

**Señor  
JUEZ 60 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTA  
E.S.D.**

**MEDIO DE CONTROL : REPARACION DIRECTA  
DEMANDANTE : DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO y OTROS  
RADICADO : 11001-33-43-060-2020-00202-00  
DEMANDADAS : FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRA**

**JESÚS ANTONIO VALDERRAMA SILVA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19'390.977 de Bogotá, D.C., con Tarjeta Profesional No. 83.468 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme al poder adjunto, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran el Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO** y Otros.

#### **1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION 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., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 10 de noviembre de 2020, mediante correo electrónico.

#### **2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA**

- **CONFORME** a los hechos **2. a 15.** de la demanda, en el presente caso se desprende que:

1-. Los hechos del proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tuvieron su génesis el 15 de julio de 2016 con base en la denuncia de la Señora MARLIN SOLEZ TORRES SUÁREZ, manifestando que el día viernes, a eso de las 11:00 a.m., cuando se movilizaba en su motocicleta por el sector del Barrio Colombia, de Leticia (Amazonas), fue abordada por cinco personas que se transportaban en tres motos y mediante intimidación con un arma de fuego la interceptaron, golpearon, obligaron a bajar y se apoderaron de la misma y otras de sus pertenencias.

2-. La Fiscalía solicitó al Señor Juez de Control de Garantías emitir las órdenes de captura contra el Señores DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO, con fundamento en el artículo 221 del C.P.P., toda vez que fue señalado por la víctima y existían motivos fundados que permitían inferir que él y otros eran los coautores del delito de Hurto calificado y agravado en concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

3-. La orden de captura en contra del Señor DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO se hizo efectiva el 28 de septiembre de 2016, por funcionarios adscritos a la Unidad de Policía Judicial de Leticia,

4.- La *legalidad* de las actuaciones cumplidas por mi representada fue establecida el 29 de septiembre de 2016, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de control de garantías, durante la realización de las audiencias preliminares concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario, con fundamento en los artículos 305 y ss. de la Ley 906 de 2004.

Aunque el Señor DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO no se allanó a los cargos, no se menciona en la demanda que este o su defensor hubieran formulado objeciones a la anterior medida, tampoco interpuesto los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que la misma fue **LEGAL** y se mantuvo **INCÓLUME** durante todo el proceso.

3-. El 22 de noviembre de 2016 la Fiscalía General de la Nación presentó *escrito de acusación* contra el Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, porque de los elementos materiales probatorios e información legalmente obtenida se podía inferir con probabilidad de verdad que los hechos investigados existieron y constituían el anterior delito y que el acá demandante era su autor, con fundamento en el artículo 337 de la Ley 906 de 2004.

No se menciona en la demanda que, conforme a las previsiones del artículo 339 del CPP, en la *Audiencia de Formulación de Acusación* celebrada ante el *Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia* el 13 de diciembre de 2016, abierta la misma por el Señor Juez de conocimiento, ordenado el traslado a las partes, el Ministerio Público o la defensa expresaran oralmente causal de incompetencia, impedimento, recusación, nulidad u observación alguna sobre el *escrito de acusación*, si este no reunía los requisitos establecidos en el artículo 337 ibídem, para que el fiscal lo aclarara, adicionara o corrigiera de inmediato.

4-. Realizada la *Audiencia preparatoria* e instalado, adelantado y culminado el debate probatorio en el *Juicio Oral*, en el cual la Fiscalía presentó y sustentó su teoría del caso, el 17 de noviembre de 2017 el Juzgado de Conocimiento anunció sentido de fallo de carácter condenatorio en contra del Señor DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO.

5.- El 26 de febrero de 2018 se realizó audiencia de lectura de fallo condenatorio contra el Señor DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO, como autor de los delitos de *Hurto Calificado y agravado* en concurso heterogéneo y sucesivo con *Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*”, tipificados por los artículos 240 inciso 2, 241 y 365 del Código Penal, por los hechos ocurridos en el municipio de Leticia el día 15 de julio de 2016.

6-. Interpuesto por la defensa el recurso de apelación contra el fallo condenatorio, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en providencia calendada el día 26 de julio de 2018, revocó la anterior sentencia condenatoria y, en su lugar, absolvió al Señor DUWER ANTONIO GUERRA de los cargos formulados.

7-. Lo anterior, dentro de los principios de autonomía en el análisis y la valoración de las pruebas, dentro de las reglas de la sana crítica, al encontrar el *a quem* inconsistencias en la declaración del testigo de cargo, la denunciante MARLIN SOLEZ TORRES, lo cual le generó *duda* probatoria, siendo imperativo dar aplicación al artículo 7º del C.P.P.

Luego, es claro que el proceso penal adelantado contra el Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO** culminó realmente, **NO** bajo alguno de los supuestos que actualmente permiten inferir *“objetivamente”* que una persona fue *privada injustamente de la libertad*, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los supuestos señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que *el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible*, sino, antes bien, en estricta aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

Sin embargo, la anterior circunstancia **NO** torna de manera *“automática”* en ilegales, injustas o arbitrarias las actuaciones de mi representada, durante la investigación y el Juicio, tampoco la *medida de aseguramiento* de **detención preventiva** que por el Señor Juez de Control de Garantías le fue impuesta.

Lo anterior, tal y como arriba se expone, con base en la denuncia de la Señora MARLIN SOLEZ TORRES SUÁREZ, porque la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN sí tuvo inicialmente los elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico establecido, para la formulación de imputación y, luego, la acusación al Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, por los delito contra los supremos intereses jurídicos tutelados del patrimonio económico y la seguridad pública.

Lo anterior, hasta el punto que logró sustentar su **teoría del caso** en el Juicio Oral, logrando estructurar la sentencia condenatoria proferida contra el Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO** en primera instancia.

Luego, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumplió mi representada su obligación de investigar las conductas delictivas que le fueron puestos en su conocimiento, al igual que acusó al presunto responsable ante el juez competente, adicionalmente, solicitándole adoptar las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de las pruebas y la protección de la comunidad, en especial, de la víctima.

- **ME OPONGO** al hecho **16.** de la demanda, sobre la obligación legal de la Fiscalía de llevar al Juez los elementos materiales probatorios, que permitan al Juez de Conocimiento, más allá de toda duda razonable, emitir la sentencia de condena impetrada por el ente acusador.

Al respecto, conviene aclarar al actor que las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación **NO** se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita sentencia condenatoria.

