



Honorable Juez(a)
JUZGADO SEXTO (6º) ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Atte. Dra. MARIA CLAUDIA VARONA ORTIZ
E. S. D.
Popayán Cauca

Ref.: CONTESTACIÓN DEMANDA
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Proceso No.: 2019 00190 00
Actor: JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ y otros
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO(S)

170

Página 1 de 70
Rad. 2019 00190 00
JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO
POPAYAN - CAUCA

RECIBIDO

HORA 9:11 AM
FECHA 29 ENE 2020
RECIBIÓ [Firma]

ELIER ERNEY CASTILLO CARDENAS, mayor, domiciliado en la ciudad de Popayán, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.480.196 expedida en Santander de Quilichao Cauca, , con Tarjeta Profesional número 140.187 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Nit. 800.152.783-2**, de conformidad con el poder que adjunto con sus respectivos anexos, con todo respeto y oportunamente, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** que concita el asunto *sub examine*, así:

A. OPORTUNIDAD

Presento la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, dentro del término establecido en el Artículo 175 del C.P.A.C.A.

B. FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS

Al **hecho primero (1º) al segundo (2º)**, de la demanda, me atengo a lo que resulte plenamente probado dentro del proceso de la referencia, habida cuenta que al estar directamente relacionados estos hechos con el **ámbito personal** del demandante y su núcleo familiar, **no le consta a la Fiscalía General de la Nación**; ahora bien, esto deberá ser debida y legalmente acreditado dentro del proceso.

Al(os) **hecho(s) tercero (3º) a los hechos décimo sexto (16º)**, de la demanda, la Fiscalía General de la Nación se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso de referencia, puesto que son circunstancias que precisamente se encuentran íntimamente relacionados con los hechos que dieron lugar al inicio del presente **medio de control** y por ende deben ser objeto de revisión por su Agencia Judicial; adicionalmente, estos deben ser debida y legamente probados en el desarrollo del mismo, estudiando si son justificantes de la iniciación de la presente reparación directa.

Al(os) **hecho(s) décimo séptimo (17º)**, NO es un hecho, es un requisito de procedibilidad de la demanda (agota conciliación pre- judicial ante Procuraduría).

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Calle 3 No.2-76
POPAYAN

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
elier.castillo@fiscalia.gov.co
www.fiscalia.gov.co

Al(os) **hecho(s) décimo octavo (18º)**, de la demanda, no es un hecho de la demanda, el poder es un anexo al tenor del artículo 84 del Código General del Proceso.

C. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Manifiesto mi oposición a todas las pretensiones de la demanda, y de una vez solicito a su Señoría con todo respeto, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar, como quiera que de la lectura de la demanda y de sus anexos, se evidencia que la parte demandante pretende el resarcimiento de daños que en su sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación; todo sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial, extra-patrimonial ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo más adelante como EXCEPCIONES y FUNDAMENTOS Y/O RAZONES DE DERECHO.

Igualmente, téngase en cuenta que en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues siendo una obligación del Estado, procurar la convivencia y coexistencia pacífica de sus asociados, una de las herramientas que tiene el Estado para asegurar esa coexistencia, es la posibilidad de investigar conductas, asegurar a sus presuntos responsables, en el caso de que la que se investiga en ese momento sea considerada como delito, hasta tanto exista certeza de su comisión o de la inocencia de quien era imputado. En ese orden de ideas, téngase en cuenta que en la demanda contencioso-administrativa, **en manera alguna se controvierte la posible ausencia de responsabilidad penal del demandante en otrora momento.**

Adicional a lo anterior, la cuantía establecida en la estimación razonada de la misma, a efectos del reconocimiento de perjuicios para todos y cada uno de los demandantes, resultan ser cifras caprichosas que más allá de corresponder con la realidad, resultan estructurar pretensiones desmedidas por PERJUICIOS MORALES, sin explicación alguna que las justifique.

Como también reitero a su señoría, téngase en la cuenta que, en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues la FGN cumplió dentro de los términos con su obligación legal.

De otra parte, en cuanto a los daños materiales indicados en las pretensiones, se realiza objeción a estas pretensiones, correspondiendo anotar que con la demanda se acompañan ínfimas pruebas que no acreditan totalmente estos perjuicios, lo que será objeto de análisis en esta contestación más adelante. Las pruebas aportadas no dicen corresponder con estos conceptos materiales, con lo cual, se concluye que no resulta satisfactoria la necesidad que se tiene de un razonamiento que explique sumas que aunque están indicadas como daño(s), resultan estar cuantificadas simplemente como unas cifras caprichosas, lo que deberá ser denegado, pues de accederse a este tipo de pretensiones, nos encontraríamos frente al acceso a una pretensiones sobre las cuales, no se efectuó la explicación correspondiente de manera oportuna como tampoco se acreditó en debida y/o legal forma, generando mermas en la oportunidad de controversia y por tanto en el

ejercicio del derecho a la defensa de la Fiscalía General de la Nación, como parte demandada.

Como consecuencia de lo anterior, respetuosamente se solicita que, en un eventual caso de una declaratoria de responsabilidad administrativa, ésta sea despachada de manera desfavorable la pretensión de que se oriente al reconocimiento y pago de sumas de dinero por estos conceptos.

