accionante en contra de la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, y representada en la privación injusta de que fue objeto, resulta **necesario e imprescindible que hagan presencia los elementos señalados por la jurisprudencia, a saber i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad**, esto es, comprobar el hecho dañoso y la relación de causalidad que permita entrever que uno causó el otro; de modo que una vez se produce la verificación y análisis del daño, se debe desprender una evidencia circunstancial que hace que



aparezca demostrada plenamente la **imputación fáctica (nexo causal)** y la **jurídica o régimen de responsabilidad (objetivo)**.

- **De la responsabilidad del Estado frente a los hechos materia de debate.**

No cabe duda que en *sub judice* la pretensión indemnizatoria se edifica sobre los presuntos daños ocasionados por la privación injusta de que fuera víctima la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** y los mismos se imputan - en palabras del apoderado - **al error judicial atribuible a la NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, dado que fue este ente el encargado de solicitar ante el Juez de Control de Garantías, en este caso el Juez Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, la medida preventiva consistente en detención domiciliaria en su contra, por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, estipulado en el artículo 312 del C.P., proceso penal que fuera adelantado por el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, entidad que el 08 de abril de 2013 enunció el sentido del fallo, ordenó la libertad inmediata de los absueltos y, en fecha 19 de noviembre de 2013 adelantó la lectura de sentencia, disponiendo absolver a la demandante de la acusación formulada, al encontrar la conducta descrita como atípica.

Así las cosas, salta a la vista que nos encontramos frente al instituto jurídico en la responsabilidad extracontractual del Estado y en contexto del mismo hay presencia de un daño antijurídico imputable por acción u omisión a la autoridad pública, siendo carga del accionante, independientemente del régimen subjetivo u objetivo aplicable a la situación en concreto, probar el daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad accionada, así como el nexo causal existente entre el hecho que se imputa y el daño del que se pretende indemnización.

En este sentido se exige para que surja la obligación indemnizatoria, que el nexo causal, definido como la relación o vínculo existente el hecho y el daño, responda a criterios de naturaleza jurídica, superando la simple vinculación física, de manera que cuando la responsabilidad se repute del Estado, se debe valorar en conjunto la coherencia que debe existir entre el hecho imputado y la esfera funcional de la entidad a la que se endilga dicho daño.

- **Del daño**

En primer lugar debe precisarse que el **daño** ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, concretando que refiere a las diferentes manifestaciones en que una acción u omisión del Estado se sintetiza pudiendo ser **1) materiales** divididos en emergente y lucro cesante, **2) inmateriales** que al no poder restablecerse son objeto de compensación y aluden a los ámbitos: **i) Moral**, definido como el sufrimiento que genera perjuicio en la vida de los afectados; **ii). A la vida de relación**, referido a la imposibilidad de la persona afectada de poder realizar las mismas actividades que realizaba antes del hecho dañoso, y **iii) A la salud**: es la afectación a la salud de la persona y, finalmente **3) el daño especial** cuando el estado en la ejecución de una actividad legítima causa un daño y que con base en el principio de igualdad frente a las cargas públicas, no se tiene el deber jurídico de soportarlo. En todo caso para que haya lugar a reconocimiento de indemnización en cualquiera de sus modalidades, **el daño debe ser cierto, directo y personal**.

Ahora bien, en cuanto al **nexo causal** también conocido como **relación de causalidad**, se precisa que es condición determinante al momento de realizar la imputación a un determinado sujeto del deber

de reparar un daño dada la reciprocidad entre uno y otro - actuación u omisión del agente y el daño, que sólo se rompe cuando interviene una causa extraña concretamente referida a la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

Finalmente, en relación con el **régimen de responsabilidad**, se ha decantado que el mismo puede ser de carácter 1) **subjetivo**, materializado en la falla del servicio probada y presunta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio y, 2) **objetivo**, concretada en el daño especial, riesgo excepcional y por ocupación de inmuebles por realización de trabajos públicos, entre otros.

En lo que respecta a la **imputación jurídica** del daño, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril de 2012<sup>18</sup>, señaló que al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia, así que de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración **en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor**, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que **i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica**.

En resumen, las normas del procedimiento penal son de estricto cumplimiento y cuando se ordena en su interior la detención preventiva de un ciudadano, de suyo no conlleva a que dicha privación sea ilegal, sólo que se torna injusta cuando por ejemplo, el fallo es de carácter absolutorio y el daño se estructura cuando el proceder de la administración es antijurídico y no se está en la obligación de soportarlo, constituyéndose un **daño especial**.