Así lo ha manifestado el **H. Consejo de Estado** en la sentencia del 6 de diciembre de 2017, dentro del proceso 73001-23-00-000-2012-00327-01(53905), donde considera que si bien es cierto que el ente acusador fue la autoridad que promovió la acción penal y recaudó los elementos materiales probatorios que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, ***“...no es menos cierto que sus funciones constitucionales y legales no se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita condena, sino que las mismas, de conformidad con los artículo 250 de la Constitución Política y 66 de la Ley 906 de 2004, tienen como finalidad que se investiguen los supuestos que revisten las características de delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.”***(destaco)

En el mismo sentido la **H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en Sala de Casación, dentro del radicado número: 29118, de fecha 23/04/2008, sobre el anterior aspecto, señaló:

***“(...) la Sala no aprecia que de verdad la función que constitucional y legalmente le ha sido deferida a la Fiscalía, se agote, o mejor, cumpla su propósito con el solo hecho de obtener que a toda costa se emitan sentencias de condena, únicamente porque la decisión de acusar marca el sino indefectible del comportamiento procesal a adoptar por ese ente en el período enjuiciatorio.***  
(Subrayo y resalto)

*En este sentido, debe recordarse cómo la implementación del sistema acusatorio en nuestro país implicó una reforma constitucional que, en lo sustancial, representó variar las competencias y funciones de la Fiscalía General de la Nación, a efectos de obtener, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto, que esa entidad dejara de lado o minimizara al extremo sus funciones eminentemente judiciales, para que pudiera*

*concentrarse en las tareas de investigación y acusación, inherentes a la sistemática buscada implementar.*

(...)

**Porque, si bien, dentro de la sistemática acusatoria, a la Fiscalía se le otorga la función instrumental, propia de ella, de acusar, no puede significarse que esa tarea represente un fin en sí mismo, o mejor, gobierne la teleología de qué es lo debido realizar por el fiscal en cada caso concreto.** (Subrayo y resalto)

**Ello, por cuanto, aunque esa nueva perspectiva del actuar de la fiscalía dentro de un proceso de partes implica de sus funcionarios una determinada actividad encaminada a demostrar la que se ha asumido particular teoría del caso, por virtud de lo cual ya no se hace imperativo el mandato de la Ley 600 de 2000, de investigación integral que busque allegar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, es lo cierto que su teoría del caso debe basarse en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar beneficio para el procesado, pues, resulta inaudito que se diga cubierto el cometido constitucional de la Fiscalía, solo porque, adoptada una particular perspectiva de los hechos, se obtuvo la sentencia condenatoria pretendida, aún reconociendo que esa óptica no se corresponde con la realidad.** (Subrayo y resalto)

(...)

**En suma, la adscripción de la Fiscalía a la rama judicial, encomendándosele como función constitucional la de administrar justicia, así como los imperativos legales de que debe actuar con objetividad y lealtad, determinan que si bien, instrumentalmente en ese órgano radica la obligación de acusar, ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados.** (Subrayo y resalto)

Luego, carece de fundamento la crítica del actor sobre las actuaciones cumplidas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION en torno a la medida de aseguramiento impuesta en el proceso penal adelantado contra el Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, dado que de la información legalmente obtenida, se pudo inferir razonablemente que el mencionado era autor o partícipe de la conducta delictiva investigada, cumpliéndose además alguno de las finalidades y los requisitos del artículo 306 y ss. del C.P.P., vigente.

Conforme a lo anterior, en el caso concreto no demuestra el actor el funcionamiento anormal en las actuaciones de mi representada, pues no explica el actor el alcance de las normas que, en torno a la medida de aseguramiento, en su sentir, fueron infringidas en el proceso penal que se adelantó contra el Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**.

- **ME OPONGO** al hecho **17.** de la demanda, acerca del error judicial en que incurrió el Juzgador en el análisis y valoración de las pruebas que fundamentaron la sentencia condenatoria, en primera instancia.

Lo anterior, conforme a las razones arriba expuestas, porque dichas circunstancias no son fáctica ni jurídicamente imputables a la Fiscalía General de la Nación.

- **NO ME CONSTAN** los hechos **1. y 18. a 28.** de la demanda, relacionados con el entorno personal, familiar, laboral, social y económico del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, tampoco los perjuicios que se informan en ellos, le fueron ocasionados al mencionado y su núcleo familiar, con ocasión del proceso penal, el cual es objeto del presente medio de

control de reparación directa; por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor en la demanda.

### 3. LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Se declare que la Nación – Rama judicial - Fiscalía General de la Nación -, son solidaria y administrativamente responsables de los daños ocasionados a los demandantes, por *defectuoso funcionamiento de la administración de Justicia, error judicial y privación injusta de la libertad* del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, desde el 28 de septiembre de 2016, hasta el 26 de julio de 2018, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, por el delito *Hurto calificado y agravado, en concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, respecto de los cuales, vale la pena reseñar, fue condenado en *primera instancia* el 26 de febrero de 2018 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia (Amazonas), pero apelada por su defensor la anterior sentencia, en *segunda instancia* fue absuelto el día 26 de julio de 2018 por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por **duda** probatoria.

En consecuencia, solicita se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios descritos en la demanda.

### 4. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA FISCALIA 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:

#### 1- -. Inexistencia del daño antijurídico, por falla del servicio. Cumplimiento de un deber legal.

Como arriba se expuso, en el presente caso **NO** se demuestra el carácter “injusto” del *daño* reclamado en la demanda, por *falla del servicio y privación injusta de la libertad*, dentro del proceso dentro del proceso penal que se adelantó en contra del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, por el delito *Hurto calificado y agravado, en concurso con el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones*, respecto de los cuales fue condenado en *primera instancia* el 26 de febrero de 2018 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia (Amazonas), pero apelada por su defensor la anterior sentencia, en *segunda instancia* fue absuelto el día 26 de julio de 2018 por la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, por **duda** probatoria.

En el caso de estudio, conforme a lo expuesto, se tiene que mi representada desde el inicio **SÍ** tuvo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico vigente para la solicitud de imposición de la medida, y resultaría cuando menos injusto que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta con los mentados sustentos constitucionales y legales, arriba descritos.

En torno a la imposición de la medida de aseguramiento de *detención preventiva*, conviene señalar que la H. Corte Constitucional, en sentencia C-774 de 2001, ha explicado que la *detención preventiva*, la cual implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, con los fines arriba indicados, como su nombre lo indica, constituye un acto jurisdiccional de naturaleza perentoria, preventiva y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley consagran.

Por otro aspecto, es claro que la anterior medida no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues su adopción no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

Conforme a lo anterior, la persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal.

Por lo tanto, conforme al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, correspondía al Señor Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado decretar la medida de aseguramiento, si de la información legalmente obtenida se podía inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva investigada, y se cumplía 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.

Luego, en el caso concreto, atendiendo la naturaleza y gravedad de los delitos contra la adolescente afectada, contrario a lo manifestado por el actor, la Fiscalía General de la Nación Sí cumplió desde el inicio su labor de demostrar los enunciados fácticos en los que basó sus pretensiones ante el señor Juez de Control de Garantías, para la solicitud de imposición de la medida, acorde con las previsiones de los artículos 296 a 299, 306 y ss. del C.P.P., vigentes para la época de los hechos, lo cual desvirtúa que esta medida fue injusta, arbitraria o irrazonable en clave de los derechos que constitucional y legalmente al Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO** le son reconocidos.

Cabe señalar que la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política NO es absoluta, porque es viable su restricción en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como en los mecanismos de la **CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA**, los cuales reitero se instituyen solo para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, las víctimas.

Desde la anterior óptica, el *daño antijurídico* reclamado en la demanda por la *privación injusta de la libertad* del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, resulta **INEXISTENTE** a la luz de los criterios establecidos en la sentencia C-037 de 1996, la cual señala:

*"...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. (Subrayo y resalto)*

*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." (Subrayo y resalto)*

*"... 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 igual sentido, referente al concepto *daño antijurídico*, 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), en Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014, señaló al respecto:

"(...)

