

Señor

JUEZ SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA - SECCION TERCERA

E. S. D.

REF.	Contestación Demanda
Medio de Control:	Reparación Directa.
Radicación No.	11001334306020190037900
Demandante:	HERIBERTO MONROY Y OTROS
Demandado:	MINISTERIO DE JUSTICIA - RAMA JUDICIAL Y OTROS.

FELIPE VARGAS RODRIGUEZ, mayor de edad identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.952.640 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la T.P. 154.936 del C.S. de la J, actuando en mi condición de Profesional Especializado Grado 20, Coordinador del Grupo de Defensa y Representación Judicial de la Oficina Jurídica de la Defensoría del Pueblo, en ejercicio del poder a mi conferido por el en ejercicio del poder a mi conferido por el Dr. EDGAR GOMEZ RAMOS Jefe de la Oficina Jurídica de la Defensoría del Pueblo; dentro del término legalmente establecido me permito contestar la demanda de Reparación Directa de la referencia, en los siguientes términos:

1

I. FRENTE A LAS PRETENSIONES

La Defensoría del Pueblo **SE OPONE** al éxito de cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por cuanto no hay un título de imputación por el cual se pueda establecer responsabilidad de la Defensoría del Pueblo respecto de los hechos que presuntamente configuraron un daño para los demandantes.

III. CONSIDERACIONES PREVIAS

El hecho concreto respecto del cual se finca la presente acción se contrae en que el señor **HERIBERTO MONROY** fue cobijado con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario (la cual luego fue modificada

Dirección · Carrera 9 · 16- 21 Piso 10 - Bogotá D.C.

PBX: (57) 3144000 Línea Nacional: 01 8000 914814

www.defensoria.gov.co

para que se cumpliera en su residencia), al ser vinculado a la investigación¹ y juzgamiento por la presunta comisión de los delitos de Usurpación de derechos de propiedad industrial. Delitos por los cuales luego fue precluida la investigación y el juzgamiento al no haberse podido desvirtuar la presunción de inocencia, según la Fiscalía General de la Nación.

El sustento jurídico que utiliza el actor para imputar daños a la Defensoría se acota en:

- Una supuesta inadecuada representación por parte de un defensor público que le fue asignado para que lo asistiera en las audiencias de legalización de orden de allanamiento, legalización de captura e imputación de cargos, las cuales se llevaron a cabo los días 31 de mayo y 1 y 2 de junio de 2015, dentro del proceso penal al que ya se ha hecho referencia.
- La pretendida inadecuada representación se circunscribe, de acuerdo con la parte actora, a que el defensor público no evitó que al señor Heriberto Monroy se le impusiera la medida de aseguramiento.

2

IV. FRENTE A LOS HECHOS Y OMISIONES

Puntualmente me refiero a los hechos de la siguiente manera.

1. HECHO UNO: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado.
2. HECHO DOS: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado.
3. HECHO TRES: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
4. HECHO CUATRO: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
5. HECHO CINCO: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
6. HECHO SEIS: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
7. HECHO SIETE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
8. HECHO OCHO: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
9. HECHO NUEVE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
10. HECHO DIEZ: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
11. HECHO ONCE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
12. HECHO DOCE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado

¹ CUNC No 253866108003201580149

13. HECHO TRECE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
14. HECHO CATORCE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado
15. HECHO QUINCE: es cierto el inicio de la investigación penal aludida y la vinculación del señor Heriberto Monroy.
16. HECHO DIECISEIS: Es cierto.
17. HECHO DIECISIETE: No nos consta, nos atenemos a lo que resulte probado.
18. HECHO DIECIOCHO: Nos atenemos a lo que resulte probado.
19. HECHO DIECINUEVE: Nos atenemos a lo que resulte probado.
20. HECHO VEINTE: Nos atenemos a lo que resulte probado.
21. HECHO VEINTIUNO: Es cierto que el señor Heriberto Monroy resultó capturado.
22. HECHO VEINTIDOS: Nos atenemos a lo que resulte probado.
23. HECHO VEINTITRES: Nos atenemos a lo que resulte probado.
24. HECHO VEINTICUATRO: Nos atenemos a lo que resulte probado.
25. HECHO VEINTICINCO: Nos atenemos a lo que resulte probado
26. HECHO VEINTISEIS: Nos atenemos a lo que resulte probado.
27. HECHO VEINTISIETE: No es un hecho, son apreciaciones subjetivas y valoraciones de la parte actora respecto del actuar de una entidad del Estado.
28. HECHO VEINTIOCHO: Es cierto.
29. HECHO VEINTINUEVE: No es un hecho, son apreciaciones subjetivas y valoraciones de la parte actora respecto del actuar de un sujeto que intervino en el proceso. Tal como la propia parte actora lo reconoce, el actuar del defensor público, con la información y valoración que de la misma se hizo le llevó a obtener la libertad de 4 de las personas capturadas.
30. HECHO TREINTA: No es un hecho, son apreciaciones subjetivas y valoraciones de la parte actora respecto del actuar de una entidad del Estado.
31. HECHO TREINTA Y UNO (20): Es cierto lo relativo a la imputación de cargos.
32. HECHO TREINTA Y DOS (21): No es cierto que haya existido una deficiente labor del defensor público.
33. HECHO TREINTA Y TRES (22): Es cierto. La intervención del defensor público en el proceso penal al que fue vinculado el señor Heriberto Monroy tan solo estuvo circunscrita a representar a los capturados los días 31 de mayo y 1 y 2 de junio de 2015.
34. HECHO TREINTA Y CUATRO (23): Nos atenemos a lo que resulte probado.
35. HECHO TREINTA Y CINCO (24): Nos atenemos a lo que resulte probado.
36. HECHO TREINTA Y SEIS (25): Nos atenemos a lo que resulte probado.
37. HECHO TREINTA Y SIETE (26): Nos atenemos a lo que resulte probado.
38. HECHO TREINTA Y OCHO (27): Nos atenemos a lo que resulte probado.
39. HECHO TREINTA Y NUEVE (28): Nos atenemos a lo que resulte probado

40. HECHO CUARENTA (29): Nos atenemos a lo que resulte probado
41. HECHO CUARENTA Y UNO (30): Nos atenemos a lo que resulte probado
42. HECHO CUARENTA Y DOS (31): Nos atenemos a lo que resulte probado
43. HECHO CUARENTA Y TRES (32): Nos atenemos a lo que resulte probado
44. HECHO CUARENTA Y CUATRO (33): Nos atenemos a lo que resulte probado
45. HECHO CUARENTA Y CINCO (34): Nos atenemos a lo que resulte probado
46. HECHO CUARENTA Y SEIS (35): Nos atenemos a lo que resulte probado
47. HECHO CUARENTA Y SIETE (36): Nos atenemos a lo que resulte probado
48. HECHO CUARENTA Y OCHO (37): Nos atenemos a lo que resulte probado
49. HECHO CUARENTA Y NUEVE (38): Nos atenemos a lo que resulte probado
50. HECHO CINCUENTA (39): Nos atenemos a lo que resulte probado
51. HECHO CINCUENTA Y UNO (40): Nos atenemos a lo que resulte probado
52. HECHO CINCUENTA Y DOS (41): Nos atenemos a lo que resulte probado
53. HECHO CINCUENTA Y TRES (42): Nos atenemos a lo que resulte probado
54. HECHO CINCUENTA Y CUATRO (43): Nos atenemos a lo que resulte probado
55. HECHO CINCUENTA Y CINCO (44): Nos atenemos a lo que resulte probado
56. HECHO CINCUENTA Y SEIS (45): Es cierto
57. HECHO CINCUENTA Y SIETE (46): Nos atenemos a lo que resulte probado
58. HECHO CINCUENTA Y OCHO (47): Nos atenemos a lo que resulte probado
59. HECHO CINCUENTA Y NUEVE (48): Nos atenemos a lo que resulte probado
60. HECHO SESENTA (49): Nos atenemos a lo que resulte probado
61. HECHO SESENTA Y UNO (50): Nos atenemos a lo que resulte probado
62. HECHO SESENTA Y DOS (51): Nos atenemos a lo que resulte probado
63. HECHO SESENTA Y TRES (52): Nos atenemos a lo que resulte probado
64. HECHO SESENTA Y CUATRO (53): Nos atenemos a lo que resulte probado
65. HECHO SESENTA Y CINCO (54): No nos consta la omisión referida.
66. HECHO SESENTA Y SEIS (55): No nos constan las omisiones referidas.
67. HECHO SESENTA Y SIETE (56): No nos constan las omisiones referidas.
68. HECHO SESENTA Y OCHO (57): No es cierto que haya existido una omisión.
69. HECHO SESENTA Y NUEVE (58): No es un hecho es una apreciación subjetiva.
70. HECHO SETENTA (59): No es un hecho es una apreciación subjetiva.
71. HECHO SETENTA Y UNO (60): No es un hecho es una apreciación subjetiva.
72. HECHO SETENTA Y DOS (61): No es un hecho es una apreciación subjetiva.

V. EXCEPCIONES.

A. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO ATRIBUIBLE A LA DEFENSORIA DEL PUEBLO.

El desarrollo de este argumento de la defensa se desarrollara a través de los siguientes acápite: a) generalidades sobre la responsabilidad del estado en casos de privación de la libertad, b) marco de actuación de la Defensoría del Pueblo en la defensa pública y c) contornos específicos del caso.

a) Generalidades sobre la responsabilidad del estado en casos de privación de la libertad.

En el presente caso, por sus particularidades, debe estudiarse la responsabilidad que le puede caber a los órganos del Estado involucrados en el mismo, a la luz de lo establecido en los artículos 90 de la Constitución Política, 68 de la Ley 270 de 1996 y de la doctrina que sobre este tipo de asuntos ha elaborado el Consejo de Estado.

El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política dispone que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. A su turno, el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 dispone: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”.

Sobre la primera norma cabe anotar que tradicionalmente se ha aceptado que dos son las condiciones que configuran la responsabilidad estatal: la primera, el daño antijurídico sufrido por una persona y la segunda, la imputabilidad del daño a un órgano o entidad estatal. Inicialmente se había considerado que la responsabilidad estatal derivada del artículo 90 de la C.P. era de carácter objetiva, es decir, que no se estudiaba la culpa en la producción del daño para imponer la respectiva condena. Esto resultaba perjudicial para la administración, como lo menciona el profesor Carlos Betancur Jaramillo ya que impedía el manejo de algunas causales de exculpación como lo son la culpa exclusiva y determinante de la víctima o la culpa exclusiva y determinante de un tercero. Por eso, desde hace algún tiempo en la jurisdicción contencioso administrativa se ha cambiado la óptica sobre este asunto y se admite que la responsabilidad de la administración se dilucide bajo distintos títulos de imputación.

Dirección · Carrera 9 · 16- 21 Piso 10 - Bogotá D.C.

PBX: (57) 3144000 Línea Nacional: 01 8000 914814

www.defensoria.gov.co

5

En torno a la segunda norma citada es importante resaltar que al ser estudiada la constitucionalidad de la misma la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

“Este artículo, en principio, no merece objeción alguna, pues su fundamento constitucional se encuentra en los artículos 60, 28, 29 y 90 de la Carta. Con todo, conviene aclarar que el término injustamente se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (...).

Bajo estas condiciones, el artículo se declarará exequible”².

6

Unido a los elementos que se han expuesto, la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha definido que el método adecuado para estudiar la responsabilidad del Estado en casos de privación de la libertad pasa por analizar tres tópicos:

- a) Si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla del servicio. Por tanto, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcional y violatoria de los procedimientos. *“Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el*

² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

*Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se deber tener en consideración la gravedad del delito (...)*³.

- b) Verificar que en los términos del artículo 90 de la C.P. el afectado no estaba llamado desde ninguna perspectiva a soportar la privación, “(...) *tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible*”⁴.
- c) En todos los casos - literales a) y b)- debe estudiarse si concurre alguna causal de exclusión de la responsabilidad tal como la culpa exclusiva y determinate de la víctima o la de un tercero. “(...) en otras palabras, -si- *el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil (...)*”⁵.

Teniendo en cuenta lo expresado por el Consejo de Estado en reiteradas sentencias, en cuanto a que para que exista una falta o falla en el servicio, y que como consecuencia de esto, se dé la responsabilidad del Estado, es necesario que se acredite: i) la existencia de un daño antijurídico, entendido como aquel que el afectado no tiene el deber jurídico de soportar; ii) una falla del servicio propiamente dicha, que se traduce en un defectuoso, tardío o inexistente cumplimiento de las funciones o deberes a cargo de la Administración; y iii) la acreditación del nexo o relación de causalidad entre los dos anteriores, lo que implica necesariamente demostrar que fue esa falla en la prestación del servicio la que produjo el daño antijurídico.

Un elemento es esencial para la determinación de la responsabilidad de la administración es el del título de imputación que cabe hacerse y derivado de ello la responsabilidad que esta tuvo en la producción del daño.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera - Subsección “B” Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero. 3/12/2018 No. 15001233100020030261101 (44520).

⁴ *Ibídem*.

⁵ *Ibídem*.

Referente a la imputación jurídica, la Sección Tercera del Consejo de Estado, se refirió a este fenómeno en los siguientes términos:

“Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que una vez demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

En segundo lugar, si no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos facticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito factico y jurídico)⁶. ”

b) Marco de actuación de la Defensoría del Pueblo en la defensa pública

La Defensoría del Pueblo por disposición del artículo 281 de la Constitución Política hace parte de los órganos de control del Estado colombiano y, de manera específica, hace parte del Ministerio Público. La estructura orgánica, organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo por mandato del artículo 283 de la carta política se encuentran determinados por la ley. De manera concreta esta reglamentación se halla en la Ley 24 de 1992 y en el Decreto-Ley 025 de 2014.

La Defensoría del Pueblo es la institución responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos mediante las siguientes acciones integradas: promover,

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección C radicación: 66-001-23-31-000-2000-00108-01 (26987) C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

ejercer, divulgar, proteger y defender los derechos humanos y prevenir sus violaciones; fomentar la observancia del derecho internacional humanitario; atender, orientar y asesorar en el ejercicio de sus derechos a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior; y, proveer el acceso a la administración de justicia, en los casos señalados en la Ley.

Por mandato del artículo 7 de la Ley 24 de 1992 la Defensoría del Pueblo no podrá ejercer funciones judiciales o disciplinarias, salvo las de su propia dependencia. Sus opiniones, informes y recomendaciones tienen la fuerza que les proporcionan la Constitución Nacional, la ley, la sociedad, su independencia, sus calidades morales y su elevada posición dentro del Estado.

De acuerdo con este marco constitucional y legal, No es la Defensoría del Pueblo el órgano del Estado colombiano competente para dictar medidas de aseguramiento u órdenes de privación de la libertad de los individuos que son sometidos a un enjuiciamiento penal. En esa medida la responsabilidad extracontractual de la Institución no puede estar comprometida ya que no puede endilgarse a la misma la vulneración de algún deber normativo de aquellos que está obligada a cumplir dentro del marco de sus atribuciones y competencias.

En términos generales, es posible argumentar que la restricción de la libertad sufrida por el señor HERIBERTO MONROY no constituyó una falla del servicio imputable a la Defensoría del Pueblo, pues esta institución no desplegó actuación alguna tendiente a ordenar o materializar la privación de la libertad del convocante.

Por otra parte, la prestación del servicio de defensoría pública, se lleva a cabo, de acuerdo con los artículos 15 y 26 de la Ley 941 de 2005 por profesionales del derecho vinculados al Sistema Nacional de Defensoría Pública mediante la figura del contrato de prestación de servicios profesionales, de acuerdo con las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal. En esa medida, es importante señalar que los defensores públicos son profesionales que son contratados para que ejerzan los conocimientos, destrezas y habilidades de una profesión liberal, con plena autonomía técnica y administrativa. Lo anterior significa que cada profesional es el responsable de establecer según su buen criterio la estrategia de defensa que considere se adecúa de mejor manera a cada caso. La Defensoría del Pueblo no dicta a los defensores públicos, para cada caso particular, las directrices que debe seguir el profesional del derecho en la representación de los usuarios del Sistema Nacional de Defensoría Pública.