### C. EL ROL DE LA FISCALÍA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Como es sabido, a partir de la vigencia de la Ley 906 de 2004, *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*, se determinó que: la función judicial de los fiscales es excepcional<sup>19</sup>, el control de garantías compete únicamente a los jueces<sup>20</sup>, el ejercicio de la acción penal es exclusivo de la Fiscalía y encierra el deber de investigar, perseguir, imputar, acusar y ejecutar la política criminal del Estado<sup>21</sup>, la imputación es propia de la Fiscalía y se realiza en audiencia ante el Juez de control de garantías<sup>22</sup>, salvo los casos de captura en flagrancia, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías, en observancia del control judicial de legalidad de la misma<sup>23</sup>, las medidas de

<sup>18</sup> Expediente 21.515, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

<sup>19</sup> Parágrafo 2, artículo 31

<sup>20</sup> Art. 39 *ibid.*

<sup>21</sup> Arts. 66, 77, 114 y 200

<sup>22</sup> Art. 286

<sup>23</sup> Art. 297



aseguramiento deben estar precedidas por la solicitud de la Fiscalía y de la decisión judicial<sup>24</sup>, el Juez adopta la medida que considere propicia y necesaria, teniendo en cuenta los elementos de conocimiento, pruebas y elementos materiales probatorios que le entregue la Fiscalía<sup>25</sup>.

Sobre este aspecto, se ha determinado también que compete a la Fiscalía formular la acusación o preclusión de la investigación y que dicha decisión es adoptada por el juez de conocimiento, por lo que se concluye que es el Juez quien recibe todo el recaudo probatorio y se arroga todas las decisiones relativas a la privación de la libertad, absolución o condena a los procesados, mientras que la Fiscalía dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; estándole restringida la disposición sobre la libertad de las personas, pues tal actuación corresponde al Juez de control de garantías por solicitud del Fiscal al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento que limite dicho derecho y por ello, en principio sólo se atribuiría responsabilidad al ente acusador cuando se compruebe que el material probatorio que se le arrima para tomar la decisión que se discute, ha llevado o inducido a error al Juez.

Analizado el marco jurídico aplicable, resulta pertinente entrar a abordar el caso concreto, con base a las pruebas obrantes en el expediente, tendiente a la resolución del problema jurídico planteado, partiendo de los argumentos esgrimidos por la parte actora en su escrito introductorio, así como las alegaciones propuestas por las entidades demandadas.

##### 5. DEL CASO CONCRETO

De forma ilustrativa se recuerda que para establecer la responsabilidad del Estado, deben demostrarse los elementos de dicha responsabilidad, a saber: i) el daño antijurídico, ii) la imputación del daño a los demandados y, iii) el nexo de causalidad, de manera que el daño se precisa en la privación injusta que sufriera la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** como se anotó en precedencia, de igual modo, se tiene que la imputación resulta ser de tipo objetivo por daño especial, dada la legalidad del procedimiento adelantado en sede penal, donde entre otras cosas, se adoptó la medida de aseguramiento de detención domiciliaria y se absolvió a la demandante al encontrarse atipicidad en la conducta.

En este punto, se estima pertinente proceder a la valoración probatoria del proceso, a fin de establecer si en el *sub examine* se encuentran demostrados los elementos de responsabilidad de la entidad demandada **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en relación con la privación injusta de la que fue objeto la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. En tales circunstancias, se tiene, que en el plenario reposa el expediente penal que fuera adelantado en contra de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ Y OTROS**, solicitado como prueba tanto de la parte demandante como de la parte demandada, del que sólo se destacan aspectos relevantes alusivos a la citada actora, así:

- Providencia del **06 de junio de 2012**, adelantada ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, donde en audiencia de control de garantías se declara la legalidad de la captura, por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*, sin aceptación de cargos por los imputados y medida de aseguramiento consistente en detención domiciliaria, atendiendo a que realizado el juicio de ponderación, se constató que sólo uno de los seis imputados tenía antecedentes,

<sup>24</sup> Art. 306

<sup>25</sup> Art. 308

todos eran cabeza de familia y la conducta por sí sola no indicaba en ese momento que requirieran tratamiento penitenciario o que evadirían su comparecencia al proceso. (fls. 12-15 cuaderno de control de garantías)

- Se suscribió diligencia de compromiso para gozar del beneficio de detención domiciliaria el **06 de junio de 2012**. (fl. 19 cuaderno de control de garantías) y se levantó el acta N° 47 de fijación en el domicilio al interno del **08 de junio de 2012**. (fls. 20-21 cuaderno principal)