*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)

En el caso de estudio, **NO** demuestra el actor en los hechos de la demanda que frente a la *medida de aseguramiento de detención preventiva* impuesta, 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 al Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**.

Por el contrario, atendida las circunstancias procesales, se observa que las actuaciones de la mi representada estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés general y, en especial, la víctima.

Por lo tanto, **NO** se demuestra en la demanda que frente a la anterior medida **hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO, más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.**

Cabe señalar que, de acuerdo con la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del Docto Carlos Betancourt Jaramillo, para que exista indemnización de perjuicios por la presunta *falla del servicio*, se deben tener en cuenta las circunstancias en las cuales se debe prestar el servicio y determinar si la falla es de tal magnitud que la conducta de la administración deba ser considerada como anormalmente deficiente, lo cual en el presente caso no está demostrado.

En el anterior sentido la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en la sentencia de 3 de febrero de 2010. Rad. Número: 68001-23-15-000-1996-01457-01(17293), al respecto expresó:

"(...)

*Según la doctrina, el funcionamiento anormal de la administración de justicia está referido a unos estándares de lo que se considera un funcionamiento normal:*

**"La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debe partir de una comparación de lo que sería o debía ser el funcionamiento normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos standards de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la Administración de Justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses de los justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda idea de culpa o negligencia aunque tenga en éstas su origen y se basa únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación"<sup>1</sup>.**

Desde la anterior óptica la privación de la libertad del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, en razón de la medida de aseguramiento que le fue impuesta, no fue injusta y no le es dable al actor predicar sin fundamentos jurídicos que hubo error judicial, falta o falla en las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN dentro del proceso penal que se adelantó en su contra, pues no explica realmente el alcance o el concepto de violación de las normas que, en su sentir, fueron incumplidas por mi representada.

De otro lado, en el presente caso se demuestra que del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO** fue absuelto en estricta aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

Lo anterior, por considerar el *juzgador de segunda instancia* que, aunque los hechos existieron, surgían **dudas** en torno la responsabilidad del implicado.

Lugo, reitero, no se demuestra que realmente haya culminado bajo alguno de los supuestos que, conforme a la SENTENCIA SU-072/18, actualmente permiten inferir "**objetivamente**" que una persona fue *privada injustamente de la libertad*, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que *el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible*.

Por lo tanto, fuera de los eventos 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**, lo cual, como arriba se expone, en el presente caso no está demostrado.

El hecho de la absolución del Señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, en aplicación del beneficio de la **duda**, no torna *per se* en ilegales, injustas o arbitrarias las actuaciones de mi representada, tampoco la decisión del Juez de control de garantías de imponer medida de aseguramiento de detención en su contra.

Al efecto, la H. CORTE CONSTITUCIONAL, mediante SENTENCIA SU-072/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, ha señalado que la responsabilidad del Estado, materia de *privación de la libertad*, no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (objetivo o subjetivo), dado que éste debe obedecer a las particularidades de cada caso, y que definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible, a partir de un título de imputación objetivo, cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio *in dubio pro reo*-, incluso en otros eventos, como por ejemplo, **cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva**, el Estado debe ser condenado de manera automática, sin que medie un

---

1. (pie de página de la cita) Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, El Poder Judicial, Madrid, Edit. Tecnos, 1986. P. 358

análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, ello transgrede el precedente constitucional, con efecto *erga omnes*, fijado en la sentencia **C-037 de 1996**, acerca del debido entendimiento en los casos de *privación injusta de la libertad* y, de paso, el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cual vulnera los derechos al ***debido proceso y a la igualdad***, así como el principio de ***sostenibilidad fiscal***.

Por ello, en la sentencia en comento se insta al juez administrativo que con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice, la ***conducta de la víctima*** es un aspecto que se debe valorar, si tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, esto es, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

En igual sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA-, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante Sentencia de Unificación 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) proferida el quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), señaló que cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el ***hecho no existió***, que ***el sindicado no cometió el ilícito*** o que ***la conducta investigada no constituyó un hecho punible***, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio ***in dubio pro reo***, ***será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño, entendido como aquel que el administrado no se encuentra en el deber de soportar***; por lo tanto, se exhorta al juez administrativo verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad, ***visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, actuó con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva***.

En el anterior sentido, ya el Honorable Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la 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 indubio 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.** (Subrayo y resalto)

**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 indubio 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).

## **2-. Falta de legitimación material en la causa por pasiva de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Acerca de la naturaleza de la detención preventiva, cabe señalar que se trata de un acto eminentemente de **carácter jurisdiccional** y que su imposición solo es procedente para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual, o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

Conviene reiterar que en el **Sistema Penal Oral Acusatorio**, la facultad de postulación de la medida de aseguramiento por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es **limitada**, primer lugar, porque **NO** es una atribución que le sea **exclusiva** y, en segundo término, tampoco su solicitud es **suficiente** o **determinante** para que el Juez con función de Control de Garantías la imponga.

Prueba de lo anterior es que, según el artículo 306 de la Ley 906 de 2004, **también la víctima o su apoderado pueden solicitar al Juez de Control de Garantías la imposición de la medida de aseguramiento, en los eventos en que ésta no sea solicitada por el Fiscal.**

Incluso, dispone el citado artículo que **“...el juez valorará los motivos que sustentan la no solicitud de la medida por parte del fiscal, para determinar la viabilidad de su imposición”**. (Subrayo y resalto)

Por lo tanto, las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN **NO** son determinantes para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, **TAMPOCO** influyen la decisión del Juez de Control de Garantías quien, con base en los EMP o EV y la información legalmente obtenida, en todo momento decide de manera autónoma e independiente, por lo cual en el presente caso falta el NEXO CAUSAL de las actuaciones de mi representada, con el *daño antijurídico* reclamado en la presente demanda.

Cabe señalar que en el anterior sentido, recientemente, el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”, CONSEJERO PONENTE: RAMIRO PAZOS GUERRERO, mediante sentencia proferida **el ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020)**, dentro de la acción de REPARACIÓN DIRECTA con Radicación: 20001233100020120017701 (48737), Demandante: RAFAEL AUGUSTO BILLAR LASTRA Y OTROS. Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONALFISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN- RAMA JUDICIAL, en torno a la restricción de la libertad, precisó que la Ley 906 de 2004 consagró una solicitud de imposición de medida de aseguramiento procedente del fiscal, dotada de los elementos necesarios para darle sustento a su necesidad y urgencia, sometida a consideración del juez con funciones de control de garantías (Artículo 306).

Así mismo, agrega que a la autoridad judicial compete finalmente decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva, y a su vez 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 y 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia” (Artículo 308).