Dirección · Carrera 9 · 16- 21 Piso 10 - Bogotá D.C.

PBX: (57) 3144000 Línea Nacional: 01 8000 914814

www.defensoria.gov.co

Precisamente el contrato de prestación de servicios No. DP-2692-2014 suscrito entre la Defensoría del Pueblo y el abogado JORGE ALVARO POLANCO SANCHEZ, vigente para la fecha en que el señor Heriberto Monroy es privado de la libertad, contemplaba como objeto del mismo lo siguiente:

“EL CONTRATISTA se obliga para con LA DEFENSORÍA, a prestar servicios profesionales especializados de abogado, en forma personal, con plena autonomía técnica y administrativa, para la representación judicial o extrajudicial de los usuarios del servicio de defensoría pública, comprometiéndose a ejecutar todas las obligaciones de medio necesarias para garantizar una defensa integral, ininterrumpida, técnica y competente, y un debido proceso con respecto de los derechos y garantías sustanciales y procesales. Así mismo, velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos”.

c) Contornos específicos del caso

Como se indicó arriba, la parte actora invoca como título de imputación de la presunta responsabilidad de la Defensoría del Pueblo, una falla del servicio ya que el defensor público que asistió al señor Heriberto Monroy en las audiencias de legalización de orden de allanamiento, legalización de captura e imputación de cargos, las cuales se llevaron a cabo los días 31 de mayo y 1 y 2 de junio de 2015, dentro del proceso penal al que ya se ha hecho referencia, el defensor público no evitó que al señor Heriberto Monroy se le impusiera la medida de aseguramiento.

No obstante lo anterior, la Defensoría del Pueblo y el defensor público no tienen un deber constitucional o legal que indique que en virtud de la prestación del servicio de defensoría pública deban evitar de manera objetiva que a una persona se le imponga medida de aseguramiento en el curso de un proceso o investigación penal. La definición de este tipo de circunstancias se da por el concurso de la voluntad de agentes adscritos a órganos del Estado como la Fiscalía General de la Nación o los Jueces Penales. Son estos los que determinan la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de imponer una medida privativa de la libertad como la que se ha aludido. En ese sentido, no puede olvidarse que es el ente Investigador quien solicita la imposición de la medida y el juez penal el que determina la viabilidad de la misma.

Ahora bien, el actuar del defensor público dentro de las audiencias referidas arriba logró, tal como lo reconoce la parte actora, que de todos los capturados a quienes representaba, cuatro fueran puestos en libertad inmediata. Es decir, desplegó una estrategia de defensa que de acuerdo con los elementos de juicio con los que se contaba eran suficientes para lograr la libertad de estas personas pero que probablemente hacían más dificultoso alcanzar este mismo fin en el caso del señor Heriberto Monroy.

La propia parte actora ha mencionado que en el trascurso del proceso penal fue sumamente difícil, hasta para el abogado de confianza del señor Heriberto Monroy, lograr tan siquiera la sustitución de la medida de aseguramiento. Al respecto se lee en la demanda:

“Después de impuesta la medida de aseguramiento aludida, los tres imputados, incluido HERIOBERTO MONROY, designaron como defensor de confianza al Dr. YEYSON VELA, quien mediante escrito radicado el 13 de julio de 2015, solicitó audiencia de revocatoria de la medida de aseguramiento (...)

En dicha audiencia, el defensor demostró con las mismas pruebas recaudadas por la fiscalía ya referidas ampliamente en este escrito, (sic) que frente al imputado HERIBERTO MONROY, no existían pruebas que pudieran conducir a inferir al menos razonablemente su participación en los hechos (...)

(...) el Despacho suspendió la audiencia para valorar las pruebas previo a proferir un fallo (...) Llegada esa fecha, el juez, negó las solicitudes, y el defensor de confianza de HERIBERTO MONROY, interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación (sic).

Posteriormente, el en sede (sic) de segunda instancia Juez Segundo Penal del Circuito de Girardot, (sic) al resolver el recurso de apelación frente a la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento y petición subsidiaria de sustitución de la medida por detención preventiva en el lugar de residencia, denegó la solicitud principal y concedió la subsidiaria (...)

Posteriormente, la Fiscalía Seccional Única de la Mesa, radicó el 24 de junio de 2016 solicitud de audiencia de preclusión de la acción penal en favor de HERRIBERTO MONROY por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (...)”

Dirección · Carrera 9 · 16- 21 Piso 10 - Bogotá D.C.

PBX: (57) 3144000 Línea Nacional: 01 8000 914814

www.defensoria.gov.co

Puede observarse que en principio, los funcionarios judiciales y de la Fiscalía General de la Nación consideraron que la medida de aseguramiento que se impuso al señor Heriberto Monroy resultaba razonable, a tal punto que el juez de control de garantías la concede, luego niega su levantamiento y como si ello fuera poco, el juez de circuito de segunda instancia no la revoca sino que la convierte en detención domiciliaria. Lo que esto significa es que para las autoridades que tenían bajo su responsabilidad decidir sobre la procedencia de la medida de aseguramiento, la misma resultaba razonable, en esa fase inicial de la actuación penal, lo cual no significa que ese mismo parámetro de valoración de los elementos que tenían a su disposición fuera el que imperara en etapas más avanzadas de la investigación y juicio, para señalar la responsabilidad penal del señor Monroy.

Los convocantes reprochan que el defensor público no alegó en esa primera audiencia la falta de responsabilidad del señor MONROY tal y como después lo hizo su apoderado de confianza, sin embargo, pasan por alto que con esos mismos alegatos por parte del defensor de confianza del procesado siguió privado de la libertad, pues la decisión de que esto ocurriera no dependía en manera alguna de la defensa, ya fuera ejercida por un abogado de confianza o un defensor público.

Ahora bien, no puede reprochar la parte convocante la forma de obrar del defensor público respecto del caso del señor Heriberto Monroy, trasladándole a éste la responsabilidad por la privación de la libertad de aquel. Ya se vio como la actuación del defensor público se redujo a las audiencias que se llevaron a cabo los días 31 de mayo y 1 y 2 de junio de 2015, audiencias en las cuales, por definición, no se toman decisiones sobre la responsabilidad penal de los encartados.

No existe, entonces, falla en la prestación del servicio por parte de la Defensoría del Pueblo, pues para que esta se pueda predicar se debe demostrar, en primera instancia, que la Entidad incumplió de manera cierta una obligación constitucional o legal a ella impuesta. Ahora bien, a pesar que la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la prestación del servicio de defensoría pública, no existe una norma o exigencia legal que le imponga la obligación de impedir que en contextos de razonabilidad y legalidad se prive de la libertad a quienes enfrentan un proceso penal. En esa medida, si el señor Heriberto Monroy sufrió un daño con su privación de la libertad, no existe un nexo causal entre este y los hechos que lo originaron que vincule a la Defensoría del Pueblo. Como se dijo anteriormente son otras autoridades las que toman la decisión de privar de la libertad al hoy demandante y a pesar de

Dirección · Carrera 9 · 16- 21 Piso 10 - Bogotá D.C.

PBX: (57) 3144000 Línea Nacional: 01 8000 914814

www.defensoria.gov.co

alegarse su falta de responsabilidad, estas mismas autoridades siguieron manteniendo la medida de aseguramiento bajo los estándares de razonabilidad que encontraron cuando la impusieron.

VI. PETICION ESPECIAL.

En atención a las consideraciones expuestas solicito se NIEGUEN las pretensiones de la demanda en lo referente a la Defensoría del Pueblo.

VII. PRUEBAS

Documentales:

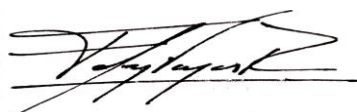
- Las que se encuentran en el expediente aportadas por la parte actora.
- Copia del contrato de prestación de servicios No. DP-2692-2014 suscrito entre la Defensoría del Pueblo y el abogado JORGE ALVARO POLANCO SANCHEZ.

13

VIII. NOTIFICACIONES.

Manifiesto a usted de manera atenta, que recibiré notificaciones en el correo electrónico: juridica@defensoria.gov.co o en la Calle 55 No. 10-32 Piso 6 de Bogotá.

Atentamente,



FELIPE VARGAS RODRIGUEZ
C.C. 79.952.640 de Bogotá
T.P. 154.936 del C.S de la J

Doctor
ALEJANDRO BONILLA ALDANA
Juez 60 Administrativo Oral de Bogotá
E. S. D.

ACCIÓN : **REPARACIÓN DIRECTA**
ACTOR : **HERIBERTO MONROY y Otros**
EXPEDIENTE : **11001 33 43 060 2019 00379 00**
DEMANDADA : **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL**

Respetado doctor:

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

1) OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P. efectuándose la notificación electrónica el 05/03/2020, feneciendo el término el 10/09/2020.

Ello por cuanto, tenga en cuenta su señoría, que con ocasión a la contingencia de salud por el COVID-19 se profirieron varios acuerdos por el Consejo Superior de la Judicatura que suspenden los términos judiciales desde el 16/03/2020 y hasta el 30/06/2020.

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

2) A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

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

I. Los que le constan a mi representada:

En este punto sea lo primero indicar al honorable Juez, que los únicos hechos que le constan a mi representa se resumen de la siguiente manera:

Primero: Que mediante fuente no formal se tuvo conocimiento que en las direcciones Carrera 21 # 1-27 y Carrera 21 # 1-03, barrio el Recreo del municipio de La Mesa – Cundinamarca, sucedían actividades por fuera de la ley consistentes en adquisición y venta de licor de baja calidad, re embace de licor de reconocido nombre comercial siendo este adulterado y comercializado en un establecimiento de comercio de nombre CLUB PRIVADO LANCASTER.

Tras el allanamiento efectuado en esas direcciones, se encontraron 22 menores de edad consumiendo bebidas adulteradas y varias botellas con contenido de licor adulterado. Producto de ese allanamiento se dio

captura por efectivos de la Policía Nacional con funciones de policía judicial a varias personas incluyendo al hoy demandante.

Segundo: El 31/05/2015 se adelantó ante el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la Mesa las audiencias concentradas de legalización de captura y legalización de allanamiento.

La formulación de imputación a HERIBERTO MONROY en calidad de copartícipe y JOSE ANTONIO MONROY y LUZ HELENA ESPITIA PASTRANA como coautores de los delitos de **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL y DERECHO DE OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES, EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDAD MONOPOLÍSTICA DE ARBITRIO RENTÍSTICO Y CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS**, así como la decisión sobre la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, se llevó a cabo el 01/06/2015; **decisión que no fue objeto de recursos.**

Tercero: El 12/08/2015 se presentó escrito de acusación, donde el delegado de la Fiscalía hizo la salvedad y advertencia sobre el proceder de los miembros de la Policía Judicial quienes se excedieron en su potestad de la captura de las personas que pudieron encontrar en posible situación de flagrancia.

Cuarto: El 05/10/2015 y 19/01/2016 se dispuso la formulación oral del escrito de acusación y en esas audiencias, los defensores de LUZ HELENA ESPITIA Y HERIBERTO MONROY presentaron la nulidad de lo actuado, pedimento desestimado tanto por el Juez de Conocimiento de La Mesa como por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca.

El 16/12/2015 el Juez Penal Municipal con funciones de control de garantías de La Mesa, negó la revocatoria de la medida de aseguramiento deprecada en favor del hoy demandante

Quinto: El 26/06/2016 el Fiscal delgado **presentó solicitud de preclusión** respecto de HERIBERTO MONROY debido a la imposibilidad de desvirtuar su presunción de inocencia; decisión esta que, por circunstancias ajenas a la voluntad del Fiscal, pues el Juez de Conocimiento de la Mesa – Cundinamarca se declaró en varias ocasiones impedido de conocer sobre esa solicitud la cual solo cobró ejecutoria el 02/11/2017, según anotación que se extrae del sistema SPOA, pues de los anexos allegados por el extremo demandante no hay providencia que así lo indique.

II. Los que no le constan y deben fijarse en el litigio:

Primero: No le constan a mi representada las relaciones ni conformación del núcleo familiar, esas aseveraciones hechas en el acápite de parentesco de la demanda "Hechos y Omisiones" numeradas 1 a 14 deben ser objeto de fijación del litigio.

Segundo: las calificaciones de omisiones y actuaciones dolosas o gravemente culposas de mi representada, tampoco me constan y deben ser probadas por el extremo demandante, razón por la cual también debe ser objeto de litigio toda referencia que este hace en su demanda sobre capturas arbitrarias y detención sin fundamento catalogada como injusta.

Tercero: La referencia y pretensión de perjuicios materiales e inmateriales sobre la totalidad de los demandantes tampoco le consta a mi representada, razón por cual también debe ser objeto de fijación en el litigio.

Finalmente, también debe ser objeto de fijación en el litigio las referencias a la inadecuada defensa técnica del defensor de oficio, así como también las recurrentes negativas del Juez de Conocimiento y de control de

garantías para la sustitución de la medida de aseguramiento por esas autoridades impuestas así como las recurrentes decisiones de impedimentos.

3) LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

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

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

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

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

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

A. EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad con las previsiones del artículo 100 del C.G.P., se exponen como excepciones previas las siguientes:

“9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”

Se plantea esta excepción considerando, el avance jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación del 15/08/2019 del Consejero Ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA N° interno 46.947, en

la que además de unificar la línea jurisprudencial de la Privación de la Libertad, orienta al Juez Administrativo para que de manera clara determine en caso de condena, que autoridad o autoridades son las llamadas a reparar el daño.

Esta sentencia pese a tener sus efectos suspendidos actualmente, es relevante de cara a las posiciones que tienen actualmente los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de cara a la privación de la libertad de un ciudadano donde se considera, que pese a que materialmente no es la Fiscalía la que impone la medida de aseguramiento, podría llegar a tener responsabilidad en aquellos escenarios donde se induce en error al operador judicial, **premisa esta que es igualmente predicable a los funcionarios de Policía Judicial que a través de sus informes y en su condición de servidores públicos y primeros respondientes, inducen en error al Fiscal para solicitar la imposición de la medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías con la información que consignan en los documentos oficiales que presentan al Fiscal.**

En este caso, debo llamar la atención del Honorable Juez en la información consignada en el escrito de acusación donde el Fiscal frente al procedimiento de captura indicó: *“Es de anotar, que en todo el procedimiento fueron retenidas 7 personas, de las cuales considero la Fiscalía, que los miembros de la Policía Judicial excedieron su potestad respecto de la captura de las personas que presuntamente se pudieron encontrar en situación de flagrancia (...)”*.

En todo caso por si la anterior argumentación no fuera de recibo por parte del digno Despacho, respetuosamente **le solicito evalúe igualmente la posibilidad de vincular a la Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional, con base en lo preceptuado el numeral 5° del artículo 42 del CGP,** que determina como facultades y poderes de ordenación e instrucción del Juez las siguientes:

*“5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, **integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto.** Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.” (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Numeral que consagra expresamente la posibilidad de que el mismo juez, al interpretar en conjunto la demanda, integre de oficio el litisconsorcio necesario del art. 61 del CGP., por cuanto la decisión de fondo puede resolverse de manera uniforme para las aquí demandadas, según el grado y/o porcentaje de su responsabilidad.

Petición concreta: Se vincule a la Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional por las razones dadas.

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

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

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

I. INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

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

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

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

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

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

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

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

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las

funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo. (...)