- Con oficios N° 382 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Comandante Tercer Distrito de Policía de Garagoa, de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva (fl. 30 cuaderno principal), N° 383 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE GARAGOYA, de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 28 cuaderno principal) y N° 387 del **06 de junio de 2012**, dirigido al Director del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC DE CHIQUINQUIRA, de traslado de la imputada a su lugar de residencia para cumplir con la medida de detención preventiva. (fl. 29 cuaderno principal)

- Con oficio N° 390 del **08 de junio de 2012**, se informa al Juez Penal del Circuito de Garagoa, sobre el recurso de apelación contra la decisión de impartir legalidad de la captura. (fl. 33 cuaderno principal)

- Se suscribió un acta de preacuerdo el **20 de junio de 2012**, solicitando la imposición de la pena mínima, se estudiará la posibilidad de exonerar a los imputados del pago de la multa y la aplicación del subrogado penal de suspensión de la ejecución de la pena. (fls. 51-57 cuaderno original fallador), preacuerdo sometido a verificación el **04 de julio de 2012**, en el Juzgado Penal del Circuito de Garagoa, donde el defensor de los imputados desistió del recurso de apelación, y no se impartió aprobación al preacuerdo. (fls. 44-45 cuaderno de control de garantías)

- Escrito sin fecha dirigido al Fiscal 27 Seccional de Chiquinquirá, donde señala la aceptación de la imputación. (fls. 47-48 cuaderno original fallador)

- Escrito de acusación del **03 de septiembre de 2012**, (fls. 22-29 cuaderno principal) fundamentado en las siguientes razones:

*"El día 6 de junio del presente año, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa con función de control de garantías se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, imponiéndose a los imputados arriba señalados medida de aseguramiento de carácter domiciliario la cual cumplen actualmente en sus respectivas residencias. El día 4 de julio del año que avanza se realizó audiencia de verificación de preacuerdo con los acusados y el juez penal del circuito de esa ciudad no impartió legalidad al mencionado preacuerdo.*

*Los cargos que les imputó la Fiscalía a los acusados es el de "ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico", sancionado por el art. 312 del C.P., modificado por el art. 18 de la Ley 12 de 1993 de julio de 2010, cuya pena es de 6 a 8 años y multa de 500 a 1000 salarios mínimos legales vigentes, cargos que los imputados no aceptaron en la formulación de la audiencia de imputación que les hiciera la Fiscalía a cargo de este delegado y es la misma conducta punible por la cual se les acusa en la condición de presuntos autores responsables del delito de "ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico". (...)"*

- Acta de audiencia de formulación de acusación del **17 de octubre de 2012**, destacando que la defensa no tuvo objeción alguna al escrito de acusación. (fl. 33-35 cuaderno principal)

- Acta de audiencia de juicio oral, alegaciones finales, enunciación del sentido del fallo e individualización de la pena, del **08 de abril de 2013** (fls. 41-43 cuaderno principal), señalando, básicamente que:



*“Frente a JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ encuentra como probado que sólo eran personas que vendían la boletería, pese a que el tipo penal es amplio en la modalidad de comisión, lo cierto es que no se puede pasar por alto que se acreditó que estas personas únicamente vendían la boletería sin que tuvieran la obligación de conocer la situación normativa de la venta, actuaron por error involucrados en un contexto y por ello los absuelve del delito imputado.*

*Conforme al artículo 449 del C. de P.P., una vez emitido el sentido del fallo quienes se encuentran privados de la libertad y han sido absueltos deberán quedar en libertad inmediata por lo que el despacho ordena librar las respectivas Boletas de Libertad de JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ, se ordenará el levantamiento de todas las medidas cautelares y órdenes que restrinjan derechos, previo el respectivo trámite del INPEC. (...)*

- Con oficio N° 430 del **09 de abril de 2013**, se remite al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá copia del Despacho Comisorio N° 21 para que obre en la hoja de vida de entre otros, la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, dado que la enunciación del sentido del fallo fue absolutorio. (fl. 45 cuaderno principal)
- Boleta de libertad N° 0007 del **09 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**. (fl. 49 cuaderno principal)
- Certificado de libertad del **10 de abril de 2013** a favor de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** expedido por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIPO – INPEC. (fl. 50 cuaderno principal), reiterado el 10 de agosto de 2017 (fl. 235 cuaderno principal) donde señala que estuvo privada de la libertad durante el lapso comprendido entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013.
- Fallo proferido el **19 de noviembre de 2013**, (fls 52 a 98 del cuaderno principal) dentro del proceso con código único de investigación N° 1529961031182012-80089, con los siguientes argumentos a destacar:

*“En cuanto a la tipicidad subjetiva, el Despacho encuentra que el caso amerita un estudio diferenciado respecto de quienes actuaron como organizadores de la rifa y quienes actuaron como vendedores de la misma.*

*Esto por cuanto sobre quienes se presentaron como organizadores de la rifa, refirieron que tenían amplia experiencia en este tipo de actividades, que en otras oportunidades habían llevado a cabo diversas rifas y sabían de la exigencia legal de obtener permiso administrativo para ejercer esta acción.*

*Es así que JAIR SANCHEZ GIRALDO, SAMUEL ELIAS MENDEZ SOTELO y HUBER DONEY RODRIGUEZ PORTILLA refirieron, cada uno en sus propias palabras, que ellos tres fueron quienes acordaron llevar a cabo la rifa del mencionado vehículo, indicando que entre ellos tenían experiencia en este tipo de actividades y mencionando igualmente que entre ellos se pusieron de acuerdo para responder por el premio que estaban ofreciendo. En otras palabras, la comercialización de esta rifa se puede endilgar a ellos tres como coautores a título de dolo, pues desplegaron una acción coherente para vender al público en general una boletería en la que se jugaba a la suerte y al azar la posibilidad de ganar un vehículo usado como premio principal, o dinero en efectivo como premio seco. (...)*

*En cambio el caso de JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ es diferente y merece un tratamiento igualmente diferenciado, no por el hecho de ser vendedores, sino fundamentalmente porque ellos no tenían el conocimiento completo y cierto de los hechos dentro de los cuales se desenvolvían. (...)*

*Así las cosas, tanto JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA como DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL Y DIANA MARECLA TOVAR RODRIGUEZ también desplegaron objetivamente la descripción del tipo penal imputado, pues ellos en verdad ejercieron y fueron parte sin autorización o contrato válido, de una actividad comprendida como monopolio rentístico. Igualmente estas personas actuaron bajo el conocimiento pleno de estar realizando venta y distribución de la boletería, sabían perfectamente en qué consistía el premio mayor, sabían cuánto costaba cada boleta y cuánto era el porcentaje de su comisión, al tiempo que por su puesto, estaban ubicados en el espacio temporalmente, de modo que conocían cómo y cuándo jugaban los premios y qué poblaciones visitaron durante su actividad. Pero a diferencia de los tres primeros, para este*

*Despacho, estas personas actuaron bajo la idea errada de que además, la actividad en la que estaban inmersos contaba con las autorizaciones del caso. (...)*

*Así las cosas, en el caso concreto estos tres procesados no tenían ignorancia frente a la exigencia de permisos, autorizaciones o contratos válidamente expedidos por la autoridad competente para desarrollar la actividad, sino que así como se presentaron los hechos durante el juicio, se concluye que actuaron falsamente convencidos del hecho aparente que su actividad contaba con esos permisos, o los permisos vistos en realidad emanaban de autoridad competente. Esto los ubica en el numeral 10º del artículo 32, que contempla como eximente de responsabilidad el actuar con error invencible de que no ocurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica.*

*Este error anula el dolo necesario para la estructuración del tipo subjetivo y por ello la conducta necesariamente deviene es atípica respecto de DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ, DORA LEONOR DIAZ SANDOVAL y JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA, a quienes se absolverá de los cargos por los cuales fueron acusados. (...)"*

Del anterior recuento probatorio, se establece lo siguiente respecto de la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**:

- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa en fecha 06 de junio de 2012, ordenó como medida de aseguramiento la detención preventiva de carácter domiciliario.
- No aceptó cargos en la audiencia de formulación de la imputación, suscribió un preacuerdo con la Fiscalía al cual no se le impartió aprobación, para finalmente aceptar cargos.
- El 17 de octubre de 2017, se adelantó audiencia de formulación de acusación en su contra, sin que se hubiesen interpuesto recursos de ley.
- El 08 de abril de 2013 se anunció el sentido del fallo absolutorio en relación con la hoy accionante.
- El 19 de noviembre de 2012, se profirió sentencia absolutoria que quedó ejecutoriada el 04 de febrero de 2014.
- Entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013, estuvo retenida por el delito de *ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico*.