Por lo tanto, referente a la Entidad a quien se le imputa el daño antijurídico, considera la Honorable Corporación, en la providencia en comento, resalto y subrayo, **que si bien la privación de la libertad surge con ocasión de la solicitud formulada por la Fiscalía y de los elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, corresponde al juez con función de control de garantías decidir su procedencia.**

Por lo tanto, concluye que en eventos, tales, como el acá descrito, subrayo y resalto, **el juez accedió a la imposición de la medida de aseguramiento generadora del daño que en sede de reparación directa se reclama y en tal sentido resulta imputable a la actuación de la Rama Judicial el daño antijurídico.**

En el anterior sentido, recientemente ya 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, cuando al respecto expresó:

(...)

*A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal<sup>2</sup> establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.** Subrayo y resalto)*

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

*Ahora, descendiendo al caso concreto, se colige que, en efecto, **la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor John Carlos Peña Vizcaya se profirió en el marco de las competencias asignadas a los Jueces de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio, circunstancias frente a las cuales no resultó determinante la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues su intervención se limitó a pedir que se decidiera sobre la procedencia de la aprehensión y la emisión de sentencia condenatoria, obligaciones que recaían en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado frente a casos como el analizado, esto es, en aquellos en los que se vulneran los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal - Ley 599 del 2000.** (Subrayo y resalto)*

**De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección, no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, le son imputables a la Rama Judicial, lo que**

---

<sup>2</sup> Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

"ARTÍCULO 306. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. "Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión. "La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia" (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente".

**impone la modificación de la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere.**  
(Subrayo y resalto)

En consecuencia, en el sistema penal oral acusatorio las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, salvo los casos de falta o falla, no pueden ser consideradas como la **CAUSA ADECUADA o EFICIENTE** en la producción del *daño antijurídico* reclamado, porque tal y como lo ha señalado el Honorable Consejo Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia de 18 de octubre de 2000, Radicado número: 11981; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Actor: María Celeny Zapata Zapata y otros, pues, con ello se estaría dando aplicación a la **“teoría de la equivalencia de las condiciones”**, la cual ha sido desechada por la doctrina y la jurisprudencia para establecer el nexo de causalidad, por su inaplicabilidad práctica, **“ ..pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito ”**.

Emerge de lo expuesto, que si bien la Fiscalía interviene en la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento, carece dicha actuación de relevancia fáctica y jurídica para determinar la causa jurídica del perjuicio reclamado.

En efecto, según la doctrina y la jurisprudencia, **“...Para suavizar este criterio -“teoría de la equivalencia de las condiciones”-, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada (subrayo y resalto), según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido(subrayo y resalto); esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante (subrayo y resalto) es la que ha podido producir el daño...”** (Nota original de la sentencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2a edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.)

En el anterior orden de ideas, en materia de responsabilidad extracontractual de mi representada, además del el daño y el hecho generador del mismo, se requería establecer una causalidad **necesaria y eficiente** en sus actuaciones que permitiera imputar el daño a la conducta (acción u omisión) de sus agentes. No obstante, si no es posible encontrar esa relación mencionada, así haya falla, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.

Cabe destacar que en materia de relación causal la ley no establece presunciones legales respecto de las cuales, probado el hecho se pueda inferir la **causalidad adecuada**, tampoco fija los conocimientos del juez que sobre la realidad lo autorizan para deducir con certeza el **nexo de causalidad eficiente y determinante**.

Por lo tanto, el **nexo de causalidad** debe ser probado en todos los casos por quien ejerce el derecho de acción, lo anterior, de manera independiente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa o en alguna de las especies de responsabilidad objetiva.

Por lo expuesto, en el caso concreto no se demuestra alguno de los presupuestos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III) denominados ***Error jurisdiccional (art. 67) o Privación injusta de la libertad (art. 68)*** para atribuir responsabilidad administrativa en cabeza de mi representada, porque, como arriba se explica, en el sistema penal oral acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, de manera general, **la Fiscalía General de la Nación carece de facultad jurisdiccional dispositiva acerca de la libertad de las personas.**

En el anterior sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., mediante Sentencia de 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:

“

(...)

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

*En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002<sup>3</sup> y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento<sup>4</sup>, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, prevé:*

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

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

*"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal<sup>5</sup>, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.*

*"El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función (...)" (Se destaca).*

**En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem<sup>6</sup>.** (Subrayo y resalto)

<sup>3</sup> De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional M.P.

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

<sup>4</sup> De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.

<sup>5</sup> Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde "[solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas".

<sup>6</sup> "ARTICULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda ya detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal<sup>7</sup> establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento. (Subrayo y resalto)

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

Ahora, descendiendo al caso concreto, se colige que, en efecto, la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor John Carlos Peña Vizcaya se profirió en el marco de las competencias asignadas a los Jueces de Control de Garantías dentro del Sistema Penal Acusatorio, circunstancias frente a las cuales no resultó determinante la actuación de la Fiscalía General de la Nación, pues su intervención se limitó a pedir que se decidiera sobre la procedencia de la aprehensión y la emisión de sentencia condenatoria, obligaciones que recaían en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado frente a casos como el analizado, esto es, en aquellos en los que se vulneran los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal - Ley 599 del 2000. (Subrayo y resalto)

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

Así las cosas, sostengo la ausencia del **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y con el daño antijurídico reclamado en la demanda, pues en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero, **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

---

"1. Riesgo inminente de que la persona se oculte, se fugue o se ausente del lugar donde se lleva a cabo la investigación.

"2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

"3. Peligro para la seguridad de la comunidad o de la víctima en cuanto a que, si no es realizada la captura, el indiciado realice en contra de ellas una conducta punible.

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

<sup>7</sup> Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

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

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

"La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia' (Declarada condicionalmente exequible, mediante sentencia C-209 del 21 de marzo de 2007, "en el entendido de que la víctima también puede acudir directamente ante el juez competente a solicitar la medida correspondiente".

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, ejerce control de legalidad previo y posterior 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 consecuencia, le corresponde al señor Juez de Control de Garantías examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, son o no **LEGALES**; por otro aspecto, si son o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si son 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.

De lo anterior surge que, actualmente, bajo el esquema del procedimiento penal oral acusatorio contemplado en la Ley 906 de 2004, **A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO LE INCUMBE DECIDIR SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, PUES, SÓLO LE CORRESPONDE SU POSTULACIÓN ANTE AL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, INDICANDO LA PERSONA, EL DELITO, LOS ELEMENTOS DE CONOCIMIENTO NECESARIOS PARA SUSTENTAR LA MEDIDA Y SU URGENCIA, LOS CUALES SE EVALÚAN EN AUDIENCIA, PERMITIENDO A LA DEFENSA EJERCER EL CONTRADICTORIO.**

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

Lo anterior, porque es el Señor Juez de Control de Garantías quien debe valorar, analizar y decidir las medidas en el curso del proceso, incluida aquella que dispone la privación de la libertad de las personas, labor esta que efectúa de manera autónoma, imparcial e independiente.