Por lo anterior, mi representada esta obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal, la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, **siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.**

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

Esta competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía General de la Nación a través de la fiscalía de conocimiento, adelantó la correspondiente investigación por el punible de **USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES EN CONCURSO CON EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDADES MONOPOLÍSTICAS.**

Ahora bien, **de la a conducta desplegada por la Fiscalía General de la Nación no se denota una falla del servicio al momento de solicitar una medida de aseguramiento al Juez de Control de Garantías, pues como se indicó, el proceso penal estuvo revestido de:**

- i. **Pruebas legalmente recaudadas y que no fueron tachadas ni objetadas por los demandantes.**
- ii. **Se dio aplicación a garantías constitucionales con el debido proceso y el respeto a la doble instancia.**

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

ERROR JUDICIAL:

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

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

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

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

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

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

Téngase en cuenta, que para imponerse una medida de aseguramiento no se requiere una certeza absoluta de responsabilidad, **sino una inferencia razonable**, la cual se fundamentó en:

- a) **En punto de la imposición de Medida de Aseguramiento:** Se tiene que efectivamente el delegado de la Fiscalía solicitó la imposición de la medida de aseguramiento conforme al artículo 306, 307 y 313 del C.P.P., considerando que la pena mínima era superior a 4 años y que en ese momento se cumplía con el requisito objetivo del artículo 313 num. 2 del C.P.P.¹. Del mismo modo fundamento la solicitud en la afectación de la multiplicidad de bienes jurídicamente tutelados.
- b) Frente a esta solicitud de imposición de medida de aseguramiento el Juez Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, **verificó que la petición cumple con los requisitos del artículo 306 del C. de P.P. Se tiene en cuenta para la imposición de la medida lo establecido**

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

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

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

en los artículos 27², 295³ y 296⁴ del C.P.P. así como lo establecido en el artículo 250⁵ de la CN. Los medios de conocimiento puestos a disposición de la audiencia INFERÍAN DE MANERA RAZONABLE QUE EL DEMANDANTE, PODÍA SER AUTOR DE LA CONDUCTA QUE SE IMPUTO.

c) **DICHA MEDIDA, NO FUE OBJETO DE RECURSOS.**

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

Ahora bien, ya en etapa de Juzgamiento correspondía al Señor Juez con funciones de Conocimiento, con base en el análisis y la valoración de las pruebas practicadas en el proceso, proferir sentencia condenatoria, absolutoria y/o de Preclusión en favor del acusado, en aplicación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual prevé que “... *el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*, así como del artículo 381 de la Ley 906 ibídem, que determina, que **para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.** (Subrayo)

Sin embargo, enfatizo que la anterior circunstancia no torna *per se* en ilegales, arbitrarias o injustas las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en fase instructiva. Debo resaltar que la vinculación al proceso se dio con ocasión del hallazgo de menores y licor adulterado en el establecimiento de comercio de propiedad de su hermano, así como en el lugar de domicilio de este último, por lo que, sin bien el hoy demandante posteriormente acreditó que vivía en arriendo en un apartamento del 3er piso de propiedad de su hermano, el día de su captura, en el piso 2 del edificio donde vivía con su hermano, se halló considerable cantidad de botellas adulteradas y el trabajo ocasional del demandante en el establecimiento comercial donde estas se comercializaban. **Hechos estos que constituían indicios de OPORTUNIDAD⁶ Y PRESENCIA⁷ y ameritaban la vinculación razonable del demandante en el proceso, dado el señalamiento efectuado por OMAIRA CHARRY quien lo distinguió en su interrogatorio como mesero del Club Privado Lancaster.**

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

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

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

⁵ **ARTICULO 250.** <Artículo modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo No. 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

⁶ **Condición o calidad de la persona, la cual le facilita cometer el delito**

⁷ **La persona es capturada en el lugar de los hechos, o varias personas aducen haberla visto en el lugar de los hechos**

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

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

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

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

(...)

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

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

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

la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez". : "(Subrayo y resalto)

En dicho sentido, el Honorable Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la referida Sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó:

"(...)

"Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que, si bien acompañé la providencia mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Rama Judicial por la privación de la libertad del señor John Carlos Peña Viscaya, por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, de los cuales fue exonerado, por cuanto no los cometió, no comparto el criterio según el cual hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado no solo cuando la persona privada de la libertad es exonerada en el proceso penal porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, sino también cuando lo es en virtud del principio del in dubio pro reo.

En mí sentir, los únicos supuestos que permiten inferir objetivamente que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, son los señalados por el derogado artículo 414 del C. de P.P., pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio. (Subrayo y resalto)

El legislador fue claro y enfático en establecer únicamente esos tres eventos como aquellos en los cuales la persona que sufre una detención preventiva y luego es exonerada de responsabilidad penal tiene derecho a ser indemnizada, sin entrar a hacer calificaciones o elucubraciones de índole alguna, salvo que dicha medida obedezca a una actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, evento en el cual hay lugar a exonerar de responsabilidad a la demandada.

De hecho, pueden darse múltiples ejemplos de casos en los que la exoneración de responsabilidad penal se dé por razones distintas a las tres que la norma en cita consagra como generadoras de responsabilidad de la administración, como cuando opera una causal eximente de antijuricidad o de culpabilidad, o cuando la detención se produce por delitos cuya acción se encuentra prescrita, o por una conducta que la legislación haya dejado de considerar delictiva, o cuando la detención se produce en un proceso promovido de oficio frente a un delito que exija querrela de parte, o cuando la medida restrictiva de la libertad se produce sin fundamento legal o razonable o ésta resulta desproporcionada en consideración al delito de que se trate, casos en que la responsabilidad que obliga a indemnizar se resuelve bajo el título de falla en la prestación del servicio y ante los cuales no se ve razón válida alguna para dar un tratamiento diferente al del in dubio pro reo. (Subrayo y resalto)

Como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obre en contra de la persona sindicada del hecho punible un indicio grave de responsabilidad penal, pero dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, pues, al efecto, se requiere plena prueba de la responsabilidad; por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva y que, finalmente, la prueba recaudada resulte insuficiente para establecer la responsabilidad definitiva, caso en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio del in dubio pro reo, situación que no implica, por sí misma, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad fuera injusta, desproporcionada o carente de fundamento legal. (Subrayo y resalto)

Efectivamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, la legalidad de la orden de detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar las personas privadas de la libertad, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación; otras, en cambio, son las que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, existe duda para proferir sentencia condenatoria, evento en el cual, para que surja la responsabilidad del Estado, debe acreditarse que la privación de la libertad fue injusta, pues si hay duda de la culpabilidad es porque también la hay de la inocencia y, en este caso, a mi juicio, es claro que se deben soportar a cabalidad las consecuencias de la investigación penal, sin que esto se entienda, como pudiera pensarse, en que se parte, entonces, de la presunción de culpabilidad de la persona, pues de donde se parte es del hecho de que hubo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho y más bien ajustados al ordenamiento jurídico, para privarla de la libertad en forma, por ende, no injusta.

Lo acabado de expresar cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por otra parte, que el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política obliga a la Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requieran para asegurar que el imputado comparezca al proceso penal, que es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva. (Subrayo y resalto)

A lo anterior se añade que resultaría cuando menos absurdo que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta, incluso, con el mencionado sustento constitucional. (Subrayo y resalto)

El artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal establece, en su parte inicial, un título de imputación genérico para la indemnización por privación injusta de la libertad, caso en el cual el interesado en la indemnización debe acreditar lo injusto de la medida, por ejemplo, demostrando su falta de proporcionalidad, su arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la misma. A renglón seguido, la misma norma define o identifica unos casos en los que parte de la injusticia de la medida, con base en la absolución por uno de los supuestos señalados en la norma: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no es un hecho punible. Siendo ello así, es claro, a mi juicio, que no puede otorgarse el mismo efecto a ambas partes de la norma, para derivar de ellas un derecho a la

reparación, con base en la simple constatación de que no se dictó sentencia condenatoria en contra del procesado.

Así las cosas, la enumeración de unos casos determinados en que el legislador (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) califica a priori la detención preventiva como injusta significa que, en los demás supuestos, es decir, en los que se subsumen en la primera parte de la norma en cita, como cuando la absolución deviene como consecuencia de la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, para que surja la responsabilidad del Estado el demandante debe acreditar la injusticia, la falta de proporcionalidad, la arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la medida de aseguramiento de detención preventiva, para lo cual no basta acreditar que no hubo condena en el proceso penal.

Así, por ejemplo, puede suceder que la duda se configure porque es la desidia o la ineficiencia del Estado lo que no permite desvirtuar la presunción de inocencia del encartado, como cuando aquél no asume con diligencia y seriedad la carga que le corresponde, en aras de establecer la responsabilidad del sindicado, caso en el cual es evidente que la privación de la libertad se torna injusta, ya que la medida restrictiva impuesta no cumple la finalidad para la cual fue diseñada y es entonces cuando emerge clara la responsabilidad del Estado, por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (Subrayo y resalto)

Si se considera que en todos los casos en que la sentencia absolutoria o la providencia equivalente a la misma da derecho a indemnización en favor de la persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, sin que sea necesario establecer si la medida fue o no ilegal, desproporcionada, errada, arbitraria o, en fin, injusta, resulta necesario concluir que ningún efecto jurídico tiene el hecho de que la decisión absolutoria se produzca con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente. (Subrayo y resalto)

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto en torno a un criterio que en la sentencia no es relevante, toda vez que, en el sub júdece, la parte actora no tenía que demostrar la ilicitud de la detención preventiva que afectó al señor John Carlos Peña Viscaya, ya que la justicia penal lo exoneró de responsabilidad, por cuanto no cometió los delitos imputados.”

En el caso de estudio, **NO SE ENCUENTRA DEMOSTRADO QUE HUBO FALENCIAS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA para SOLICITAR LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, TAMPOCO** explica el demandante el concepto del incumplimiento o cumplimiento parcial del ordenamiento legal establecido, tampoco las normas aplicables para el caso concreto, o de lo que, en su criterio, debió ser un adecuado ejercicio de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación en el proceso adelantado contra HERIBERTO MONROY ; en suma, **no se demuestra que la privación de su libertad, en razón DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO QUE LE FUE IMPUESTA POR EL JUEZ DE GARANTÍAS, NO FUE APROPIADA, NI RAZONADA, NI CONFORME A LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES ESTABLECIDOS.**

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

Por otro aspecto, referente al concepto de *imputación*, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III), reguló lo relacionado con la responsabilidad de los funcionarios y

empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:

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

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

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

“(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, en el presente caso, referente al daño reclamado, considero que **NO** hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor **HERIBERTO MONROY** más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos por lo que de existir un daño, el mismo no sería antijurídico.

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

Conforme al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, corresponde al Señor Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

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

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

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

Por lo tanto, las decisiones judiciales en referencia **NO** pueden objetivamente ser atribuidas a mi representada, pues, en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **ES SOLO UNA PARTE EN EL PROCESO** y, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumple su funciones concentradas de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

No puede, en cambio, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

El Señor Juez con funciones de Control de Garantías, por su parte, decide al momento de impartir legalidad a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual se apoya en reglas jurídicas que deben establecer no sólo la legalidad, sino además la proporcionalidad, la razonabilidad, y la necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas.

En el caso descrito en la presente demanda, correspondió entonces al **JUEZ CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS** examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales de **HERIBERTO MONROY**, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, eran o no **LEGALES**; por otro aspecto, si eran o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si eran o no **NECESARIAS** para alcanzar los fines propuestos y, finalmente, si el objetivo perseguido con la intervención compensaba los sacrificios que la medida comporta para el procesado y la sociedad, en especial, las víctimas del delito investigado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25. Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico[25]. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixto[26], pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria[27]. Un sistema en el que se procura la separación clara entre la etapa de investigación y la del juicio, la

sujeción a ciertos principios de actuación que pretenden asegurar las mejores condiciones para que la decisión que se adopte sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculcado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito (...)”.

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

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

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

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

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

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

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

“(…)

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

Pues bien, de la lectura de las pruebas allegadas al plenario, se pudo determinar que, contrario a lo señalado por el apoderado si es posible endilgarle responsabilidad a la Rama Judicial, pues de la providencia proferida el 23 de marzo de 2006 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, se pudo determinar que allí se procedió

a legalizar la captura de los señores ...imputándoles el delito de Hurto Agravado, siendo en la misma audiencia impuesta la referida medida de aseguramiento y legalizada la incautación de 3 mordazas de cobre electrolito y un vehículo....

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

La Fiscalía General de la Nación, por su parte dirige sus alegatos de conclusión a indicar que conforme al sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación, es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles mas no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a esta entidad para que quede eximida de responsabilidad frente a una detención injusta, argumento que acoge la Sala pues en efecto, en este caso no está llamada a responder la Fiscalía por la condena que se imponga en la presente sentencia, pues acorde con lo expuesto en párrafos precedentes, esta Entidad no fue la encargada de adoptar la medida privativa de la libertad.

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

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

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

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

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

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

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

(...)

De acuerdo a lo anterior, se debe concluir indefectiblemente que los Jueces de la República son los únicos facultados constitucional y legalmente para la imposición de medidas restrictivas de la libertad en el sistema penal implementado por la Ley 906 de 2004 (subrayo y resalto), razón por la cual, si bien es cierto, no hay lugar a declarar probada la excepción propuesta por la Fiscalía en cuanto a la falta de legitimación, conforme a los criterios expuestos en precedencia, deberá indicarse en la parte resolutive que la Nación - Fiscalía General de la Nación, no es responsable de los prejuicios derivados de la privación injusta del señor Oscar Iván Mayorga y, en consecuencia, se condenará a la Nación - Rama Judicial -, al pago de la indemnización...

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

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

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

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

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

Señala el Artículo 308 de la Ley 906 de 2004:

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

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

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

“Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 201525, según el cual si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 199826 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada.

En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador -Fiscalía- la facultad jurisdiccional²⁹, la cual venía ejerciendo por disposición de los antiguos Códigos de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales.

Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, si bien es cierto fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del ahora demandante, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por

encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación.” (Sentencia del Consejo de Estado, Consejo Ponente Hernán Andrade Rincón radicado 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), del 26 de mayo.) (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Y en sentencia de junio del 2015, señaló⁸:

*(...) Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), **lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial**, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial, (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada.*

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

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

Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz, si bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy actor, cosa que sí le correspondía a la Rama judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz” (Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015,

⁸ También ver Tribunal de la Contencioso Administrativo de Risaralda Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de diciembre de dos mil ocho, y con ponencia de la Magistrada Dufay Carvajal Castañeda, El Tribunal de la Contencioso Administrativo del Cesar Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de enero del dos mil doce, y con ponencia del Magistrado Álvaro Enrique Rodríguez Bolaños, Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección B Magistrado Ponente Carlos Alberto Vargas Bautista- noviembre 17 de 2010-Actor Francy Eunice Millán Rincón, Sentencia Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Segunda de Oralidad Magistrada Ponente Beatriz Elena Jaramillo Muñoz- Septiembre 30 de 2013-Actor Camilo Andrés Moncada Uribe, entre otros fallos.

radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. doctor Hernán Andrade Rincón. (Negrilla y cursiva fuera de texto)⁹

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

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

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

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

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

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

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

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

Luego, de acuerdo con la ley sustancial (Ley 906 de 2004) **NO** es la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN una entidad llamada a responder eventualmente con su patrimonio, por la detención injusta, cuya indemnización reclama el actor en la presente demanda.

⁹ Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. doctor Hernán Andrade Rincón.

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

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

Por lo tanto en el presente caso, **la preclusión por imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, MÁS NO PORQUE EL PUNIBLE NO HAYA SUCEDIDO** se fundamentó en la falta del presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena, reitero, la anterior circunstancia, **no torna de manera automática en ilegales las actuaciones de mi representada, tampoco apunta que las mismas fueron arbitrarias, caprichosas o injustas, resaltando que los medios de pruebas se mantuvieron libre de reproche y de nulidades por el juez de control de garantías y de conocimiento.**

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

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

1. *Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, exp. 40217, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA,*
2. *Sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, dentro de la Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), Actor: PEDRO PABLO PALACIO MOLINA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA*
3. *Sentencia proferida por el Consejo de Estado (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A de fecha 30 de junio del año 2016 dentro del proceso de reparación directa propuesto por FABIAN AUGUSTO CHICA Y OTROS contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN RAMA JUDICIAL Y RAD: 63001233100020090002201(41604) M.P. Dra. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ, en la que señaló:*

4. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42476, C.P. MARTA NUBIA VELASQUEZ.
5. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42555, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.
6. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 41608, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
7. H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.
8. *Incluso, también el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "C", MP. Doctora, MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, dentro del proceso 110013336714201400038-01, el 7 de junio de 2017, mediante sentencia de segunda instancia, en un caso similar, sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiscalía General de la Nación, ha considerado:*

"(...)