Para el Despacho resulta claro que bajo ninguna circunstancia la señora **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ** debía soportar la carga a la que fue sometida con la privación de la libertad que, se reitera no fue ilegal sino que se tornó injusta por el hecho de haber resultado absuelta del delito que le fue imputado y por la que en principio resultó acusada, pues no se puede exonerar al Estado de responsabilidad en casos como el *sub examine* la decisión absolutoria deja entrever que no existía certeza sobre la necesidad de privarla de su libertad, de modo que la demandante no estaba en la obligación de soportar el daño antijurídico que el Estado le irrogó, por lo que a primera vista la Administración se encontraría en la obligación de resarcir dicho perjuicio pues se mantuvo intacta la presunción constitucional de inocencia que la amparaba.

En este punto, resulta ilustrativo destacar que en un caso similar estudiado por el Tribunal Administrativo de Boyacá<sup>26</sup>, que conoció en segunda instancia la acción de reparación directa promovida por el señor **JOSE ANTONIO RODRIGUEZ MURCIA Y OTROS**, quien resultó absuelto por los mismos hechos hoy estudiados, fallada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, se revocó la decisión que declaró patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios generados a consecuencia de la privación injusta sufrida por el actor y la condenó a pagarlos en la modalidad moral y material. En la decisión definitiva se negaron las súplicas de la demanda al considerar que en casos de responsabilidad estatal derivada de privaciones injustas, y conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se había previsto dividir la condena entre la

<sup>26</sup> Radicado 150013333005-2015-00136-01, MP José Ascención Fernández Osorio, sentencia del 06 de febrero de 2018.



Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, pero que dicha teoría era aceptable en vigencia de la Ley 600 de 2000, sin ser aplicables al caso examinado pues debido a la implementación del nuevo sistema penal acusatorio, las facultades otorgadas a esta última para disponer de las medidas de aseguramiento dentro de los procesos penales, le habían sido sustraídas, dejando sólo en cabeza de los jueces de la república dichas facultades.

Retornando al tema, debe traer a colación esta instancia que con la implementación del sistema acusatorio, las facultades de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal, para disponer sobre las medidas de aseguramiento fueron limitadas, arrogando dicha facultad únicamente a los jueces, mediando solicitud de aquella, pues no es dable su procedencia de oficio, y, considerando la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, frente a esta particularidad el Consejo de Estado ha manifestado<sup>27</sup>:

*"(...) Como se observa del aparte transcrito de la providencia, el Juez de conocimiento precluyó la investigación a favor de la señora Diana Carolina Arellano Rodríguez, por considerar que no había prueba que involucrara su responsabilidad, esto es, que en el proceso penal no pudo demostrarse que la aquí demandante hubiere cometido los delitos por los cuales se le vinculó al proceso penal, circunstancia que, por sí sola, constituye uno de los eventos determinantes de la privación injusta de la libertad -la procesada no cometió el delito-.*

*Pues bien, como lo ha puesto de presente esta Subsección<sup>28</sup>, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio<sup>29</sup> 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-.*

*En ese sentido, esta Subsección ha considerado: (...)*

**Dado que la causa determinante de la restricción de la libertad que padeció la hoy demandante consistió en la medida de aseguramiento que adoptó un Juez de la República, se impone concluir que el daño antijurídico a ella causado lo produjo la Rama Judicial, ente que, aunque no fue demandado en este asunto, permite dictar fallo de fondo en contra de la Nación, representada por la Fiscalía General, pero con cargo al presupuesto de la Rama Judicial, tal como lo ha considerado la jurisprudencia consolidada y unificada de la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...)** Destaca el Despacho.

A manera de precisión, cabe exponer la forma como el anterior Código de Procedimiento Penal, regulaba las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación y sobre el particular se encontraban actuaciones a su cargo, en eventos como el previsto en los artículos 114 y 392, al señalar:

*"Atribuciones. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación:*

<sup>27</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, CP MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00009-01 (43345)

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. sentencia del 16 de abril de 2016, expediente 40.217. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

<sup>29</sup> De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández, se tiene que "(...) En Colombia, la adopción mediante reforma constitucional, de este nuevo sistema procesal penal (Ley 906 de 2004), perseguía en líneas generales las siguientes finalidades: (i) fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de concentrar los esfuerzos de ésta en el recaudo de la prueba; (ii) establecimiento de un juicio público, oral, contradictorio y concentrado; (iii) instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica; (iv) descongestionar los despachos judiciales mediante la supresión de un sistema procesal basado en la escritura para pasar a la oralidad, y de esta forma, garantizar el derecho a ser juzgado sin dilaciones injustificadas; (v) modificar el principio de permanencia de la prueba por aquel de la producción de la misma durante el juicio oral; (vi) introducir el principio de oportunidad; (vii) crear la figura del juez de control de garantías; e (viii) implementar gradualmente el nuevo sistema acusatorio (...)"