Valga señalar que los anteriores planteamientos fueron acogidos por el H. CONSEJO DE ESTADO desde la Sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. Doctor Hernán Andrade Rincón, al señalar:

*(...) 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 las 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**” (negrilla cursiva y subrayado fuera de texto)

También el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C”, MP. Doctora, MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO, dentro del proceso 110013336714201400038-01, el 7 de Junio de 2017, mediante sentencia de segunda instancia, en un caso similar, sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la fiscalía General de la Nación, consideró:

“(…)

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

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

*“De cara al nuevo sistema no podría tolerarse que la Fiscalía, a la cual se confiere el monopolio de la persecución penal y por ende, con amplios poderes para dirigir y coordinar*

la investigación criminal, pueda al mismo tiempo restringir, por iniciativa propia, derechos fundamentales de los ciudadanos o adoptar decisiones en torno de la responsabilidad de los presuntos infractores de la ley penal, pues con ello se convertiría en árbitro de sus propios actos.

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

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

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

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

La H. Corte Constitucional, sobre la institución del señor Juez Con funciones de Control de Garantías, en la Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, expresó:

**(...) "En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos (subrayo). En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal (subrayo). En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso.** (subrayo y resalto).

**Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de**

**garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...)”**(subrayo y resalto).

Valga referir las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido señaladas 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 (...)*”.

Conforme a lo anterior, en el sistema penal oral acusatorio, 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 y, en este caso, en especial, de las víctimas.

No obstante, reitero, **CARECE** la Fiscalía General de la Nación de **capacidad dispositiva** para afectar la libertad de las personas, y **su facultad de postulación NO ES VINCULANTE para el Juez**, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente.

Desde la anterior perspectiva, dentro del actual procedimiento **SE INSTITUYE DE MANERA RELEVANTE LA FUNCIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, COMO EL PRINCIPAL GARANTE DE LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA LIBERTAD Y DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES DE QUIENES PARTICIPAN EN EL PROCESO PENAL, CORRESPONDIÉNDOLE A ÉL EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS RELATIVAS A LA RESTRICCIÓN DE LAS LIBERTADES Y DEMÁS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.**

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito al Señor Juez despachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

## 6. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Primer Piso del Edificio Nuevo, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, [jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co](mailto:jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co) y [antonio.valderrama@fiscalia.gov.co](mailto:antonio.valderrama@fiscalia.gov.co) . Contacto: Cel. 3112502983

Del Señor Juez,



**JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA**

**C. C. 19.390.977 Bogotá**

**Tarjeta Profesional No. 83.468 del C. S. de la Judicatura**

**CONTACTO: CEL. 3112502983**



DEAJALO21-751

Bogotá D. C., 15 de febrero de 2021

Señor Juez

**Dr. ALEJANDRO BONILLA ALDANA**

Juzgado 60 Administrativo del Circuito de Bogotá

Sección Tercera

**Expediente:** 11001334306020200020200  
**Medio de C:** REPARACIÓN DIRECTA  
**Demandado:** NACIÓN -RAMA JUDICIAL y OTRO  
**Demandante:** DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO y OTROS

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**JOSÉ JAVIER BUITRAGO MELO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.508.859 de la ciudad de Bogotá, portador de la tarjeta profesional de abogado No. 143.969 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando para los efectos del medio de control indicado en la referencia, en condición de apoderado de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, según poder otorgado por la Directora de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, quien tiene delegada la función de representación judicial y extrajudicial de la entidad, conferida mediante Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, de manera respetuosa procedo de conformidad, a la contestación de la demanda, previa presentación del caso y con fundamento en los argumentos que en correspondiente acápite se expondrán:

**SINOPSIS DEL CASO**

Pretende la parte actora le sean resarcidos los perjuicios de toda índole que estima le fueron ocasionados al núcleo familiar en extenso del señor DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO, predicando los títulos de imputación de error judicial respecto a la sentencia condenatoria de primera instancia, defectuoso funcionamiento endilgando mora y privación injusta por el tiempo que estuvo privado de la libertad; lo anterior habida cuenta del proceso penal que en etapa de investigación varió al radicado

9100161000002017000001, conocido en primera instancia por el Juzgado 2º Promiscuo de Leticia y en segunda por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, la cual revocó la sentencia con fundamento en la duda probatoria..

## I. SOBRE LOS HECHOS

Vista la presentación del caso, en cuanto a los hechos constitutivos de la demanda, este extremo demandado se atiene a aquellos que estén probados, de conformidad con el artículo 166 del C.P.A.C.A. según el cual *“El demandante deberá aportar con la demanda todas las pruebas documentales que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso”*. En tal sentido, la RAMA JUDICIAL únicamente tendrá por ciertos los hechos referentes a las actuaciones correspondientes a las autoridades Judiciales que conocieron del referido proceso penal, siempre que de ellas se hubieren allegado las copias pertinentes, carga del actor.

En consonancia con lo anterior, en cumplimiento de la normativa procesal, a efectos de facilitar la fijación del litigio, con fundamentos en las documentales puestas a disposición, manifestamos respecto al acápite de **HECHOS Y OMISIONES** contenido en el libelo: 1 no nos consta; del 2 al 12 son ciertos; 13 parcialmente cierto, en tanto contempla una apreciación subjetiva; 14 es cierto; 15 no es cierto, es una apreciación subjetiva de que fue *un proceso sin pruebas por parte de la Fiscalía*, en tanto la misma alzada refirió y desestimó otros medios de prueba; 16 en tanto hace un señalamiento puntual contra la Fiscalía, será a tal entidad a la que le corresponderá pronunciarse; 17 no es cierto, no se configuró un error judicial, frente a un proveído que fue apelado, cuya alzada brindó una diferente valoración probatoria; en cuanto a los literales que disgrega advertimos a evidencia una diferente apreciación probatoria, b consecuencia de lo anterior, el juez de instancia al condenar, tuvo un conocimiento más allá de cualquier duda, c no es cierto que se haya desconocido el principio de la sana crítica, d e f g y h son apreciaciones que presenta el actor, frente a las cuales no podemos dejar pasar por alto la manifestación de amenaza, a la que aludió la víctima del atraco, i no entendemos la relevancia de acreditar la tenencia frente al hurto, j la apreciación del acervo fue en su conjunto; 18 es cierto; 19 y 20 no nos constan; 21 no es cierto, no encontramos solicitudes de permiso para trabajar; 22 no nos consta, el proceso si tuvo pruebas; 23 no se presentó mora, en tanto el proceso fue resuelto dentro de la posibilidad que brinda el volumen a cargo del despacho; 24 aun cuando el señalamiento es directo frente a la Fiscalía, no es cierto el señalamiento de falso positivo; 25 en principio no nos consta, que dicha información fuere dada por los organismos de investigación; 26 al 28 no nos constan, respecto a la hemorroides nos atenemos a la literalidad de la historia médica aportada.

## II. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Realizada la presentación del caso y pronunciamiento frente a la factual contenida en la demanda, la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL**, **se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda**, cuyo objeto es que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la entidad que represento por el presunto daño antijurídico que indica le fue irrogado al núcleo familiar en extenso del señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO**, como consecuencia de los supuestos “*error judicial*”, “*defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*” y “*privación injusta de la libertad*”, con ocasión a la vinculación al proceso penal referido, por parte del citado.