*....La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, está llamada a prosperar. Premisa que encuentra fundamento central en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de emitirse la orden de captura y librar detención preventiva contra el señor HELBER PARDO PARDO, como quiera que al enlistar sus atribuciones, excluye la de proferir medida de aseguramiento y solo por excepción la de capturar, conforme decanto antes, y contrastada la realidad procesal del sub-lite, se tiene que la orden de captura del Señor ..., fue expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander, en cumplimiento de la cual, fue capturado por la policía judicial... y colocado a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander con Funciones de control de Garantías, autoridad que legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, que se prolongó hasta el 29 de mayo de 2012, fecha en la que se profiere sentencia absolutoria a favor del señor ...y se ordena su libertad inmediata. Ello es, estuvo privado de la libertad por orden del Juez de Control de Garantías, por lapso de **7 meses y cinco días**.*

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

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

IV. PRESENCIA DE CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

Sobre las causales eximentes de responsabilidad y legitimación por activa, manifiesto al Despacho que me reservo el derecho a pronunciarme una vez se evacue el debate probatorio.

V. GENÉRICA

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

5) PRUEBAS

- Las que se aportan:

1. Copia informal de la noticia criminal 253866108003201580149 y sus registros de actuaciones procesales en el sistema penal oral acusatorio – SPOA.
2. Copia de la petición efectuada a la Dirección Seccional de Cundinamarca para que remita informe ejecutivo completo y detallado de esta noticia criminal.

- Las que se piden:

1. En aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, se requiera por conducto del Despacho al demandante, para que allegue al proceso los comprobantes de pago y cotización al Sistema General de Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales – PILA de los meses de marzo y abril de 2015 del hoy demandante HERIBERTO MONROY.

Prueba, pertinente, conducente y útil considerando, que es una obligación según la Ley 797 de 2003 y el Decreto 806 de 1998, que los dependientes e independientes deben cotizar a salud, pensión y riesgos profesionales por el monto de su ingreso y o en su defecto, por el salario mínimo. Así mismo considerando que el principio de reparación integral del derecho de daños determina que se debe indemnizar el daño y nada más que el daño pues este, no es fuente de enriquecimiento.

2. Con base en las previsiones del artículo 198 del C.G.P., sírvase su señoría decretar el interrogatorio de parte del Sr. HERIBERTO MONROY con la finalidad de interrogarle sobre hechos y pretensiones indemnizatorias del proceso. Prueba pertinente, conducente y útil para materializar el derecho de defensa y contradicción de las pretensiones indemnizatorias.
3. De oficio: Solo en caso de no recibir respuesta de la Dirección Seccional de Cundinamarca, se requiere por conducto del despacho para obtener la documental y respuestas solicitadas en la petición efectuada por el suscrito el 12/06/2020, adjunta a la presente contestación.

6) PETICIÓN

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

7) ANEXOS

Anexo poder para actuar, y anexos.

8) NOTIFICACIONES

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

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

Con la más alta deferencia,



CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN

Cc N° 80.901.561 de Bogotá

Tp N° 240.978 del C. S. de la J.

Bogotá D.C., 04 de septiembre de 2020

Señor Juez:

ALEJANDRO BONILLA ALDANA
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
Carrera 57 No. 43 – 91
Ciudad

Referencia. Acción: Reparación Directa
Radicado: 11001334306020190037900
Demandante: Heriberto Monroy y otros
Demandando: Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho y otros
Asunto: Contestación Demanda.

PAOLA MARCELA DÍAZ TRIANA identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.053.902 de Bogotá D.C. y Tarjeta profesional No. 198.938, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando según poder conferido por el Doctor JORGE HUMBERTO SERNA BOTERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.685.322 de Medellín, en condición de Director de la Dirección Jurídica del Ministerio de Justicia y del Derecho, de conformidad con la Resolución de nombramiento 0052 del 24 de enero de 2020 y Acta de Posesión 0006 del 03 de febrero de 2020, en ejercicio de las funciones delegadas mediante Resolución No. 0679 del 05 de septiembre de 2017, el cual expresamente acepto comparezco ante Usted, dentro del término legal para **CONTESTAR DEMANDA** del proceso de la referencia, así:

I. PRETENSIONES.

Sea pertinente manifestar que de conformidad con las razones de defensa que propondré a continuación, La Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho se **OPONE** a todas y cada una de las pretensiones de la demandante.

II. HECHOS.

Frente a “los hechos sobre el parentesco de los demandantes con la víctima directa de la privación injusta de la libertad”

PRIMERO AL DÉCIMO CUARTO: No me consta ninguno de los hechos planteados por el demandante puesto que el Ministerio de Justicia y del Derecho

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Página 1 de 7

no tuvo ninguna participación en ellos como se establece de los hechos narrados y por tanto me atengo a lo que se pruebe dentro del plenario.

Frente a “los hechos sobre la privación injusta de la libertad de Heriberto Monroy”

DÉCIMO QUINTO AL VIGÉSIMO: No me consta ninguno de los hechos planteados por el demandante puesto que el Ministerio de Justicia y del Derecho no tuvo ninguna participación en ellos como se establece de los hechos narrados y por tanto me atengo a lo que se pruebe dentro del plenario.

VIGÉSIMO PRIMERO: No es un hecho. Constituye argumentación jurídica que deben ser expuesta en los fundamentos la demanda y ser analizados respecto de los fundamentos de hecho del proceso y al análisis que realice el despacho como resultado de los fundamentos de derecho de la demanda, las razones de defensa de las entidades demandadas y las pruebas recaudadas

VIGÉSIMO SEGUNDO A VIGÉSIMO SEXTO: No me consta ninguno de los hechos planteados por el demandante puesto que el Ministerio de Justicia y del Derecho no tuvo ninguna participación en ellos como se establece de los hechos narrados y por tanto me atengo a lo que se pruebe dentro del plenario.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: No es un hecho. Constituye argumentación jurídica que deben ser expuesta en los fundamentos la demanda y ser analizados respecto de los fundamentos de hecho del proceso y al análisis que realice el despacho como resultado de los fundamentos de derecho de la demanda, las razones de defensa de las entidades demandadas y las pruebas recaudadas

VIGÉSIMO OCTAVO: No me consta ninguno de los hechos planteados por el demandante puesto que el Ministerio de Justicia y del Derecho no tuvo ninguna participación en ellos como se establece de los hechos narrados y por tanto me atengo a lo que se pruebe dentro del plenario.

VIGÉSIMO NOVENO A TRIGÉSIMO: No es un hecho. Constituye argumentación jurídica que deben ser expuesta en los fundamentos la demanda y ser analizados respecto de los fundamentos de hecho del proceso y al análisis que realice el despacho como resultado de los fundamentos de derecho de la demanda, las razones de defensa de las entidades demandadas y las pruebas recaudadas

En el recuento de los hechos se presenta una inconsistencia en la numeración a a partir del presente numeral. Se contesta sobre la numeración realizada por el demandante.

VIGÉSIMOA QUINCUGÉSIMO TERCERO: No me consta ninguno de los hechos planteados por el demandante puesto que el Ministerio de Justicia y del

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Página 2 de 7

Derecho no tuvo ninguna participación en ellos como se establece de los hechos narrados y por tanto me atengo a lo que se pruebe dentro del plenario.

III. RAZONES DE LA DEFENSA **(EXCEPCIONES).**

En el presente asunto se debate la responsabilidad del Estado derivada de hechos ocurridos al interior de una investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación y a las decisiones adoptadas por los Jueces de la República que intervinieron dentro del proceso penal seguido contra el convocante. La demanda señala diferentes títulos de imputación: el defectuoso funcionamiento de administración de justicia y la privación injusta de la libertad.

El Ministerio de Justicia y del Derecho carece de legitimación en la causa por pasiva, por tres motivos fundamentales: no tiene funciones jurisdiccionales conforme a su marco funcional, no intervino directa ni indirectamente en los hechos que fundamentan la acción y no ejerce la representación judicial de las demás entidades involucradas.

Por lo anterior se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva lo que impide a la Entidad que represento manifestarse sobre el asunto en cuestión y conlleva la imposibilidad de la acreditación del nexo causal frente a esta cartera ministerial.

A. FALTA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL EN LA CAUSA POR PASIVA:

1. Marco funcional de Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Ministerio de Justicia y del Derecho según disposición constitucional (artículo 115) conforma el Gobierno Nacional y hace parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El artículo 2 del Decreto 2897 de 2011 modificado por el Decreto 1427 de 2017 establece las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho, allí se evidencia que no tiene asignadas funciones jurisdiccionales relacionadas con el ejercicio de la acción penal ni con la administración de justicia.

Puntualmente sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Sentencia del 24 de mayo de 2017, Consejera Ponente Doctora Marta Nubia Velásquez Rico, Radicado 25000-23-25-000-2009-00754-01 (48663), Demandante DAVID PUENTES SAPUY Y OTROS, Demandados NACIÓN - MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL, reiteró la pacífica y reiterada posición jurisprudencial al respecto, así:

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Página 3 de 7



“...Si bien el Ministerio de Justicia tiene a su cargo tanto la política pública del Sector Administrativo de Justicia y del Derecho, como la política en materia criminal, carcelaria y penitenciaria, en la prevención del delito y las acciones contra la criminalidad organizada, **no es menos cierto que dentro de sus competencias no se encuentra la prestación del servicio de Administración de Justicia, pues ello le corresponde a la Nación – Rama Judicial.** De este modo, el defectuoso funcionamiento que se alega respecto del proceso penal seguido contra el ahora demandante no le resulta atribuible, pues no intervino en su trámite, lo que resulta suficiente para confirmar la decisión por medio de la cual el a quo declaró su falta de legitimación en la causa por pasiva...” (Subraya en negrilla ajena al original).

2. Participación material del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Ministerio de Justicia y del Derecho no participó materialmente en los hechos que fundamentan la presente acción relacionados con las decisiones adoptadas dentro del proceso penal adelantado contra HERIBERTO MONROY, situación que se establece de la misma demanda, pues no se le endilga ninguno de los hechos narrados a la entidad que represento.

La demanda hace una alusión superficial a la obligación de esta cartera ministerial, de diseñar y coordinar las políticas para el ejercicio de la función jurisdiccional, afirmación que falta a la verdad en el entendido que la política a cargo de este ministerio, es la del **Sector Administrativo de Justicia y del Derecho** y no, la de intervención en la prestación de la función jurisdiccional, la cual es del resorte exclusivo de la Rama Judicial que goza de autonomía como una de las tres ramas del poder público.

Por lo anterior, en sana lógica jurídica se impondrá la desvinculación o absolución de mi representada por cuanto ésta no fue la autoridad que intervino material y sustancialmente en los hechos u omisiones que eventualmente, pudieron haber causado daños y perjuicios a los demandantes, máxime cuando cualquier deficiencia en las actuaciones y decisiones realizadas o proferidas por la Rama Judicial o por la Fiscalía General de la Nación, en relación con los hechos aducidos por la parte actora, escapan a la órbita funcional de ésta cartera ministerial.

3. Autonomía y representación de la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia establece la autonomía e independencia de la Rama Judicial (artículo 5), consagra que los jueces y la

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Fiscalía General de la Nación conforman o hacen parte de la Rama Judicial (artículo 11) y regula la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables (artículo 65) causados por la acción o la omisión de sus **agentes judiciales** por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

El demandante expone como títulos de imputación los regulados en el artículo 65 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, esto es el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad. Como quedó expuesto el Ministerio de Justicia y del Derecho hace parte de la Rama Ejecutiva y no de la Rama Judicial por lo cual no le asiste ninguna responsabilidad en el presente asunto.

La representación judicial de la Nación frente a la acción u omisión de los agentes judiciales, como en el presente asunto, será ejercida por el Fiscal General de la Nación y el Director Ejecutivo de Administración Judicial conforme a lo establecido en el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, al numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996 y al artículo 159 de la Ley 1437 de 2011.

De lo anterior se establece que la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se encuentran facultadas para representar a la Nación en el presente asunto, toda vez que se debate la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad del ciudadano HERIBERTO MONROY por actos desplegados en el ejercicio de la función jurisdiccional.

B. INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO IMPUTABLE AL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO (AUSENCIA DE NEXO CAUSAL):

Uno de los elementos esenciales para que surja la responsabilidad administrativa es la existencia del nexo causal, es decir, el vínculo que debe existir entre hecho y daño antijurídico.

La explicación del vínculo causal en el sentido de determinar dentro de todas las posibles ¿cuál fue la causa eficiente que produjo un daño antijurídico?, ha sido dilucidada reiterativamente por doctrina y jurisprudencia mediante la aplicación de la Teoría de la Causalidad Adecuada, la cual básicamente sostiene que hay que precisar aquellas que sean realmente determinantes en la producción del resultado dañoso porque, solo quienes hayan originado esas causas determinantes, comprometen su responsabilidad.

Sobre la teoría de la causalidad adecuada ha dicho el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente Dra., María Elena Giraldo Gómez, en sentencia del 17 de junio de 2004, radicación número

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Página 5 de 7



44001-23-31-000-1996-0825-01 (15183), actor Elmer Francisco Vanegas Palmezano y Otros, demandado Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional:

“... Para que surja el deber de indemnizar con fundamento en el régimen de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 90 constitucional, ... , no es suficiente que el demandante haya sufrido un daño cierto, determinado o determinable y antijurídico y que contra quien se dirige la imputación haya incurrido en alguna conducta de irregularidad constitutiva de falla de aquellas alegadas por el actor, porque es necesario además que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la falla de la Administración, nexo causal que para efectos de esta declaratoria no debe ser visto desde el punto de vista de la causalidad física perteneciente al mundo de los fenómenos naturales, sino desde el punto de vista jurídico, entendido como el estudio de la eficiencia de la conducta estatal en la causación de un daño desde el deber ser que prevé la norma para el Estado en relación con el administrado...”.

Aterrizando las anteriores ideas al caso en cuestión, podemos observar que no existe relación real entre el Ministerio de Justicia y del Derecho y las causas objetivas determinantes en la producción de los eventuales hechos dañosos que aducen los demandantes, no existe el suficiente y necesario vínculo causal que derive en su responsabilidad administrativa.

En efecto, las supuestas causas determinantes en la producción de los hechos dañosos que pudieran haber ocasionado perjuicios a los demandantes, refieren a conductas que la propia parte actora endilga a otras entidades; razón suficiente para entender que no se le puede imputar al Ministerio de Justicia y del Derecho la realización de ningún hecho dañoso y, en consecuencia, tampoco acreditar el nexo causal indispensable para atribuirle responsabilidad, toda vez que la entidad no participó, contribuyó o realizó, directa ni indirectamente, los hechos eficientes materia del litigio .

IV. PETICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, me permito solicitar se ordene la desvinculación del Ministerio de Justicia y del Derecho o se nieguen las pretensiones del demandante toda vez que la Entidad no fue la causante mediata ni inmediata, por acción ni por omisión, de los eventuales perjuicios que pretenden, así mismo según el marco funcional establecido en el Decreto 2897 de 2011 modificado por el Decreto 1427 de 2017 no tiene injerencia alguna en las decisiones y actuaciones de los fiscales y de los jueces de la república ni ostenta la representación legal de la Nación por las actuaciones u omisiones de la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

V. PRUEBAS

Al concurrir frente al Ministerio de Justicia y del Derecho la falta de legitimación en la causa por pasiva no existe expediente administrativo relacionado con la presente actuación que deba ser allegado como prueba por parte de la entidad que represento

VI. ANEXOS

Adjunto con este escrito los siguientes documentos:

1. Poder para actuar debidamente otorgado al suscrito por el Director Jurídico.
2. Copia de la Resolución de nombramiento del Director Jurídico.
3. Copia del acta de posesión del Director Jurídico
4. Copia de la resolución mediante la cual se delega la representación judicial de la Entidad en el Director Jurídico.