(Se destaca).

1. Investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

**2. Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento.**

3. Tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar.

4. Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas.

5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

6. Velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso.

7. Las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación. (...)

"Del control de la medida de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes. **La medida de aseguramiento y las decisiones que afecten a la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles, proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado** podrán ser revisadas en su legalidad formal y material por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público." Destaca el Despacho.

A su turno, el actual Código de Procedimiento Penal, prevé los requisitos que deben darse para la procedencia de la captura y la solicitud de medida de aseguramiento, reiterando que sólo en los funcionarios judiciales recae la responsabilidad de decidir sobre la solicitud que hace la Fiscalía ateniendo a la restricción de la libertad, así lo estatuyen el artículo 306 y ss de la citada norma cuando señalan en los apartes concernientes al caso:

"(...) 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, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa, el juez emitirá su decisión. (...)

Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Prívativas de la libertad

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria. (...)

Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe 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. (...)

Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva.

Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos: (...)

2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años. (...)"



De otra parte, encontramos que mediante sentencia C 730 de 2005 la Honorable Corte Constitucional, se pronunció precisando las funciones de la Fiscalía General de la Nación como titular de la acción penal y refiriéndose específicamente a la facultad de disponer sobre la restricción de la libertad personal, puntualizando que la atribución se limita a solicitarla, no ha adoptarla, así:

*"(...) es pertinente destacar, para efectos del presente proceso las consideraciones hechas sobre la función que cumple la Fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema penal de acuerdo con el artículo 250 de la Carta tal como quedó reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002, función que es sustancialmente distinta a la señalada en el sistema original de 1991. Así mismo los análisis hechos sobre la relevancia que en el nuevo sistema se da a la función que cumple el Juez de control de garantías en materia de reserva judicial de la libertad, así como el establecimiento por el Constituyente derivado de límites teleológicos constitucionales expresos a la posibilidad de que se decreten medidas restrictivas de la libertad.*

Al respecto la Corte puso de presente los siguientes elementos:

*Sobre la función de la Fiscalía y su nueva situación en el marco de un sistema penal en el que se adelanta un "juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías" expresó la Corte los siguiente:*

*"La función de la Fiscalía a partir de la introducción del Acto Legislativo aludido es la de adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, siempre y cuando existan motivos y circunstancias fácticas suficientes que indiquen la posible comisión de una tal violación; precisa el texto constitucional que éste cometido general es una obligación de la Fiscalía, la cual no podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos para la aplicación del principio de oportunidad -el cual deberá haberse regulado en el marco de la política criminal del Estado colombiano, y tendrá control de legalidad por el juez de control de garantías - Se señala, además, que los hechos objeto de investigación por parte de la Fiscalía pueden ser puestos en su conocimiento por denuncia, petición especial, querrela o de oficio; y que quedan excluidos de su conocimiento, tal como sucedía bajo el esquema de 1991, los delitos cobijados por el fuero penal militar y otros fueros constitucionales.*

*Ya no corresponde a la Fiscalía, por regla general, asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento necesarias; 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. (...)*

*v) Se mantiene la función de la Fiscalía de acusar a los presuntos infractores del ordenamiento penal ante el juez de conocimiento de la causa respectiva, atribución que estaba prevista en el texto original de 1991; pero se precisa que una vez se presente el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, se puede dar inicio a un "juicio público, oral, con intermediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías" - acusación que no es vinculante para el juez." Negrilla fuera del texto.*

Y destaca que las funciones de los jueces en materia penal surgen desde el mismo momento de imprimir control de legalidad previo y posterior frente a todas aquellas decisiones que impliquen disposición de derechos, sobre el tema, especifica:

*"(...) Sobre el papel del juez de garantías ha expresado igualmente la Corte:*

*"Con respecto a los actores que intervienen en la relación jurídica y en el proceso penal, se resalta que el nuevo esquema constitucional prevé la intervención (a) del imputado, (b) del Fiscal, (c) del Juez de conocimiento de la causa, (d) del Ministerio Público a través de la Procuraduría General de la Nación, (e) del juez de control de garantías, y (f) de los jurados, encargados ahora de administrar justicia en forma transitoria en los términos que señale la ley. Así mismo; el Acto Legislativo faculta al Legislador para fijar los términos precisos en los cuales (g) las víctimas del delito habrán de intervenir en el proceso penal.*

*Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías. Destaca así que una de las modificaciones más importantes que introdujo el*

**Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.” Destaca el Despacho.**

Esta misma colegiatura en sentencia C 144 de 2010, referida a la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 17 parcial, 112, 357, 245, 362, 397, 415, 438, 450 y 454 de la Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de procedimiento penal, se puntualizaron aspectos de relevancia para el *sub lite*, se clarifica lo referente a las etapas de investigación y juzgamiento y los roles de jueces y fiscales, anotando:

**“(…) 3.1. Características del sistema procesal penal colombiano establecido a partir del Acto legislativo no. 3 de 2002. Reiteración de la jurisprudencia. (…)**

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

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

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

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

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

- **RESPONSABILIDAD DE LA FISCALIA EN CASOS DE PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD BAJO EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO ACTUAL**

Para el Despacho, no se cuestiona el hecho que la accionante haya sufrido un daño representado en la privación de su libertad, pues si bien la medida preventiva consistente en detención domiciliaria, en principio fue considerada por el Juez de Control de Garantías como necesaria, al resultar absuelta de los cargos formulados por la ausencia de dolo en su conducta, esta se tornó injusta pues se trataba



de una carga que no estaba en la obligación de soportar, hasta allí ni hay discusión, ahora lo que debe determinarse es si la **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, debe responder por el daño alegado tomando como base las normas procedimentales que regulan la materia, así como los precedentes jurisprudenciales que han llegado a las conclusiones citadas en precedencia.

En este sentido, destaca la instancia que el sistema penal acusatorio contenido en la Ley 906 de 2004, limitó las funciones atribuidas al ente investigador y acusador, sin quitarle la titularidad de la acción penal, así, específicamente en lo relacionado con la disposición de las medidas de aseguramiento, clarificó que el mencionado ente **solicita** la restricción de la libertad, pero la **decisión** sobre su viabilidad, es adoptada por un Juez, quien tomando como base el material arrojado por la Fiscalía, determina su procedencia, es esa la razón para sustentar una eventual responsabilidad, teniendo como fuente de daño, el actuar prodigado por un funcionario de la Rama Judicial por cuanto es quien **dispone** sobre la libertad de la persona, restringiendo de pasos sus derechos fundamentales, al **decidir** de manera autónoma sobre la **solicitud** ante él elevada, situación que se comprueba en el caso bajo examen pues los hechos origen de la acción sucedieron en vigencia de la mencionada Ley 906 de 2004, donde el actuar de la Fiscalía se encontraba dentro de los límites constitucionales y legales, tendiendo a demostrar la culpabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, resultando probada la inocencia de la hoy demandante, configurándose en efecto una responsabilidad patrimonial que para el Despacho, no compromete el actuar de la accionada.

Resumiendo, se dirá que analizadas las atribuciones de la Fiscalía General de la Nación en el nuevo sistema penal acusatorio, salta a la vista que la responsabilidad de que se habla, así como la actuación del Estado, el daño antijurídico y la imputación, se edifican en una decisión de la Administración de Justicia, en cabeza de la Rama Judicial, como determinante para que la demandante **DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ**, viera restringida su libertad entre el 05 de junio de 2012 y el 09 de abril de 2013, como consecuencia de la medida adoptada por el Juez de control de garantías, para el caso el Juez Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, finalizando con la absolución de los cargos formulados, de manera que el llamado a responder sería sin lugar a equívocos dicha entidad, pues, si bien la formulación de imputación acusación y la solicitud de imposición de medida de aseguramiento en sí misma, son facultad de la Fiscalía General de la Nación, esta solicitud no es vinculante para el Juez, por ende la responsabilidad es de quien profiere la medida cautelar, en este caso únicamente del Poder Judicial, dado que uno de sus funcionarios quien dispuso desde el comienzo de la acción penal, que se había de imponer y mantener la medida adoptada, pues se daban los presupuestos de los artículos 308 y 313 del Código de Procedimiento Penal, más no la Fiscalía General de la Nación aquí demandada pues su actividad se limitó a recopilar las evidencias probatorias que le permitieron tomar dicha decisión, decisiones netamente judiciales en estricto sentido y aun cuando ello no es motivo de debate, conoce el Despacho que frente a las pretensiones que hoy se discuten existe un acuerdo conciliatorio avalado por el Juez administrativo, en relación con la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva. (fls. 103-106).