La anterior oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda por cuanto en criterio de este extremo demandado no se configuran los presupuestos de hecho o Derecho, con base en las cuales surja para **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**, la responsabilidad administrativa de resarcir daño alguno a la parte actora, por lo que desde este momento ruego de manera respetuosa a su Despacho se absuelva de todo cargo a la Entidad que represento, declarando, si hay lugar a ello, probadas las excepciones que se propongan y las demás que de conformidad con el artículo 187°, inciso 2, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, resultaren acreditadas en el debate judicial que nos concita.

## III. RAZONES DE LA DEFENSA

No es dable una declaratoria de responsabilidad frente a mi representada, en tanto, no se configuraron los elementos estructurantes de los títulos de imputación alegados, es así como no es predicable un error judicial frente a una sentencia de primera instancia, cuando la misma fue apelada y revocada en segunda instancia; tampoco un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia cuando los proveídos fueron dictados en tiempos razonables; en cuanto a la privación injusta de la libertad, con mayor detenimiento habrá de analizarse el fundamento tanto de la medida de aseguramiento como de la sentencia condenatoria de instancia, encontrando al respecto que la medida de aseguramiento fue dictada al encontrar el Juez en Función de Control de Garantías, de los elementos probatorios ab initio, puestos a disposición por parte de la Fiscalía General de la Nación, que emergía una **inferencia razonable** de responsabilidad penal respecto al multialudido DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO, teniendo como referente principal la denuncia presentada por MARLIN SOLEZ TORRES, en la cual señalaba e identificaba directamente a DUWER como uno de los miembros del grupo que la asaltó; ahora bien en lo que tiene que ver con la apreciación probatoria de la sentencia condenatoria, encontramos que por parte del Juez de Conocimiento, **de manera válida**, se realizó un análisis en conjunto del acervo recaudado, el cual lo llevó a superar toda duda respecto a la participación de DUWER ANTONIO frente al ilícito denunciado, apreciación probatoria que por parte del superior y en ejercicio de la autonomía judicial no fue compartida, señalando duda probatoria, la cual en desarrollo del principio del indubio pro reo, tenía que resolverse en favor de

DUWER ANTONIO, sin que significare por tanto y perse la configuración de una privación injusta de la libertad.

Planteamientos que desarrollamos con la presentación del siguiente marco teórico:

Respecto a la privación injusta, resulta pertinente destacar que la cláusula general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, del cual se puede concluir que para que se estructure la responsabilidad por parte del estado, **debe existir un daño antijurídico** y que este pueda ser atribuible a una Autoridad por acción u omisión<sup>1</sup>.

En desarrollo del precepto constitucional citado, la Ley Estatuaria 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrando la posibilidad de que quien sufra este daño, puede demandar al Estado la indemnización de perjuicios<sup>2</sup>.

Aunado a lo anterior, y tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, es preciso establecer que el régimen para atribuir responsabilidad a las autoridades con ocasión del daño sufrido por privación injusta de la libertad puede ser el modelo de responsabilidad subjetiva. Así lo señaló la Corte Constitucional en ejercicio de sus funciones de control previo y automático sobre el proyecto de la Ley Estatutaria citada anteriormente. Al respecto este Alto Tribunal manifestó:

*“... 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.**”<sup>3</sup>*

<sup>1</sup> Artículo 90 Constitución Política: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

<sup>2</sup> Ley 270 de 1996. Art. 68: “Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 037 de 1996 M. P. Dr.: Vladimiro Naranjo Mesa. En previos pronunciamientos de esta misma Corporación, se ha establecido que el artículo 90 constitucional permitía la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad, basado en la culpa: “A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por

En este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional en el año 2018 concluyó que tratándose de la responsabilidad del Estado por privación injusta de libertad, el régimen que se puede aplicar es el de responsabilidad subjetiva. Esto por cuanto al hacer una interpretación de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado no se puede descartar la aplicación de dicho régimen: *“De la misma forma, se anota que la Corte y el Consejo de Estado comparten dos premisas: la primera, que la responsabilidad del Estado se deduce a partir de la constatación de tres elementos: (i) el daño, (ii) la antijuridicidad de este y (iii) su producción a partir de una actuación u omisión estatal (nexo de causalidad). La segunda, que el artículo 90 de la Constitución no define un único título de imputación, lo cual sugiere que tanto el régimen subjetivo de la falla del servicio, coexiste con títulos de imputación de carácter objetivo como el daño especial y el riesgo excepcional.”*<sup>4</sup>

También esta Corporación en la misma providencia destacó que se descarta que el régimen aplicable para casos de privación injusta de la libertad sea el objetivo, y que por el contrario, es el Juez, atendiendo a las particularidades del caso objeto de estudio, quien debe definir el régimen aplicable, permitiendo entre otros que se analice el dolo o la culpa en cada caso. Esto con ocasión de la aplicación del principio *iura novit curia*<sup>5</sup>:

*“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”*<sup>6</sup>

Aunado a lo anterior, otro aspecto tenido en cuenta por el Alto Tribunal citado para afirmar que tratándose de la privación injusta de la libertad es pertinente acudir o

---

*la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.”* En: Corte Constitucional. Sentencia C – 430 de 2000. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

<sup>5</sup> Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional de la siguiente manera: *“El principio iura novit curia, es aquel por el cual, corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes, constituyendo tal prerrogativa, un deber para el juzgador, a quien incumbe la determinación correcta del derecho, debiendo discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente, la realidad del hecho y subsumiéndolo en las normas jurídicas que lo rigen.”* En: Corte Constitucional. Sentencia T – 851 de 2010. M. P. Dr.: Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

aplicar el régimen subjetivo de responsabilidad consisten en primer lugar en determinar que el *nomen iuris* del título de imputación denominado “*privación injusta de la libertad*”, trae en su contenido el vocablo “*injusta*”, lo cual permite colegir que para atribuir responsabilidad al Estado por esta causa, el Juez debe terminar que la decisión sea desproporcional o irrazonable, antes claro está, de verificar que la decisión sea ajustada al ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto. Sobre este particular afirmó:

*“En el caso de la privación injusta de la libertad la Corte, ciñéndose exclusivamente al texto normativo y teniendo en cuenta las dos premisas señaladas, esto es, que el artículo 90 de la Constitución no define un título de imputación y que, en todo caso, la falla en el servicio es el título de imputación preferente, concluyó en la sentencia C-037 de 1996 que el significado de la expresión “injusta” necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho.”*<sup>7</sup> (negrilla fuera de texto)

Dicha proporcionalidad y razonabilidad puede verificarse según lo dispuesto en las normas de la Ley 906 de 2004, según las cuales, para la imposición de la medida de aseguramiento privativa de libertad se deben cumplir o acreditar con una serie de requisitos tales como la inferencia razonable, y que la misma se muestre como necesaria para evitar la obstrucción de la justicia, que el imputado constituya un peligro para la comunidad o la víctima y/o que el imputado no vaya a comparecer al proceso o al cumplimiento de la sentencia.<sup>8</sup>

Dicho lo anterior, la Corte Constitucional ha concluido que no basta con verificar la causalidad en relación con aspectos de privación injusta de libertad, sino que además es deber el fallador verificar la proporcionalidad y razonabilidad de la medida restrictiva de la libertad impuesta. En tal sentido se destaca:

*“Retomando la idea que se venía planteando, tenemos que el juez administrativo, al esclarecer si la privación de la libertad se apartó del criterio de corrección jurídica exigida, debe efectuar valoraciones que superan el simple juicio de causalidad y ello por cuanto una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, sustento normativo de la responsabilidad del Estado en estos casos, impone considerar, independientemente del título de atribución que se elija, si la decisión adoptada por el funcionario judicial penal se enmarca en los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad.”*<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

<sup>8</sup> Ley 906 de 2004. Artículo 308

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

De cara a lo anterior, resulta pertinente destacar lo que la Corporación en cita manifestó en relación con la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, lo cual implica en el ámbito penal que para proferir una condena se debe llegar a un grado de conocimiento más allá de toda duda, y si esta persiste y no es superada, el Juez de Conocimiento debe emitir absolución en favor del procesado, pues se mantiene incólume la presunción de inocencia.