VII. NOTIFICACIONES

Tanto el Ministerio de Justicia y del Derecho como la suscrita apoderada, recibimos notificaciones en la Calle 53 N° 13 – 27 de Bogotá, D.C., Email: notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co. Celular 321 431 95 87.

Atentamente,

FD


PAOLA MARCELA DÍAZ TRIANA

C.C. 53.053.902 de Bogotá D.C.

T. P. 198.938 del C. S. de la J.

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • www.minjusticia.gov.co

Página 7 de 7



DEAJALO20-6490

Bogotá D. C., 9 de septiembre de 2020

Señor Juez

Dr. ALEJANDRO BONILLA ALDANA

Juez sesenta (60) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C.

Sección Tercera

Bogotá D.C.

PROCESO:	ORDINARIO
EXPEDIENTE No.:	110013343060201900379-00
MEDIO:	REPARACIÓN DIRECTA
CONTRA:	LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL
ACTOR:	HERIBERTO MONROY Y OTROS
ASUNTO:	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

FREDY DE JESÚS GÓMEZ PUCHE en mi condición de apoderado de la Nación – Rama Judicial en el proceso de la referencia, según poder otorgado por la Directora de la División de Procesos y a la facultad a ella conferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, conforme al artículo 99 numeral 8º de la Ley 270 de 1996 y estando dentro de la oportunidad legal, como quiera que de los días 16 de marzo al 13 de abril de 2020 no corrieron términos por virtud de la interrupción de términos por la crisis sanitaria del COVID 19, procedo a contestar la demanda en los siguientes términos:

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

SINOPSIS DEL CASO

Estima el demandante, se configuró una supuesta “*privación injusta*” de la libertad, impuesta con ocasión de su vinculación al proceso penal No. radicado CUNC. 253866108003201580149, la Fiscalía Seccional Única de La Mesa – Cundinamarca, con base en informe preventivo de fuente no formal, inició investigación contra JOSE ANTONIO MONROY y LUZ ELENA ESPITIA PASTRANA quienes eran pareja, convivían, siendo reconocidos como propietarios y residentes en el inmueble de la carrera 21 No. 1 – 03 del La Mesa Cundinamarca y además, comerciantes, propietarios y quienes desempeñaban las albores comerciales del establecimiento de comercio “CLUB PRIVADO LANCASTER” que funcionaba en el inmueble de la carrera 21 No. 1 – 27 de La Mesa Cundinamarca, también de propiedad de la pareja. Lo anterior, por presuntamente re envasar bebidas alcohólicas. En dicha investigación y con fundamento únicamente en ese informe preventivo, también se vinculó a la investigación al señor HERIBERTO MONROY, se le imputaron los delitos de ACTIVIDAD MONOPOLISITCA Y DE ARBITRIO RENTISTICO artículo 312 del C.P. en concurso heterogéneo y sucesivo con CORRUPCION DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MEDICOS O MATERIAL PROFILACTICO del artículo 372 del C.P, lo que determinó que la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, le impusiere medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, mediante resolución No. 253866108003201580149, en virtud de la cual resolvió la situación jurídica del sindicado lo anterior, como quiera que la



mencionada actuación penal se adelantó conforme al procedimiento previsto por la Ley 906 de 2004, según se consigna en el libelo y se desprende de la documental.

I. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

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

II. PRONUNCIAMIENTO A LOS HECHOS

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

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

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

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

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

Por todo lo anterior el actor pretende que se endilgue responsabilidad a la Nación – Rama Judicial por presunta Privación Injusta de la Libertad y además por Error Judicial y Defectuoso Funcionamiento de la Justicia.

Vista la anterior presentación, consideramos de antemano que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos a efectos que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** responda extracontractualmente, por lo que **se opone a todas y cada una de las**



pretensiones de la demanda, formuladas en su contra y solicito se absuelva de todo cargo a la Entidad que represento declarando, si hay lugar a ello, probadas las excepciones que se propondrán y las demás que de conformidad con los artículos 105 y 187, inciso 2º, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resultaren probadas en el debate judicial que nos concita.

III. RAZONES DE LA DEFENSA

Como se dijo, del escrito demandatorio se deriva que la pretensión elevada por la parte demandante se encuentra encaminada a que se declare que la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** es administrativamente responsable por los presuntos daños y perjuicios que reclama, alegando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial una presunta privación injusta de la libertad de la que fuera objeto el demandante, producto de su vinculación al proceso penal No. 253866108003201580149 seguido en su contra por el delito de ACTIVIDAD MONOPOLISTICA Y DE ARBITRIO RENTISTICO artículo 312 del C.P. en concurso heterogéneo y sucesivo con CORRUPCION DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MEDICOS O MATERIAL PROFILACTICO del artículo 372 del C.P actuación judicial de la cual conocieron, en audiencias preliminares el Juzgado Penal del Circuito de La Mesa con Funciones de Conocimiento

Por ello, se considera pertinente, citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto al mismo han hecho tanto el Honorable Consejo de Estado, como la Honorable Corte Constitucional, y con base en ello examinar si la entidad a la cual represento debe responder por los hechos descritos en el libelo demandatorio.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción o por la omisión de la autoridad. Se trata de una cláusula general de responsabilidad estatal, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

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

La noción de daño antijurídico fue definida por el Consejo de Estado, como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar. De manera que la responsabilidad del Estado podría configurarse, no sólo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar.

En tal sentido, en relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente¹ que **“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin**

¹ Sentencia hito, proferida el 4 de agosto de 1994, Expediente 8487; reiterada en el proveído del Sentencia de 28 de enero de 2015, C.P. Jaime Orlando Santofimio Radicación 32912



compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario². En este sentido se ha señalado que **“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”**³.

No obstante, para que el Estado deba responder patrimonialmente, no basta con que se cause el perjuicio antijurídico, sino que es menester que éste haya sido causado por alguna autoridad en el ejercicio de sus funciones.

El criterio constitucional de responsabilidad del Estado y de sus agentes (*citados en la sentencia C-100 de 2001 de la Corte Constitucional*), es abordado además por la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia (*Capítulo VI del Título III*), normativa que al regular lo relacionado con la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, determinó tres supuestos, a saber:

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

Debe señalarse que el proceso penal que dio origen al medio de control que hoy nos convoca se desarrolló con arreglo a las previsiones del procedimiento previsto por la Ley 906 de 2004, es decir, bajo el sistema penal oral acusatorio, según el cual, entrándose del Juez con funciones de Control de Garantías, entre otras, se le asigna la tarea de velar que sean respetados los derechos constitucionales del imputado, de suerte que, para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva, **solicitada previamente por la Fiscalía General de la Nación**, debe verificarse que la medida procure el cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 y además cumpla con los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal para imponer la restricción de la libertad. Al respecto refiere la citada normativa:

*“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**”.*

Así, el análisis que realizó el Juzgado con Función de Control de Garantías, que conoció de la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento elevada por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en contra del demandante, se circunscribió

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.



a verificar la razonabilidad⁴, proporcionalidad⁵, ponderación⁶ y el cumplimiento de los fines legales y constitucionales de dicha medida, **a lo cual se restringe su papel en esa instancia preliminar del proceso penal**, criterios que halló satisfechos en el caso que se analiza, pues dicha medida se mostraba necesaria por tratarse del delito de ACTIVIDAD MONOPOLISITCA Y DE ARBITRIO RENTISTICO artículo 312 del C.P. en concurso heterogéneo y sucesivo con CORRUPCION DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MEDICOS O MATERIAL PROFILACTICO del artículo 372 del C.P respecto del cual, el código penal establece una pena de prisión superior a los cuatro (4) años..

Luego, al tratarse de un delito que atentó **de manera grave** contra un bien jurídico de especial protección, la Ley 906 de 2004, señala como procedente la medida de aseguramiento, una vez verificados los requisitos constitucionales y legales para su imposición, razón que justificó la injerencia en el derecho fundamental del demandante, habida cuenta de los motivos fundados conseguidos objetivamente por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en los primeros actos urgentes de la investigación** y presentados ante el Juzgado con Función de Control de Garantías, tal y como lo prevé el marco jurídico aplicable.

Los cuales daban cuenta, en esa etapa preliminar del proceso penal, sobre **la posible participación** del demandante **en los hechos investigados dada además su captura en flagrancia**.

Debe resaltarse que el Juzgado con Función de Control de Garantías que conoció de la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, al momento de determinar la procedencia de la privación preventiva de la libertad del demandante (**reitérese fase preliminar**), en cumplimiento del marco constitucional y legal aplicable, estimó que estaban satisfechos los requisitos objetivos contenidos en el artículo 313, numeral 2 del Código de Procedimiento Penal vigente, esto es, que se trataba de un delito perseguible de oficio, cuya pena mínima excedía de los 4 años de prisión, así como los requisitos señalados en el artículo 308, numeral 2, desarrollado por el artículo 310 ibidem, modificado por el artículo 65 de la Ley 1453, en donde, además de los fines constitucionales de la medida, con los **elementos** en aquel momento presentados por parte del Ente Acusador, se arribó a una **inferencia razonable de posible participación del demandante en el delito investigado**, dada la situación fáctica denunciada, la naturaleza del punible investigado, la modalidad y gravedad del mismo, criterios por los cuales se estimaron cumplidas las exigencias necesarias para imponer en aquella **fase preliminar** la medida de aseguramiento privativa de la libertad solicitada por el Ente Acusador.

⁴ Este principio prohíbe los ejercicios del poder público que son abiertamente irrazonables, es decir, ejercicios del poder que no tengan ninguna motivación y que no tengan en consideración a los individuos afectados el mismo. En este sentido un acto del Estado será irrazonable cuando carezca de todo fundamento, cuando no tienda a realizar ningún objetivo jurídicamente razonable. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 69- Universidad Externado de Colombia].

⁵ El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los sub principios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 67- Universidad Externado de Colombia].

⁶ La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. [Carlos Bernal Pulido, El Derecho de los Derechos pág. 97.-Universidad Externado de Colombia].



Como se indicó, de los elementos materiales de prueba, de la evidencia física y de la información legalmente obtenida, presentados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al momento de la respectiva **audiencia preliminar**, (*que para dicho momento se presumían legítimas y veraces*) los cuales fueron ponderados por el Juzgado con Función de Control de Garantías, **se hallaron satisfechas las condiciones legales y constitucionales para la adopción de la medida de aseguramiento**, en tanto, como se indicó, se arribó a una **inferencia razonable** que le permitió al Juez de Garantías determinar la posible participación del demandante, en los hechos investigados, mostrándose como necesaria, razonable y proporcional, de cara a lo normado en el artículo 308°, desarrollado por los artículos 309° y 310° del Código de Procedimiento Penal.

Se insiste, en aquella fase preliminar del proceso penal, de acuerdo con el marco normativo aplicable, **fueron suficientes los elementos materiales de prueba, la evidencia física y la información legalmente obtenida** por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para sustentar la inferencia razonable de posible participación del demandante en el delito investigado, a la cual arribó el Juzgado con Función de Control de Garantías.

Recuérdese que, de acuerdo con el procedimiento penal oral acusatorio, las funciones de los Jueces están claramente delimitadas, entre la función de Control de Garantías y la función de Conocimiento, esta última encargada de la determinación de la responsabilidad penal de los imputados y posteriormente acusados, con base en el standard probatorio requerido en la etapa de juicio oral, **valga decir, muy distinto y más riguroso que el requerido para imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en un estadio procesal preliminar.**

Sobre el papel del Juez de Control de Garantías ha expresado la Corte Constitucional:

*“Particular mención ha hecho la jurisprudencia al caso de la figura del juez de control de garantías⁷. 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 (...).**”⁸*

Así, en audiencia pública, procedió el Juzgado con Función de Control de Garantías, **por solicitud de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a imponer medida de aseguramiento en contra del demandante, conforme lo ordenado en los artículos 306, 308, y 313 del Código de Procedimiento Penal, que al respecto señalan:

⁷ Ver Sentencia C-1092/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸ Ver Sentencia C-592/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis



“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. (...)”

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. (Modificado por el art. 60, Ley 1453 de 2011) Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. **En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años.**
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Adicionado por el art. 26, Ley 1142 de 2007, así:

Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente.” (Negrillas y subrayas propias)

Se reitera que las decisiones que el Juez de Control de Garantías adopta en la **audiencia preliminar** de solicitud de imposición de medida de aseguramiento, se fundamentan en la **inferencia razonable** que haga, según los elementos materiales probatorios que le son presentados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** como respaldo de su solicitud, para lo cual, en el caso concreto, se contó, como se ha descrito insistentemente, con elementos materiales probatorios, que para la fecha de la decisión **gozaban de la presunción de autenticidad y veracidad**, que además **justificaron en esa fase procesal preliminar**, la privación preventiva de la libertad del hoy demandante, al amparo del marco normativo aplicable.

Como se ha dicho, en la etapa preliminar de la actuación penal, el Juez de Control de Garantías, **no estudia, ni emite pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad penal del imputado**. Luego, una eventual y posterior sentencia condenatoria precisa de un acervo probatorio más robusto, debidamente debatido



en la etapa de juicio oral, con el cual, el Ente Acusador respalde y acredite su teoría del caso.

Frente al pronunciamiento que en sede de audiencia preliminar realiza el Juez de Control de Garantías, útil también resulta recordar que la Honorable Corte Constitucional señaló en la sentencia de constitucionalidad C-591 de 2005, que la facultad de los citados Jueces **no conlleva un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado, ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento**, situación que ruego a su honorable Despacho sea también ponderada al momento de valorar la actuación del funcionario jurisdiccional de Control de Garantías.

Amén de las consideraciones expuestas en párrafos precedentes, debe resaltarse que bajo el esquema diseñado por la Ley 906 de 2004, esto es, el sistema penal oral acusatorio, las actuaciones tanto de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en su condición de titular del ejercicio de la acción penal y ente acusador, como de los **JUECES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, están estrecha e íntimamente relacionadas, de forma tal que **es la actuación de la primera, una condición necesaria y esencial para activar las actuaciones de los segundos, que en ningún caso actúan de manera oficiosa.**

De lo dicho puede afirmarse que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del demandante, **fue en un todo legal y proporcional, consecuencia del agotamiento de los requisitos previstos en el marco normativo para su imposición**, procedimiento en el que se respetaron sus garantías fundamentales y en el que ejerció su derecho a la defensa técnica, como garantía del debido proceso, razones por las que no puede predicarse la existencia de una falla en el servicio, un error jurisdiccional, ni mucho menos una privación irregular de su libertad, y por lo mismo, el carácter de *“injusto”* que se requiere para que surja la responsabilidad administrativa bajo el alegado título de imputación, **no se estructura en el presente asunto**, por tanto, la restricción a la libertad del demandante, si bien puede ser considerada como un daño, **el mismo no reviste la naturaleza de antijurídico.**

Reitérese que la cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, **exige la demostración de que el daño, es decir, la privación de la libertad, es antijurídico** a la luz de los estándares constitucionales, legales o convencionales que permiten la restricción excepcional de la privación de la libertad, pues de no acreditarse dicho supuesto, **nos encontraríamos ante un daño jurídicamente permitido, respecto del cual no sería posible predicar antijuridicidad alguna**, según las exigencias del artículo 90 Constitucional y del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

Ahora bien, en la eventualidad de que en el presente caso considere su honorable Judicatura que pese al descrito criterio jurisprudencial, resulta procedente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, tal premisa no es óbice para que se realice el necesario análisis sobre la posible configuración de alguna de las causales eximentes de responsabilidad estatal y con base en esto determinar el respectivo juicio de imputación y la atribución de responsabilidad administrativa (*de haber lugar a ello*) de manera total o parcial, respecto de cada una de las entidades eventualmente llamadas a responder.