Aquí cabe hacer precisión en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva que alega la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y ello es importante, dado que, en principio se aludió a que esta puede ser de dos clases, la de hecho y la material concluyéndose que la primera de ellas refiere a la relación procesal entre demandante y demandado, esto es, un requisito previo que faculta a la entidad para comparecer al proceso, mientras que la material alude a la relación entre las partes frente a los hechos constitutivos de la acción y que eventualmente puede conllevar a la declaratoria de una eventual responsabilidad de carácter patrimonial, en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, enseñando que:

*“(…) Así pues, toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante —legitimado en la causa de hecho por activa— y demandado —legitimado en la causa de hecho por pasiva— y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.*

*De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores. (...)”<sup>30</sup>*

Conforme a lo anterior, resulta probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, en el ámbito material pues se reitera en el presente asunto, las actuaciones que conllevaron a que la detención de la señora DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ se tornara injusta, recaen únicamente en la NACIÓN - RAMA JUDICIAL, entidad que transó con la demandante las pretensiones económicas que el daño discutido le había causado, conciliación que fue aprobada en el ámbito administrativo, situación aceptada por la parte actora y que constituye cosa juzgada con los mismos efectos de una sentencia, lo que conduce a que se nieguen las pretensiones de la demanda y en su lugar se declare probada la excepción propuesta, en los términos aquí precisados.

Finalmente, advierte el Despacho que el proceso penal con el número único de radicación 152996103118201280089, fue remitido a esta autoridad judicial mediante oficio N° 3178 del 22 de septiembre de 2017 proveniente del Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja, por lo que se ordenará que por Secretaría y una vez en firme lo anterior, el mismo sea devuelto a su origen.

### VIII. CONCLUSIÓN

Con todo, el Despacho encuentra que si bien en el *sub examine* las decisiones que llevaron a la privación injusta de la libertad de la señora DIANA MARCELA TOVAR RODRIGUEZ, fueron en efecto solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, esta entidad no era la competente para decidir sobre la imposición de dicha medida de aseguramiento pues ello únicamente le correspondía a la Rama Judicial, por ser una facultad netamente de carácter jurisdiccional, razón suficiente para concluir que en el presente asunto y atendiendo a las disposiciones del sistema penal acusatorio vigente, no resulta acertado endilgar ningún tipo de responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, lo que conduce a declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva en el ámbito material respecto de la privación injusta alegada por la demandante.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A, y 365 num. 1 y 8 del C.G.P., el despacho considera que en el presente asunto, se niegan las pretensiones de la acción, luego el despacho impone condenar en costas a la parte demandante.

---

<sup>30</sup> Sentencia del 28 de julio de 2011, expediente 19753. MPM Mauricio Fajardo Gómez.



Teniendo en cuenta lo señalado en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de Agosto de 2016, se fija como Agencias en Derecho la suma de **CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$197.640.00)** equivalente al 3% de las pretensiones de la parte actora.

### VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

### RESUELVE

**PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS**, las excepciones propuestas por la entidad demandada **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y referidas a: *inexistencia del daño y en cumplimiento de un deber legal*, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- DECLARAR PROBADA**, la excepción propuesta por la entidad demandada **NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y referida a *falta de legitimación por pasiva*, en el ámbito material, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO.- NIEGUENSE** las pretensiones de la demanda.

**CUARTO.- CONDENAR** en costas a la parte demandante, liquídense por Secretaría.

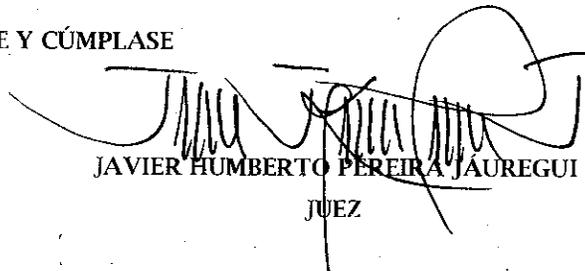
**QUINTO.- FIJAR** como agencias en derecho la suma de **CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$197.640.00)**.

**SEXTO.-** Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del C.P.A.C.A. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEPTIMO.-** En firme esta decisión, por Secretaría remítanse las comunicaciones de que trata el artículo 192, inciso final del C.P.A.C.A.

**OCTAVO.-** En firme esta decisión, por Secretaría devuélvase el expediente penal con el número único de radicación 152996103118201280089, al Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Tunja.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI  
JUEZ