Se advirtió por parte de la Corte que, en este tipo de casos, cuando hay imposición de medida de aseguramiento, pero absolución en aplicación del principio *in dubio pro reo*, la responsabilidad del Estado no opera de forma automática o/y objetiva, y esto se explica ya que en este tipo de casos la labor del Ente Acusador y del Juez de Conocimiento se torna más compleja de discernir. Esto por cuanto la Corte reconoce que, conforme al esquema procesal vigente, el mismo se adecua a una serie de principios tales como los de inmediación, contradicción, oralidad, entre otros, y que también la facultad de investigar y juzgar se encuentra en diferentes Instituciones. De allí que, a manera de ejemplo, al no existir en este esquema procesal lo que anteriormente se conocía como permanencia de la prueba, solamente en juicio oral al momento de practicarse las pruebas se puede determinar si el testigo miente, se contradice o si por el contrario dice la verdad y ayuda a soportar una teoría de caso. Esto implica que la valoración que hace un juez de garantías respecto de los elementos materiales probatorios es diferente a la que hace el Juez de Conocimiento para emitir fallo condenatorio o absolutorio. En este sentido menciona la Corte:

*“Téngase en cuenta, por ejemplo, que en el esquema procesal penal anterior al actual el Fiscal tenía la posibilidad de interactuar de manera más directa con la prueba; sin embargo, una vez se expide la Ley 906 de 2004, el protocolo procesal e investigativo cambió trascendentalmente de tal manera que **la inmediación probatoria queda como asunto reservado al juez de conocimiento y, en ese orden, una investigación que en principio parecía sólida, podría perder vigor acusatorio en el juicio oral.***

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

**Es incuestionable, entonces, que solo ante la contradicción en el juicio oral se puede evidenciar que los testimonios, las pericias y los demás tipos de prueba obtenidos por el Estado tenían fallas o admitían lecturas contrarias.**<sup>10</sup>

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad<sup>11</sup>. Al respecto se ha mencionado:

*“El natural estado de inocencia del que goza toda persona trae aparejada la exigencia de que para que se pueda originar en su contra un proceso penal deban existir ciertos elementos probatorios que conmuevan esa posición. Debe surgir cierta “sospecha” en su contra. Mas adelante, para poder formular acusación, es necesaria la “probabilidad” de que el hecho se haya cometido y que el imputado haya tenido participación en él. Sólo así será factible que el proceso continúe su secuela progresiva, requiriéndose que ese nivel de probabilidad se mantenga a la hora de elevar la causa a juicio, el que, una vez agotado, sólo podrá dar lugar a una sentencia condenatoria si existe la “certeza” sobre aquellos extremos. Se advierte entonces que la gestación y progreso paulatino del proceso penal únicamente pueden tener lugar cuando el grado de conocimiento del juez con relación al hecho y a la individualización de sus partícipes vaya aumentando, teniendo como sustento objetivo las pruebas reunidas en él. Para superar las distintas etapas se requieren específicos grados intelectuales en ese sentido.”*<sup>12</sup>

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el *sub examine* se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal.

En eventos en los cuales al procesado se le haya impuesto una medida de aseguramiento privativa de la libertad y posteriormente sea absuelto en aplicación del principio *in dubio pro reo*, se debe hacer por parte del Juez de la causa la verificación de los criterios arriba expuestos, pues tal como se manifestó por el Corte Constitucional, tanto la medida como la sentencia de fondo corresponden a dos escenarios diferentes donde no se le puede exigir al Juez Penal el mismo criterio de valoración probatoria.

No obstante puntualizar la demanda que la privación injusta de la libertad de la medida de aseguramiento, dado el alcance en nuestro criterio equivoco, que pretende el actor

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU – 072 de 2018. M. P. Dr.: José Fernando Reyes Cuartas

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de octubre de 2019. Rad.: 53440. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar

<sup>12</sup> Jauchen, Eduardo. Proceso penal. Sistema acusatorio adversarial. Buenos Aires. Editorial Rubinzal – Culzoni. 2015. Pág.: 297 – 298.

**en cuanto a la absolución en virtud del principio del in dubio pro reo, insistimos la absolución fue por duda, no porque se haya establecido inocencia,** estimamos corresponde correspondiente referencia:

## **DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO***

El Tribunal Superior de Cundinamarca emitió fallo absolutorio por aplicación del principio *in dubio pro reo*. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU 072 de 2018 manifestó:

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

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

(...)

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

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

(...)

*Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial-- del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de*

*atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”*

De otra parte, la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha afirmado que la aplicación del principio *in dubio pro reo* no se equipara con la inocencia del procesado, sino que simplemente no se llegó a un convencimiento más allá de toda duda, con base en las pruebas practicadas. Al respecto ha señalado el Alto Tribunal:

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipársele con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA para que se dictara sentencia condenatoria...**”<sup>13</sup>*

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer **que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio**. En efecto, no se descartó la materialidad de la conducta, pues se acreditó efectivamente la existencia e incautación de los estupefacientes y de hecho hubo un condenado, **solamente que, debido a la insuficiencia de la Fiscalía en la actividad probatoria, no se pudo llegar a un conocimiento más allá de toda duda** sobre la responsabilidad penal del aquí demandante principal.

Razones por las que se considera que el **daño que alega el extremo demandante no tiene la calidad de antijurídico**, pues, tanto la decisión de privar preventivamente de la libertad al imputado, la decisión de condena en primera instancia, así como como la sentencia absolutoria por parte del Tribunal fueron consecuencia del agotamiento de los procedimientos y requisitos, tanto constitucionales, como legales, que la permiten y legitiman, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y en procura de unos fines superiores en los que prevalece el interés general, por ende, **se trató de un daño jurídicamente permitido**.

---

<sup>13</sup> Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.