En dicho sentido, pese a que se acuda a la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, ha de recordarse que **no basta con probar solamente que haya habido una privación de la libertad, con una posterior decisión favorable al procesado**, pues reducir el análisis de la responsabilidad administrativa a dicha verificación podría abrir las puertas para que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y **considerase en forma subjetiva**, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado.

Por lo que **una eventual declaración de responsabilidad estatal con ocasión de la Administración de Justicia, debe tener siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención**, tal y como de antaño lo ha reconocido la Corte Constitucional desde la sentencia C-037 de 1996, con el fin de determinar si a la luz del artículo 90 de la Carta Política, el daño que se alega producido con la privación de la libertad es o no antijurídico.

En efecto, no puede olvidarse, como lo ha indicado el Consejo de Estado, que incluso, cuando se acuda a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad **es deber del Juez examinar si en el caso concreto puede estar presente alguna de las causales eximentes de responsabilidad, al margen de que la misma haya sido o no alegada por la defensa de la entidad demandada**, así:⁹

*"(...) Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad -especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio in dubio pro reo-, **debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden -y deben- ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado. (...)***

Dicho examen sobre la eventual configuración de los supuestos determinantes de la ocurrencia de una eximente de responsabilidad como el hecho de un tercero o la fuerza mayor, por lo demás, debe ser realizado por el Juez tanto a solicitud de parte como de manera oficiosa, no sólo en aplicación del principio iura novit curia, sino en consideración a que tanto el Decreto Ley 01 de 1984 –artículo 164– como la Ley 1437 de 2011 –artículo 187– obligan al Juez de lo Contencioso Administrativo a pronunciarse, en la sentencia definitiva, "sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada".

Adicionalmente, mal puede perderse de vista que con el propósito de determinar la existencia de responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de la acción o de la omisión de alguna autoridad pública, se tiene que según las voces del artículo 90 constitucional, uno de los elementos que insoslayablemente debe establecerse como concurrente en cada caso concreto es el de la imputabilidad del daño a la entidad demandada –además de la

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Consejero Ponente. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 52001-23-31-000-1996-07459-01 (23354).



*antijuridicidad del mismo, claro está—, **análisis de imputación que de modo invariable debe conducir al Juez de lo Contencioso Administrativo, propóngase, o no, la excepción respectiva por la parte interesada, esto es de oficio o a petición de parte, a examinar si concurre en el respectivo supuesto en estudio alguna eximente de responsabilidad, toda vez que la configuración de alguna de ellas impondría necesariamente, como resultado del correspondiente juicio de imputación, la imposibilidad de atribuir la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la víctima, total o parcialmente, a la entidad accionada.***

*Dicho de otra manera, si el juez de lo contencioso administrativo encuentra, en el análisis que debe realizar en cada caso en el cual se demanda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, que efectivamente hay lugar a estimar las pretensiones de la demanda, ello necesariamente debe tener como antecedente la convicción cierta de que se reúnen todos los elementos que estructuran dicha responsabilidad, lo cual excluye de plano la existencia de alguna causal eximente, puesto que **si al adelantar ese análisis el juez encuentra debidamente acreditada la configuración de alguna o varias de tales causales - independientemente de que así lo hubiere alegado, o no, la defensa de la entidad demandada- obligatoriamente deberá concluir que la alegada responsabilidad no se encuentra configurada y, consiguientemente, deberá entonces denegar la pretensiones de la parte actora. (...)**" (Negrillas fuera de texto)*

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

*"(...) La investigación de un delito, **cuando medien indicios serios contra la persona sindicada**, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y **la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención.**" (...)"¹⁰*

en la sentencia del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Consejero Ponente Dr. **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida, la cual si bien es cierto quedó sin efectos en virtud del **fallo de tutela del 15 de noviembre de 2019**, la ratio en ella contentiva, al acoger la postura expuesta en la sentencia de unificación emanada de la Corte Constitucional en la SU 72 del 5 de julio de 2018, conserva su carácter vinculante.

En tal sentido consideramos entre otros los pronunciamientos del 12 de diciembre¹¹, en el que de manera pertinente, se señaló:

"La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. (...) Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de julio de 1994. Consejero Ponente, Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 8666.162

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", C.P. María Adriana Marín, Radicación número: 27001-23-31-000-2004-00651-01 (55673)



falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. (...) Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue modificado recientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica establecer: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio iura novit curia encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. (...) Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/18, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad." (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Que reiteró lo dicho el 04 de diciembre de 2019¹², con ponencia del Señor Consejero Martín Bermúdez, en el que se manifestó:

La responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad se fundamenta en los artículos 90 de la C.P. y 68 de la Ley 270 de 1996, y las condiciones para declararla están actualmente definidas en las sentencias de unificación del 15 de agosto del 2018 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado y SU-072 del 5 de julio del 2018 de la Corte Constitucional. (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, es necesario recordar que cláusula general de la responsabilidad patrimonial del Estado, **exige la demostración de que el daño, es decir, la privación de la libertad, es antijurídico**, a la luz de los estándares constitucionales, legales o convencionales que permiten la restricción excepcional de la privación de la libertad, pues de no acreditarse dicho supuesto, nos encontraríamos ante un daño jurídicamente permitido, del cual no sería posible predicar antijuridicidad alguna, según las exigencias del artículo 90 Constitucional y del artículo 68 de la Ley 270 de 1996.

En dicho sentido, debe precisarse que **no basta con probar solamente que haya habido una privación de la libertad, con una posterior decisión favorable al procesado**, pues reducir el análisis de la responsabilidad administrativa a dicha verificación podría abrir las puertas para que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad **y considerase en forma subjetiva**, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado.

Por lo que una eventual declaración de responsabilidad estatal con ocasión de la administración de justicia, **debe tener siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención**, tal y como de antaño lo ha reconocido la Corte Constitucional desde la sentencia C-037 de 1996, a efectos de determinar si, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, el daño que se alega producido con la privación de la libertad es o no antijurídico.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", C.P: Martín Bermúdez Muñoz, Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00094-01(40723)



Ahora bien, en cuanto a los indicios, cabe resaltar que no se trata de cualquier clase de indicios, sino que éstos deben ser suficientes para llevar al Juez al convencimiento de que es procedente la privación de la libertad, siempre que en el caso concreto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para la adopción de la medida, **tal y como se observa aconteció en el asunto que dio origen al presente medio de control**, pues mediaron elementos de prueba que fueron presentados por el Ente Acusador en la fase preliminar, como sustento de la solicitud de la medida privativa de la libertad, que apuntaban a la **posible** participación del demandante en el delito imputado, **amén de su captura en flagrancia**, razones que constituían para ese momento procesal indicios de posible participación del demandante en el punible investigado.

Elementos que además de los requisitos objetivos que se hallaron satisfechos por parte del Juez de Control de Garantías, permitieron arribar a la **inferencia razonable** sobre su posible participación en el delito de ACTIVIDAD MONOPOLISTICA Y DE ARBITRIO RENTISTICO artículo 312 del C.P. en concurso heterogéneo y sucesivo con CORRUPCION DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MEDICOS O MATERIAL PROFILACTICO del artículo 372 del C.P, la cual estuvo con suficiencia soportada, tanto desde lo probatorio, como desde lo normativo.

De lo dicho puede afirmarse que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del demandante fue **en un todo legal y proporcional**, consecuencia de la **inferencia razonable** a la cual arribó el Juzgado con Función de Control de Garantías, en ejercicio de su deber funcional, de las competencias otorgadas y con fundamento en los elementos materiales probatorios presentados por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, como respaldo de su solicitud, con lo que **la decisión adoptada en esa fase preliminar se reputa legítima y legal**, no siendo posible para aquel Juez de Control de Garantías prever en ese momento que **a posteriori**, ya en sede de Juicio Oral, el Ente Acusador no lograría, a través de los medios de convicción llevados ante el Juez de Conocimiento, probar con solvencia la responsabilidad penal del demandante, situación que conminó al Juzgado con Función de Conocimiento a pronunciarse en dicho sentido, es decir, a emitir sentencia de carácter absolutorio, **en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo***.

Sobre la aplicación del, *in dubio pro reo*, (*si aplica*) con base en el cual, el hoy demandante fue finalmente absuelto pertinente es recordar que **"el hecho que se absuelva al procesado por duda, no implica que se haya juzgado a un inocente"**¹³, como claramente lo ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia.

Debe insistirse en que los Jueces de Control de Garantías **no actúan de oficio**, en función de disponer *motu proprio* la imposición de una medida de aseguramiento, por el contrario, dicha decisión **siempre** estará fundada en la actuación de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que en dicho entendido **tendría que estar llamada a responder por eventuales daños antijurídicos que con sus acciones pueda causar al indiciado o imputado dentro del proceso penal**, responsabilidad derivada, del artículo 90 de la Constitución Política, del cual no está excluida, por lo que las posibles consecuencias indemnizatorias también deben recaer en cabeza de la entidad que debiendo investigar correctamente, no lo hace.

¹³ Corte suprema de justicia. Sala de casación penal, Exp. Rad. No. 16384, M. P. Dra. Marina Pulido de Baron, 21 de enero de 2004.



Como se indicó en precedencia, pese a que eventualmente pueda considerarse su honorable Despacho que en este caso resulta procedente la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva, ruego también considerar en el juicio de ponderación que realice su judicatura, a efectos de determinar si tal régimen es aplicable en el caso de autos, el reciente pronunciamiento que con motivo de la Sentencia de Unificación SU-072 de 2018 emitió la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**, según el cual, la responsabilidad del Estado en materia de privación injusta de la libertad no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (*objetivo o subjetivo*), dado que este obedece a las particularidades de cada caso.

En el referido pronunciamiento de unificación, la Sala Plena de la Corte Constitucional ratificó que **el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, como tampoco lo hacen el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y la sentencia C-037 de 1996 cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad, en atención a que tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado, han aceptado que el Juez Administrativo, en aplicación del principio *iura novit curia*, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso**; luego, definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política.

Concluyó entonces el máximo Tribunal de lo Constitucional que determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución, el Estado debe ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, **sin que medie un análisis previo del Juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria**, transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena –*con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996*- concretamente en la sentencia C-037 de 1996.

Señaló además dicha Corporación, que con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el Juez Administrativo, la conducta de la víctima, entre otros aspectos, debe valorarse, en tanto tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

En este punto, resulta de especial relevancia analizar la incidencia de la actuación de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en la privación “*presuntamente*” injusta de la libertad de la que se duele el hoy demandante, derivada del rol que dentro del sistema penal oral acusatorio se le asigna al Ente Acusador como **titular del ejercicio de la acción penal**, y por ende, determinante de la decisión de llevar a juicio al demandante, en favor de quien **debió** ser posteriormente emitido fallo absolutorio por parte del Juzgado con Función de Conocimiento.

Es menester resaltar que en desarrollo del proceso que bajo el sistema penal oral acusatorio se adelanta, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN tiene la carga constitucional y legal de desvirtuar la presunción de inocencia**, por manera que una vez el Estado se abstenga de imponer condena al procesado, o se declare la



preclusión de la investigación, **queda concomitante y automáticamente en evidencia que el Ente Acusador incumplió con su carga**, de suerte que si en el transcurso de la actuación punitiva la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** había solicitado la imposición de medidas restrictivas de la libertad, emerge claro que la consecuencia lógica de dicho accionar, habiendo mediado falencias investigativas, es que ese ente deba responder a luces del artículo 90 constitucional.

Sobre la incidencia que tuvo en los hechos que originaron la presente actuación, el actuar de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, producto del cumplimiento parcial de sus deberes probatorios de cara a una investigación criminal, debe decirse que cuando el Ente Acusador desatiende la carga probatoria que le es propia, y, producto de dicha deficiencia, no le queda opción distinta al Juez Penal de conocimiento que emitir decisión favorable al procesado, al no contar con prueba necesaria para fundar en ella una sentencia condenatoria, no surge la responsabilidad administrativa del Estado respecto de la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL**.

Sobre la incidencia que tuvo en los hechos que originaron la presente actuación, el actuar de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, producto del cumplimiento parcial de sus deberes probatorios de cara a una investigación criminal que conllevó un **desistimiento del ejercicio de la acción penal** con la consecuente solicitud de absolución, debe decirse que cuando el Ente Acusador desatiende la carga probatoria que le es propia, y, producto de dicha deficiencia, no le queda opción distinta al Juez Penal de conocimiento que emitir decisión favorable al procesado, al no contar con prueba necesaria para fundar en ella una sentencia condenatoria, no surge la responsabilidad administrativa del Estado respecto de la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL**.

En efecto, en la actuación penal seguida contra el (la) demandante, hubo un **distanciamiento del deber legal** que le asiste a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** de realizar una investigación penal suficiente, soportada en elementos materiales probatorios que sustentaran no solamente la solicitud de imposición de medida de aseguramiento que hizo en audiencia preliminar, sino un eventual llamado a juicio, por el contrario, lo que se observa es una deficiencia frente a su rol de **investigador y acusador** dentro del esquema diseñado por la Ley 906 de 2004, **situación ajena, imprevisible y en nada atribuible** al Juzgado con Función de Conocimiento y frente a la cual, una vez acaecida, no le era dable oponerse, ni resistir a lo que le ordenaban sus deberes funcionales, constitucionales y legales que le compelían, ante dicha circunstancia, a dictar sentencia absolutoria en favor del (la) demandante], como en efecto lo hizo, ante la solicitud que en tal sentido elevara el Ente Acusador, y **en aplicación del principio de congruencia en materia penal**.

Sobre el particular, pertinente es señalar que cuando la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en el curso de un proceso penal solicita la absolución del acusado, el Juez de Conocimiento **debe** dar aplicación a lo normado en el artículo 448 de la Ley 906 del año 2004, Código de Procedimiento Penal, **en virtud del principio de congruencia** según el cual:

“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”



En virtud de lo anterior, el Despacho Judicial de Conocimiento **no podía** tomar otra determinación más que emitir la correspondiente absolución en favor del (la) demandante respecto del delito por el cual no fue solicitada condena por parte del ente acusador.

Recuérdese que la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2010, al declarar exequible el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, amplió aún más su contenido en el sentido de **conminar al fallador a emitir un pronunciamiento acorde con lo solicitado.**

En igual sentido, en decisión del 21 de marzo de 2012, con ponencia del doctor **JOSÉ LUÍS BARCELÓ CAMACHO**, Radicación No. 38256, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, enseñó lo siguiente:

*“9.5 La jurisprudencia ha dicho que en el sistema de la Ley 906 del 2004, la **solicitud de absolución, hecha por la Fiscalía, implica el retiro de los cargos, tanto que, a voces del artículo 448, en ningún caso el juez puede emitir condena por delitos por los cuales el acusador no haya pedido esa decisión.** (Sentencia del 13 de julio de 2006, radicado 15.843.)*

En estricto sentido, cuando el juez condena por un delito no contemplado en la acusación o respecto del cual la Fiscalía no pidió ese tipo de decisión, lo que hace es asumir oficiosamente una nueva acusación, “pues en últimas tan obligado está el funcionario judicial para absolver por el delito acusado, en los casos en que la fiscalía renuncia a la acusación, como lo está para condenar o absolver solamente por los hechos y la denominación jurídica que han sido objeto de acusación y no por otras”

*Es decir, **jurisprudencialmente la petición de la Fiscalía para la emisión de una sentencia absolutoria se constituye en un verdadero retiro de los cargos por parte de la Fiscalía ya que finalmente es la titular de la acción penal. (...)** (negritas y subrayas fuera del texto)*

En efecto, en la actuación penal seguida contra del demandante, hubo un **distanciamiento del deber legal** que le asiste a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** de realizar una investigación penal suficiente, soportada en elementos materiales probatorios que sustentaran **no solamente la solicitud de imposición de medida de aseguramiento que hizo en audiencia preliminar**, sino el llamado a juicio que hizo a través de la formulación de acusación, por el contrario, lo que se observa es una deficiencia frente a su rol de **investigador y acusador** dentro del esquema diseñado por la Ley 906 de 2004, **situación ajena, imprevisible y en nada atribuible** al Juzgado con Función de Conocimiento, y frente a la cual, una vez acaecida, no le era dable oponerse, a lo que le ordenaban sus deberes funcionales, constitucionales y legales que le compelían, ante dicha circunstancia, a proferir una decisión absolutoria, como en efecto lo hizo, en aplicación del principio universal del **in dubio pro reo**.

En dichas condiciones, puede afirmarse que si bien los Jueces gozan de autonomía e independencia para elegir las normas jurídicas aplicables al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en esta labor no les es dable apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, menos aún, desconocer las disposiciones constitucionales o legales, que rigen el procedimiento que orientan el proceso bajo cuya dirección adelantan, para el caso concreto la Ley 906 de 2004, que **obliga al**



Juez Penal de Conocimiento a emitir una decisión favorable al procesado cuando no sea posible probar más allá de toda duda la responsabilidad del acusado.

Así, teniendo como premisa que en el presente asunto no resulta procedente la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad a la luz de los criterios ofrecidos por la Jurisprudencia tanto Constitucional, como del Honorable Consejo de Estado, y observadas las particularidades de la dinámica procesal y probatoria bajo la cual se desarrolló el proceso penal seguido en contra del demandante se advierte, una vez más, que las decisiones adoptadas por los funcionarios Jurisdiccionales, tanto en sede de Control de Garantías, como en sede de Conocimiento, fueron en un todo **legítimas, apropiadas, razonables, proporcionales y en nada arbitrarias**, por lo que, con fundamento en las razones expuestas a lo largo de la contestación de la presente demanda, se considera que los Jueces de la República que intervinieron en el proceso penal seguido contra el demandante, **actuaron conforme a Derecho, en estricta aplicación de las normas vigentes para la época**, y sus decisiones fueron proferidas como consecuencia de un juicioso análisis fáctico, jurídico y probatorio, en aplicación del principio de la sana crítica y conforme a sus competencias legales y constitucionales en cada una de las fases procesales de la actuación penal en la que intervinieron.

Así, en tal escenario, **no se entienden configurados los presupuestos para tener por estructurado el título de imputación alegado** frente a la entidad que represento, esto es, que la privación de la libertad del demandante, si bien constituyó un daño, **este no se reputa como antijurídico**, y por tanto fuente de responsabilidad administrativa respecto de **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, por lo que en dicho entendido se carece de causa para demandar, en consecuencia, se considera configurada la denominada **AUSENCIA DE CAUSA PETENDI**, en razón a que la medida restrictiva preventivamente de la libertad fue legítimamente expedida, en tanto **estuvieron cumplidos todos los presupuestos constitucionales y legales que así lo permitían**.

Recuérdese que al igual que el derecho a la libertad, que no es absoluto, las medidas a través de las cuales se puede restringir su ejercicio, son también de orden constitucional, de acuerdo con lo previsto por el artículo 28 de la Constitución Política, según el cual, **las personas pueden ser detenidas o arrestadas como consecuencia de orden escrita de Juez competente, expedida con las formalidades legales y por motivo previamente señalado en la Ley**, así, las medidas de aseguramiento proferidas con observancia del marco normativo vigente **no pueden reputarse como constitutivas de daño antijurídico** conforme los lineamientos de la jurisprudencia, tanto Constitucional, como del Consejo de Estado.

Como lo reconoce la jurisprudencia del Consejo de Estado, **la medida que restringe preventivamente de la libertad a una persona, no está condicionada a la existencia de una prueba categórica e indefectible de su responsabilidad penal, sino a que medie un mandamiento escrito de la autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por un motivo previamente definido en la Ley (como la existencia de indicios en su contra)**, requisitos sin los cuales su imposición sí se tornaría injusta e, incluso, ilícita y daría lugar a que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado¹⁴.

¹⁴ Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018, Radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA



En dicho orden de ideas, se insiste, una vez verificado que el acto jurisdiccional restrictivo preventivamente de la libertad del demandante fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la **inferencia razonable** que hizo el Juzgado con Función de Control de Garantías, en ejercicio de su deber funcional, de las competencias otorgadas y con sustento en los elementos materiales probatorios presentados en esa fase procesal por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, como respaldo de su solicitud preliminar y en atención a la naturaleza del delito imputado, esto es, un punible que atentó gravemente contra el bien jurídico tutelado, y, expedido en cumplimiento del ordenamiento Constitucional y Legal aplicable, **se estima que la privación de su libertad fue legítima**, y por tanto **no constitutiva daño antijurídico** que deba ser indemnizado administrativamente.

Es así, como no podría ser admisible, ni justo con el Estado **-el cual también reclama justicia para sí-** que se le obligara a indemnizar a quien ha sido objeto de la medida de detención preventiva, **cuando para la imposición de esta, se han satisfecho los requisitos de Ley, ni cuando a pesar de haber intentado desvirtuar la duda mediante la práctica de pruebas, no se ha podido obtener o lograr ese objetivo**, es decir, cuando sobre el investigado persisten dudas acerca de su participación en el ilícito y, por lo tanto, también persisten respecto de lo justo o lo injusto de la privación de la libertad, caso en el cual, **si el Juez verifica que se cumplieron los deberes y exigencias convencionales, constitucionales y legales que corresponden al Estado para privar provisionalmente de la libertad a una persona, mal puede imponer una condena en contra de este último.**

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

IV. EXCEPCIONES

EXCEPCIONES DE MERITO

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

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



2. INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

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

3. HECHO DE UN TERCERO

En efecto, de encontrarse probado algún daño o perjuicio en favor del demandante, este se ocasionó por la actuación de la FISCALÍA. Con todo comedimiento reitero de conformidad al inciso segundo del artículo 200 del C.P.P. “En desarrollo de la función prevista en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial”. Por consiguiente, de estimarse que hay falla del servicio, ésta resultaría imputable a la Fiscalía porque asistiéndole la obligación legal al delegado del ente Instructor de adelantar de manera idónea la etapa de investigación, al parecer, no actuó con la debida diligencia, no coordinó de manera adecuada con la policía judicial los procedimientos técnicos e idóneos que permitieron demostrar ante el juez de conocimiento su teoría del caso.

4. AUSENCIA DE CAUSA PETENDI

En razón de lo anteriormente expuesto, estima esta parte demandada que se estructura la citada excepción, en la medida en que el daño que se dice irrogado al demandante, **no reviste la condición de antijurídico**, pues se advierte que las decisiones adoptadas por los funcionarios Jurisdiccionales tanto en sede de Control de Garantías, como en sede de Conocimiento, fueron **apropiadas, razonables, proporcionales y en nada arbitrarias**, emitidas con las formalidades de Ley, por lo que, con fundamento en las razones expuestas en el contenido del presente documento, se considera que los Jueces de la República que intervinieron en el proceso penal seguido contra el demandante, actuaron conforme a Derecho, en estricta aplicación de las normas vigentes para la época, y sus decisiones fueron proferidas como consecuencia de un juicioso análisis fáctico, jurídico y probatorio, en aplicación del principio de la sana crítica y conforme a sus competencias legales y constitucionales; y en dicha medida, no están dados los presupuestos para tener por configurado el título de imputación alegado, esto es, que la privación de la libertad del hoy demandante, si bien pudo haber entrañado un daño, **este no se reputa como antijurídico**, y por ende, fuente de responsabilidad administrativa respecto de **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, lo cual deviene en la **ausencia de causa para demandar**.



V. PRUEBAS

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

INTERROGATORIO DE PARTE: Se solicita citar a la (s) parte (s) y se manifiesta el objetivo de la prueba para demostrar su conducencia y pertinencia.

Así mismo, este extremo demandado se opone al decreto de las pruebas que por conducto del derecho de petición la parte actora hubiese podido conseguir, con fundamento en el Numeral 10° del Artículo 78 del Código General del Proceso que indica:

“ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados: (...)

10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir. (...) (Negrilla fuera del texto original)

En ese orden de ideas, se solicita al Honorable Despacho abstenerse de decretar las pruebas solicitadas por la parte actora respecto de las cuales no se verifique el cumplimiento del anterior requisito.

De otra parte, en relación con lo manifestado en el escrito demandatorio respecto de los perjuicios materiales relacionados con los honorarios profesionales presuntamente cancelados al profesional del Derecho que asumió la defensa del demandante en el proceso penal, es pertinente recordar lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en la **sentencia de unificación** del 18 de julio de 2019, proferida dentro del radicado No. 73001233100020090013301 (44.572), con ponencia del Consejero **CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**, a efectos de unificar su jurisprudencia en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad:

“(...) Tratándose del reconocimiento del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales del abogado que intervino en defensa de quien fue privado injustamente de la libertad, esta Sección ha admitido como prueba de ese perjuicio la documental consistente en los recibos de pago que dan cuenta de la cancelación de los honorarios profesionales¹⁵ y, en su defecto, las certificaciones emitidas por los profesionales del derecho, acerca del pago de sus honorarios¹⁶.

*Sin embargo, debe recordarse que el artículo 615 del Estatuto Tributario dispone que las **personas que ejercen profesionales liberales**, es decir, profesiones en las cuales “... **predomina el ejercicio del intelecto**, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la **habilitación a través de un título académico**”¹⁷, **están obligadas a “... expedir factura o documento equivalente**, y conservar copia de la misma **por cada una de las operaciones que realicen**, independientemente de su calidad de contribuyentes o no*

¹⁵ Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2018, expediente: 46.666

¹⁶ Entre otras, sentencia del 24 de octubre de 2016, expediente: 41.861

¹⁷ Tomado de www.ccb.org.co



contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales”.

En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el **derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente** (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto¹⁸); **por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que ésta es la prueba idónea del pago.**

Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad, cuando el demandante pretenda obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, quien haya realizado el pago deberá aportar: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio.

(...)

En todo caso, dada la naturaleza cierta y personal de este tipo de perjuicio, la indemnización por concepto del daño emergente por pago de honorarios profesionales sólo se reconocerá en favor del demandante que lo pida como pretensión indemnizatoria de la demanda, quien, además, deberá acreditar idóneamente, conforme a lo dicho en precedencia, que, en efecto, fue quien realizó el pago. (...)

Luego, con base en los criterios ofrecidos por el Honorable Consejo de Estado en la citada **sentencia de unificación**, para reconocer indemnización derivada del daño emergente relativo al pago de honorarios profesionales **es necesario** que quien lo reclama lo acredite con: i) la prueba de la real prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si sólo se aporta la factura o sólo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio.

En dicho orden de ideas, y como quiera que en el presente asunto **no se allega ninguno de los elementos probatorios anteriormente reseñados**, siendo inconducente el documento invocado en la demanda para acreditar dicho perjuicio según los criterios anteriormente descritos, se ruega a su Honorable Despacho negar todo reconocimiento por dicho concepto.

VI. PETICIONES

¹⁸ “ARTICULO 617. REQUISITOS DE LA FACTURA DE VENTA: Para efectos tributarios, la expedición de factura a que se refiere el artículo 615 consiste en entregar el original de la misma, con el lleno de los siguientes requisitos:

“a. Estar denominada expresamente como factura de venta.

“b. Apellidos y nombre o razón (sic) y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.

“c. Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.

“d. Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.

“e. Fecha de su expedición.

“f. Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.

“g. Valor total de la operación.

“h. El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.

“i. Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas”.



6.1. Principal

Que se declaren probadas las excepciones propuestas y las que, de conformidad con el Artículo 187, inciso 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sean advertidas por su Despacho, y como consecuencia de ello, se hagan pronunciamientos de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

6.2. Subsidiaria

Que se nieguen las pretensiones de la demanda, por las razones de hecho y de Derecho expuestas en este escrito, y se declare que **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, no tiene responsabilidad administrativa alguna en los hechos que dieron origen a este medio de control.

6.3. Residual

En caso contrario, se ruega a su Honorable Despacho abstenerse de condenar en costas a esta entidad con fundamento en el Numeral 5º del Artículo 188 del Código General del Proceso.

VII. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaría de la honorable Sala y en la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, ubicada en el Complejo Judicial del CAN, Calle 57 No. 43-91 de Bogotá D.C. Piso No. 1, Tel. 5553939, Ext. 1078, o en los correos electrónicos: deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co o correo electrónico fgomezp@deaj.ramajudicial.gov.co

Con respeto, del Señor Juez

FREDY DE JESUS GÓMEZ PUCHE

C.C. 8.716.522 de Barranquilla.-

T.P. 64.570 del CS de la J

Iniciales de quien elabora: FJGP

Doctor

ALEJANDRO BONILLA ALDANA

Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Sección Tercera

E.S.D.

Rad: Asunto: CONTESTACION DEMANDA POR PARTE DEL
LLAMADO EN GARANTÍA

PROCESO REPARACION DIRECTA

Radicación No. 11001-33-43-060-2019-00379-00

Demandante: HERIBERTO MONROY

Demandado: DEFENSORIA DEL PUEBLO y OTROS

JORGE ALVARO POLANCO SANCHEZ, mayor de edad, vecino de esta ciudad, cedula bajo el número 17.195.361 de Bogotá, Abogado Titulado y en Ejercicio con T.P.A. 23.319 del C.S.J., obrando a nombre propio dentro del proceso de la referencia y estando dentro del término legal, me permito responder el llamamiento en garantía solicitado por la Defensoría del Pueblo, cuyo auto admitió y se insertó en ESTADO ELECTRONICO 34 VEINTITRES (23) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020) publicado en la página web www.ramajudicial.gov.co en el sentido que efectivamente para la época de los hechos ejercía como Defensor Público Regional Cundinamarca y contesto la demanda, en los siguientes términos, así:

PRETENSIONES

Me opongo a todas y cada una de ellas, referente a lo que concierne a la Defensoría del Pueblo en su carácter de parte demandada y quien es llamado en garantía, por lo tanto se deben despachar desfavorablemente.

HECHOS Y OMISIONES

1. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
2. NO ME CONSTA. Que se Pruebe.
3. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
4. NO ME CONSTA. Que se Pruebe.
5. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
6. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
7. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
8. NO ME CONSTA. Que se pruebe.

9. NO ME CONSTA. Que zse pruebe.
10. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
11. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
12. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
13. NO ME CONSTA. Que se pruebe.
14. NO ME CONSTA. Que se pruebe.

LOS HECHOS SOBRE LA PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD DE HERIBERTO MONROY.

15. NO ME CONSTA. No forme parte de la investigación. Que se pruebe.
16. CIERTO EN PARTE. Fue capturado el día 31 de mayo de 2015, dentro de la diligencia de registro y allanamiento, al inmueble donde se presumía que vendían trago adulterado. Fueron capturados entre otros el Señor Heriberto Monroy, quien se encontraba dentro del inmueble objeto de la diligencia, pues era la totalidad del bien objeto de la diligencia y no parcial. El hecho que dentro de la parte del inmueble no se encontraron evidencias que involucraran al actor donde estaba durmiendo, en ese momento, no se podía concluir que no era participante dentro del presunto delito, situación que debía decidirlo un Juez y no un Fiscal dentro de las audiencias preliminares, además el Fiscal no tiene esa competencia para decidir en esa diligencia quienes son los presuntos responsables o no y mucho menos concluir. Por lo tanto se debía, como se hizo continuar con la investigación.
17. CIERTO. El hecho de estar durmiendo dentro del inmueble allanado, que sea un apartamento no lo exime de responsabilidad alguna, para ello es ejercitar el derecho de defensa, como efectivamente lo hizo, en su momento procesal oportuno, frente a un Juez Penal Municipal con Funciones de Garantías.
18. CIERTO EN PARTE. CIERTO: Como lo manifiesta el demandante, es un inmueble de tres niveles, con la misma nomenclatura, no está dividido, fue un solo bien inmueble allanado, que no se encontraron elementos materiales probatorios o evidencia física en el lugar donde el Señor Monroy estaba durmiendo, no lo exime solo por ese hecho de responsabilidad, insisto en que se continuo con la investigación y es el Juez competente que decide y la Fiscalía solicita dentro de

las respectivas audiencias lo pertinente, y el Defensor contrastar refutando la posición del Ente Acusador, siempre y cuando ante un Juez. NO ES CIERTO. Que la captura se haya realizado en forma arbitraria por parte de la Fiscalía, en mi concepto, tanto las personas como los elementos materiales probatorios o evidencia física, desde ese momento serían parte de la investigación y los capturados en flagrancia ejercer sus derechos de defensa, como en efecto lo hicieron.