De otra parte, en cuanto a la sentencia que **en sede de segunda instancia** profirió la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, que modificó la sentencia apelada, en el sentido de absolver al señor **DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO** en aplicación del principio in dubio pro reo, debe precisarse que no por ese sólo hecho, la privación de la libertad del hoy actor se torna automáticamente en injusta. Ello es la expresión de **la diversidad de criterio jurídico entre una y otra instancia, es simplemente la expresión del principio constitucional de la autonomía judicial**.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

*“(PRINCIPIO DE UNIDAD DE RESPUESTA CORRECTA O DE UNIDAD DE SOLUCIÓN JUSTA) es, apenas, una aspiración de los mismos, la cual podrá, en veces, ser alcanzada, mientras que, en otras ocasiones, no acontecerá así. De ello se desprende que, ante un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables, en cuanto correctamente justificadas, pero diferentes, **incluso excluyentes o contradictorias**. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que **en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas**. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento esto es, una justificación o argumentación jurídicamente atendible, pueden considerarse incursas en error judicial”. (Subrayado fuera de texto).*

La diferencia de criterios jurídicos e interpretaciones respecto del asunto sometido a su conocimiento, existente entre las instancias en aquel proceso penal, **no necesariamente implica que la primera adolezca de un error judicial**, o que sea arbitraria o se constituya en una vía de hecho, en dicho caso lo que se presenta es una **diversidad de soluciones jurídicamente defendibles** y admisibles en la medida en que están suficientemente razonadas, con sustento fáctico y probatorio de acuerdo con las particularidades del caso presentado a su escrutinio.

Tampoco puede considerarse la existencia de un error judicial en la sentencia adversa al hoy demandante pues el **“Error Judicial” según la doctrina “no se produce como consecuencia de la simple revocación a (sic) anulación de una resolución judicial; si se considerase así todo recurso interpuesto con éxito daría lugar a un error judicial cuando, precisamente el sistema de recursos tiene por objeto evitarlo en lo posible. Esto nos lleva a aseverar que no todo error contenido en una resolución judicial constituye error judicial. El error judicial se da sólo cuando la decisión del Juzgador aparezca injustificable desde el punto de vista del derecho.**

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 hoy 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 y sentencias condenatorias 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.

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

Como se ha expuesto, considera esta parte demandada que en el presente asunto se configuran las excepciones denominadas:

##### 4.1.- 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 a la parte actora, **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.

Dicha situación se encuentra conforme con lo dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la

Constitución Política<sup>14</sup>, autoriza la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que resulta procedente, de forma excepcional, la privación de la libertad como medida cautelar. Es decir, se encuentra ajustado a los instrumentos internacionales que protegen derechos humanos que un Estado pueda privar de la libertad a una persona de forma preventiva:

*“ 69. En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general.*

*70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.”<sup>15</sup>*

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado que bajo los presupuestos de la Constitución existen privaciones de la libertad que resultan legítimas en el marco de un proceso penal. En decisión de constitucionalidad del año 2016 resaltó lo siguiente:

*“No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la libertad personal no es absoluto sino que se está sujeto a privaciones y restricciones temporales. Las privaciones legítimas a la libertad son llevadas a cabo por esencia en el marco del proceso penal, bajo la forma de sanciones contra el acusado, como consecuencia de su declaratoria de responsabilidad penal. Sin embargo, también en el trámite de la actuación el Estado puede afectar la libertad personal a través de decisiones cautelares, denominadas medidas de aseguramiento, transitorias, decretadas con fines preventivos.*

*Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como*

<sup>14</sup> ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.**

<sup>15</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. INFORME No. 86/09 CASO 12.553 FONDO JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY 6 de agosto de 2009. Misma posición descrita en las siguientes decisiones: Corte I.D.H., Caso López Álvarez. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C Nº 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C Nº 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párrafo 77.

*producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”<sup>16</sup>*

Bajo la Constitución la normatividad procesal vigente es al Juez de Control de Garantías al que le corresponde decidir sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento. Para establecer si el daño causado al demandante es de carácter antijurídico, se hace necesario precisar cuál es el rol o función del Juez de Control de Garantías dentro del sistema penal acusatorio regulado por la Ley 906 de 2004 y el juez de conocimiento.

#### **4.2. DE LA FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**

Tratándose de casos como el presente, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal (Art, 250 Constitución Política) y en consecuencia es esta institución a través de sus delegados quien tiene la facultad de investigar, recaudar elementos materiales probatorios e imputar y solicitar medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías, así como en la etapa de conocimiento acopiar las pruebas que sustenten la determinación del Juez al momento de dictar sentencia.

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía General de la Nación posiblemente incurrió en errores los cuales llevaron a la absolución del demandante principal. Lo que debía hacer la Fiscalía a través de sus representantes era realizar las respectivas labores de investigación para poder obtener material probatorio sólido y suficiente que permitiera al Juez de Conocimiento obtener un grado de convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado.

Conforme a lo anterior se colige que la **Fiscalía General de la Nación** siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma. De manera que siendo del Ente Acusador la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal con elementos materiales de prueba admisibles y con el poder suasorio suficiente, también al no cumplir con esta carga ni desarrollar de manera idónea la practica probatoria, se puede atribuir la responsabilidad a esta Institución, de no lograr probar sus propias pretensiones por los mismos errores en que incurrió. Se puede evidenciar el desconocimiento del principio de progresividad en el caso concreto, pues antes de realizar los actos procesales de imputación, acusación y petición de condena en juico oral, la Fiscalía debió examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia.

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.

#### **4.3.- HECHO DE UN TERCERO**

Encontramos de manera relevante que el aparato estatal se activó con la denuncia presentada por MARLIN SOLEZ TORRES SUÁREZ, en la cual señaló de manera directa la participación de DUWER ANTONIO GUERRA GALDINO, identificándolo como uno de los integrantes del grupo de asaltantes del cual fue objeto, en tal sentido hallamos que la causa eficiente del daño que se dice ocasionado, lo encontraríamos en tal denuncia instaurada por la citada MARLIN SOLEZ TORRES SUÁREZ

#### **4.4 LA INNOMINADA**

De conformidad con el Artículo 187, inciso 2º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito de manera respetuosa a su Señoría se declare cualquier otra excepción que encuentre probada en el curso del proceso.

### **V. PRUEBAS**

Solicito a su Señoría decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes y tener como tales la documental que fue aportada con el escrito mediante el cual se promovió el presente medio de control.

A efectos de desvirtuar la presunción respecto a la afectación del entorno familiar en extenso, mediante derecho de petición se solicitó al INPEC certificara las visitas que tuvo el entonces investigado hoy demandante en el centro penitenciario de Leticia, en caso de que no sea posible que sea allegada durante el traslado para la contestación, comedidamente solicito al despacho su decreto y correspondiente requerimiento del cual me encargaré tramitar.

### **VI. PETICIONES**

#### **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.

## VII. NOTIFICACIONES

En consonancia con la normativa vigente, autorizo expresamente ser notificado en los correos electrónicos: [deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co](mailto:deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co) y [jbuitram@deaj.ramajudicial.gov.co](mailto:jbuitram@deaj.ramajudicial.gov.co)

De acuerdo con las documentales obrantes, las demás partes en los correos: [balkisrivera@gmail.com](mailto:balkisrivera@gmail.com); [jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co](mailto:jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co); [procjudadm79@procuraduria.gov.co](mailto:procjudadm79@procuraduria.gov.co);

Con respeto, del Señor Juez



**JOSÉ JAVIER BUITRAGO MELO**  
C. C. 79.508.859 de Bogotá  
T. P. No. 143.969 del C.S.J.  
Móvil 3134998954