19. ES CIERTO. Pero esa situación del Señor Heriberto Monroy, debía debatirse en el Juzgado y no con la Fiscalía y mucho menos en el lugar de los hechos, pero esas circunstancias no lo eximían de responsabilidad, para eso es la investigación y el ejercicio del derecho de defensa.
20. CIERTO EN PARTE. Debate que debe surtirse dentro de las audiencias pertinentes y preliminares ante el Juez de Control de Garantías, es el funcionario competente y no la Fiscalía. Simplemente el informe dice que no se encontraron evidencias físicas o elementos materiales probatorios dentro de la habitación donde estaba durmiendo el demandante, pero eso no lo exime de una posible responsabilidad, por eso es la investigación y ejercer del derecho de defensa, ante un Juez y no en el lugar de los hechos. Además el demandante hace hincapié que es “tercer nivel”, por lo tanto acepta que es un solo inmueble el allanado y no independiente, que tiene una sola nomenclatura.
21. NO ES CIERTO. En ese momento del allanamiento, porque presumiblemente se expendían licores adulterados, no estaba claro que personas vendían dicho licor y quienes lo habitaban o no. Dentro de la diligencia los funcionarios conocieron el inmueble, que es uno solo, y encontraron varias personas que estaban dentro del bien, en este caso en el tercer piso que es independiente, pero hace parte integral del inmueble y fueron capturados en flagrancia, la detención no fue arbitraria, se recogieron evidencias que en ese momento incriminaban a los habitantes del inmueble y así se procedió, para la captura se reunieron todos los presupuestos legales.
22. CIERTO. El Formato de arraigo, es un informe Policial donde se manifiesta entre otras donde vive, su actividad laboral como ayudante de construcción y que pagaba arriendo, esos

hechos se deben probar ante el Juez Competente y no ante una autoridad Policial.

23. CIERTO. Como lo manifiesta el demandante “En desarrollo de la investigación”, que se desarrolla dentro de un programa metodológico, ese interrogatorio se surtió ante un Funcionario de la Fiscalía, deber que debe cumplir con el fin de recoger en la orden de trabajo ordenada por el Ente Acusador, para ir organizando su teoría del caso y llevarla ante el Juez Competente.
24. ES CIERTO. Como lo dice la parte actora “En desarrollo de la investigación”, por lo tanto el demandante tenía una actividad dentro del establecimiento de comercio, donde presuntamente se vendía licor adulterado, tuviera o no relación directa con los hechos era materia de investigación y refutación ante el respectivo Juez de Garantías.
25. ES CIERTO. Nuevamente manifiesta el actor “En desarrollo de la investigación”, para eso es esa etapa que la Fiscalía debe surtir, aclarar los hechos.
26. ES CIERTO. Es la misma respuesta del numeral anterior, retomando lo que dice el demandante “En desarrollo de la investigación”. Solamente la Fiscalía estaba en esa etapa investigativa, sin incluirse hasta ese momento a Juzgado alguno.
27. NO ME CONSTA. No es del resorte de este Defensor Público. Que lo pruebe.
28. CIERTO EN PARTE. CIERTO fui asignado para ejercer la defensa técnica como Defensor Público del demandante. NO ES CIERTO para todas esas audiencias como legalización de orden de allanamiento, legalización de diligencia de registro y allanamiento, legalización de captura en flagrancia, imputación de cargos y solicitud de medida de aseguramiento, el usuario tiene la facultad de nombrar defensor de confianza, como en efecto lo hizo, por eso la asignación no puede limitarse en el futuro, si no hubiera nombrado defensor de confianza hubiera continuado con mi defensa.
29. NO ES CIERTO. Si hubo una defensa técnica adecuada, profesional, idónea y ética de acuerdo con mi proceder profesional y exigencia de la Defensoría del Pueblo, veamos: 1) Este numeral se refiere a que no me opuse a la legalización de la captura, en otras palabras solicitarle al Señor Juez “se declarara la ilegalidad de la captura”, en art. 301 del C.P.P.,

enumera cinco (5) situaciones para declarar la legalidad de la captura. La Fiscalía tenía en ese entonces conocimiento fundado, directo e inmediato del hecho punible, en el sentido que mediante investigación previa se podía determinar que en ese lugar al servicio público, se vendía licor adulterado, razón del allanamiento. En el momento de practicarse la diligencia, encontraron evidencia física y elementos materiales probatorios que efectivamente se estaba cometiendo un delito, en el mismo inmueble donde se encontraba el demandante, estuviera o no durmiendo estaba en el lugar de los hechos. 2) Ahora bien que esa legalización de captura conllevara la medida de aseguramiento, NO ES CIERTO, unos son los requisitos para declarar la legalidad de la captura en flagrancia, como ya vimos y otra para solicitar la medida de aseguramiento, que entre otras no lo asistí, como lo manifiesta el demandante, el art. 308 C.P.P. relaciona lo requisitos para solicitar la medida de aseguramiento y es ahí solamente ahí, donde se opone el defensor que se profiera dicha medida, con base en las evidencias y elementos materiales probatorios recogidos dentro de la diligencia de allanamiento y allegados por la Fiscalía, entonces tenemos que son dos (2) audiencias totalmente diferentes. NO ES CIERTO, que el hecho de legalizarse la captura en flagrancia obligatoriamente se debe llegar a proferir la medida de aseguramiento, como ya quedó explicado. NO ES CIERTO como lo manifiesta el demandante “pues dicha captura en flagrancia declarada legalmente por reunir los presupuestos, fue el punto de partida para que posteriormente se le impusiera la medida de aseguramiento, pues de manera errónea quedó sentado que fue capturado en plena comisión del delito”, totalmente equivocado, si se piensa de esa forma, “quedo sentado que fue capturado en plena comisión del delito” se está violentando los Derechos Constitucionales del derecho de defensa y debido proceso, no habría un debido proceso, se le condenó sin ser oído, desconocimiento total de los fundamentos del derecho. Las personas que no se les legalizó la captura, entre otras razones trabajaban como meseros, no vivían en el inmueble y no tenían relación consanguínea con ninguno de los procesados, está bastante claro que el hecho que se legalice una captura, no significa que sean culpables del hecho investigado, no lleva a medida obligatoria de aseguramiento,

además la medida de aseguramiento es provisional. En mi criterio jurídico no se violó ningún derecho constitucional al demandante y estaba dentro de los parámetros de la legalización de la captura, no interpuso el recurso de alzada porque no era necesario y a la justicia no se le debe desgastar de esa manera. NO ES CIERTO, como lo manifiesta el actor, que la legalización de captura tiene relevancia para decretar la medida de aseguramiento, recurso que son dos (2) audiencias totalmente diferentes e independientes, con requisitos de igual forma, así mismo, no se puede estimar razonable que fue participe del delito, aún con medida de aseguramiento, se estaría violando la PRESUNCION DE INOCENCIA.

30. NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
31. (20) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
32. (21) NO ES CIERTO. Como Defensor Público ejercí con responsabilidad la defensa del Señor Heriberto Monroy, no interpuso los recursos de ley contra la legalidad de la captura en flagrancia, por las razones anteriormente expuestas y que en nada insidioso con la medida de aseguramiento, como de igual forma se expuso con antelación.
33. (22) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
34. (23) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
35. (24) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
36. (25) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
37. (26) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
38. (27) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
39. (28) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
40. (29) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
41. (30) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
42. (31) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
43. (32) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
44. (33) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
45. (34) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
46. (35) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
47. (36) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
48. (37) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
49. (38) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
50. (39) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
51. (40) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
52. (41) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.

53. (42) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
54. (43) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
55. (44) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
56. (45) NO ME CONSTA. Que se pruebe.
57. (46) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
58. (47) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
59. (48) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
60. (49) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
61. (50) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
62. (51) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
63. (52) NO ME CONSTA. No fungía como Defensor Público.
64. (53) NO ES CIERTO. Por parte de este Defensor Público y la Defensoría del Pueblo, no existió negligencia alguna, el apoderado de la parte actora habla de DOLO, significa que cometí un delito de carácter penal, lo invito a que denuncie, por otro lado la actuación de este Defensor fue mínima y en esa pequeña intervención, se realizó con ética y profesionalismo, tanto es así, que a través del proceso como lo acepta la parte demandante, se negó la revocatoria de la medida de aseguramiento con sustentación más que valida por parte del Juez. Por lo tanto ante la oportuna intervención procesal en la audiencia, no se puede endilgar a la Defensoría del Pueblo y a este Defensor Público lo acontecido al demandante, en las audiencias que intervine se realizó con profesionalismo.

SINTESIS DE LAS OMISIONES IMPUTABLES A LAS ENTIDADES DEMANDADAS.

57. La DEFENSORIA DEL PUEBLO. Como Defensor Público, llamado en garantía, referente a las audiencias preliminares, así: 1) Legalización de allanamiento. Esa orden la expidió la Fiscalía, con base una investigación previa, la Defensa no lo sabe y no tiene porqué comunicarle. 2) Legalización de diligencia de registro y allanamiento. Se refiere al art. 237 del C.P.P., Es obligación del Fiscal dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes del allanamiento, del recibido el informe de la policía judicial, comparecer ante el juez de control de garantías, para revisar dentro de una audiencia la revisión de legalidad sobre lo actuado. En este trámite, la defensa no tiene actuación alguna, está limitada a que no hubiese existido ninguna violación de los derechos fundamentales dentro del allanamiento y que se hubiera ceñido estrictamente a dicha orden. Vale decir, que no se expone si

hubo o no capturados en flagrancia, este motivo es de otra audiencia, simplemente se limita a desarrollar como fue el allanamiento, personas que estaban en el sitio, que se encontró, etc., si hubo capturados en flagrancia existe la audiencia de legalización de la captura. 3) Legalización de captura en flagrancia, art. 301 C.P.P., en este momento no existe imputación de cargos, no se ventila la culpabilidad o no, es fase de otras audiencias, simplemente si reúne los requisitos de dicha norma, no termina necesariamente en la audiencia de medida de aseguramiento DONDE NO INTERVINE, se dieron los requisitos para legalizar la captura, que en tales circunstancias de modo, tiempo y lugar se dieron, como estaba en el sitio de los hechos, durmiendo no lo exonera de culpabilidad, que no se encontró ninguna evidencia en el sitio donde se encontraba, tampoco es óbice de no participación y demás, no hay que olvidar que como lo acepta el actor, estaba en la etapa investigativa y prematuramente no se puede concluir inocencia o culpabilidad, es una fase normal de las audiencias preliminares.

DAÑO JURIDICO IMPUTABLE A CADA ENTIDAD ES SOLIDARIO, LAS SIGUIENTES RAZONES

61. La DEFENSORIA DEL PUEBLO. Lo que manifiesta la parte demandante, es absolutamente falso, no concuerda con la realidad, este Defensor llamado en garantía, sí ejerció con eficacia y ética su responsabilidad, la captura en flagrancia se legalizó porque reunía los requisitos del art. 301 C.P.P., actuación que se efectuó dentro de la diligencia de allanamiento, no fue resultado de la medida de aseguramiento, no es cierto, se desconoce las etapas procesales penales, es otra audiencia y los requisitos de legalización de captura como decretar medida de aseguramiento son totalmente diferentes, audiencia de solicitud de medida de aseguramiento que NO ESTUVE PRESENTE, mi actuación y responsabilidad se fijó hasta la legalización de captura en flagrancia, que no interpuso recursos de ley, porque en mi criterio encajaba dentro de los presupuestos del art. 301 del C.P.P., y no se justificaba desgastar la justicia. O por el contrario que se demuestre en esta etapa procesal la negligencia del Defensor Público. Como conclusión la Defensoría del Pueblo representada por este Defensor Público, cumplió con su responsabilidad de asumir la defensa del demandante, hasta la etapa procesal que le permitió al nombrar un abogado de confianza. Por lo tanto no es responsable el uno ni el otro, de ningún daño causado a la parte actora dentro de este proceso.

Excepciones

1. **EXISTENCIA DE DEFENSA TECNICA.** Se basa en que efectivamente en forma oportuna y eficaz como Defensor Público ejercí mi labor, tanto es así, como lo manifiesta el demandante otras personas que laboraban dentro del establecimiento de comercio, como meseras fueron puestas en libertad, prueba entonces que si existió defensa técnica. Referente al demandante las circunstancias eran diferentes, por tal razón de legalizó la captura, sin que en ningún momento fuera índice de culpabilidad o como erróneamente lo manifiesta la parte demandante, se originó la medida de aseguramiento. Además el trabajo del abogado es de medio y no de resultado.
2. **INEXISTENCIA DE DOLO OCULPA POR PARTE DE LA DEFENSORIA PÚBLICA.** Efectivamente la Defensoría Pública en ningún momento fue participe de tal eventualidad, porque el dolo o culpa no existió y mucho menos causó daño alguno al demandante, debe tenerse en cuenta que fue representada por un Defensor Público designado para el caso en comento y que hoy llamado en garantía desarrolló y defendió el derecho de defensa de los capturados, que por ministerio de la ley en ese momento se llenaban a cabalidad los requisitos del art. 301 del C.P.P., es cosa distinta y se debe cumplir la ley, hasta esa audiencia no existió perjuicio alguno, se está empezando a desarrollar el derecho a la defensa, estando así las cosas, la Defensoría del Pueblo como el Defensor Público no incurrieron en ninguna circunstancia en dolo o culpa.
3. **INEXISTENCIA DE DAÑO A LA PARTE ACTORA.** La parte actora no sufrió daño alguno que pueda generar reparación por parte de la Defensoría Pública y el Defensor Público, solamente como lo manifiesta varias veces el demandante, fue asistido hasta la audiencia de legalización de captura, corto tiempo pero que demuestra que la defensa técnica si fue aplicada a cabalidad, la parte actora aduce daño, cuando el actor duró más de dos (2) años privado de la libertad y no por falta de defensa técnica de la Defensoría o Defensor, sino que las evidencias físicas y elementos materiales probatorios que se recolectaron al inicio de la investigación y que se plasmaron en el allanamiento en esa etapa probatoria hasta tiempo después demostraron algún indicio, no fue otra la razón para no revocar la medida de

aseguramiento, en la cual no participé, pero no se puede descargar la supuesta eventualidad de privación de la libertad simplemente por haberse legalizado la captura..

PRUEBAS

Documentales. Se tenga las aportadas por la Defensoría del Pueblo, referente a mi identidad y contrato realizado con dicha entidad pública.

Oficio. Solicito se oficie al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad del Municipio de Girardot, para que alleguen a este proceso copia del DVD, donde actúa el Defensor Público y hasta que audiencia lo hizo, con el fin de determinar mi actuación dentro del proceso con radicación 253866108003201580149 contra el Señor Heriberto Monroy, proveniente del Juzgado Penal del Circuito de la Mesa (Cund.).

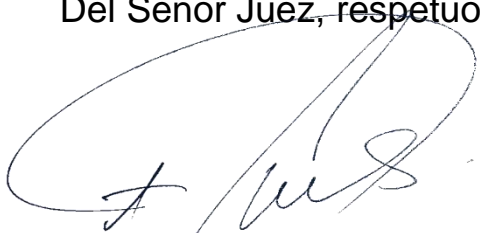
ANEXOS

Copia de la Tarjeta Profesional de Abogado.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Calle 117 C No 71F-45. Of: 306 de Bogotá
Correo Electrónico polancos48@yahoo.com.co
Celular 315 3311179

Del Señor Juez, respetuosamente.



J. ALVARO POLANCO SANCHEZ
C.C. 17.195.361 de Bogotá
T.P.A. 23.319 del C.S.J.