Correlativo con lo anterior, me permito a continuación en más detalle, objetar el juramento estimatorio al siguiente tenor:

D. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

OBJECCIÓN A LA CUANTIA

Señora(a) Juez(a), el **artículo 306 del C.P.A.C.A.**, señala:

"En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"

A su turno, el **artículo 206 del Código General del Proceso**, expresa:

"Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (50%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia."

Así las cosas, tenemos:

1. RESPECTO A LOS DAÑOS MORALES:

1.1. MATRIZ PARA LIQUIDAR EL PERJUICIO MORAL SEGÚN SENTENCIA DE UNIFICACIÓN:

La cantidad solicitada está por fuera de la realidad fáctica y se extralimita de los lineamientos establecidos por el Honorable Consejo de Estado, en especial la línea

jurisprudencial que marca la Sección Tercera de esa Honorable Corporación, en sentencia de unificación jurisprudencial, con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón, del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Expediente 36.149; en virtud de la cual señaló:

"En los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Rad. No. 25.022, y se complementan los criterios allí adoptados, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de La Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Término de privación injusta en meses					
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Nótese como los demandantes, solicitan en este caso el reconocimiento por perjuicios morales un quantum por fuera de las reglas y valores expuestos en los niveles de la matriz anterior, lo cual es exagerado y desbordan los anteriores lineamientos jurisprudenciales, y siendo resultado del análisis caprichoso o a criterio propio del libelante y de su apoderado es reprochable porque se aparta de la jurisprudencia del órgano de cierre, la cual tiene poder vinculante al ser una sentencia de Unificación; por tal razón, debe ser tenida en cuenta y aplicada en todos y cada uno de los procesos que ameriten presunta reparación de procesos morales.

Del mismo modo debe entonces, con base en la referencia jurisprudencial, considerarse los grados de cada nivel de la matriz jurisprudencial para la solicitud de una presunta reparación, lo cual en el presente caso es totalmente extralimitado y desconocido por parte de la parte actora.

Por lo anterior, las pretensiones no están llamadas a prosperar.

La otra situación para analizar es que, nos preguntamos:

¿Cómo o en qué forma se afectó la moralidad de los demás demandantes con quien fue privado(a) de la libertad, toda vez que NO se acredita o el (la) privado(a) de su libertad estaba a cargo económico de las demás personas demandantes en

este proceso administrativo o convivieran o dependieran de aquel? Algo extraño e ilógico y digno de ser estudiado a profundidad.

Personas	Nombres	Observaciones
AFFECTADO	Juan Ernesto Valencia Díaz	De las ocho (8) personas naturales que obran en esta tabla incluido el Afectado, se puede argüir según la Parte Actora que siete (7) tienen dependencia directa del (afectado). Resulta contraria esta Situación, cuando el <u>señor Juan Ernesto Díaz Valencia</u> en su Declaración manifestó que era consumidor de marihuana, como más adelante se apreciara en la transcripción de los hechos que datan de 01/10/2012 hora dos (2) la tarde. Horas presuntamente laborables. El grupo de personas que presuntamente tienen la Custodia Directa de la hipotética víctima, a lo cual contaba con veinte (20) años nueve (9) meses y diecinueve (19) días, es decir, respondía por alimentos congruos de personas mayores a él como sus tías y hermanos. Es creíble que vea por su mamá, los otros gestan el beneficio de la duda.
Hermanos	Ángelo Becerra Díaz Jordán Felipe Gamboa Díaz	
Tíos	Ronaldo Díaz Viáfara Albert Díaz Viáfara Gloria Didi Díaz Larrahondo Betty Díaz Larrahondo	
Madre del Afectado	Amalfi Díaz Viáfara	

Fuente: Demanda Parte Actora – Hecho 1º.

Es así por como ejemplo y frente a algunos familiares de la parte actora principal, el Órgano de Cierre - Alto Tribunal Administrativo ha analizado los casos de los lazos de afecto existentes entre padres e hijos y aun cuando se demuestra que son hijos biológicos o familiares de consanguinidad, **no se logra probar el lazo afectivo de ayuda y de solidaridad económica, ante todo.** En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado:

*"La Sala ha razonado a fortiori para denegar perjuicios morales a favor de padres biológicos quienes **lejos de proporcionar afecto, cariño y solidaridad para con sus hijos, ven en la producción del daño una fuente de recursos económicos a favor de su patrimonio**¹. (...)"*(Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, le solicitamos al despacho, sea valorada en su justa medida para desestimar la pretensión, y de no ser cierta la información, le solicitamos adelante las

¹ Consejo de Estado, C.P ENRIQUE GIL BOTERO, 11 de julio de 2013, Radicación: 19001-23-31-000-2001-00757-01

medidas pertinentes y sea investigada la posibilidad de la incursión en una falta de corte penal por parte de la parte actora principal.

Así las cosas, en forma subsidiaria, solicito, que de ser probada la responsabilidad estatal aquí pretendida se tasen a la justa proporción, y se tenga en cuenta la concurrencia de culpas.

3.- RESPECTO DE LOS PERJUICIOS MATERIALES:

3.1-) FRENTE AL LUCRO CESANTE:

Frente a la suma de siete millones setecientos sesenta y cuatro mil seiscientos ochenta y cuatro pesos \$7.764.684 moneda legal colombiana.

Es necesario precisar que el concepto de lucro cesante fue desarrollado por el artículo 1614 del Código Civil, conforme al cual:

"Entiéndase (...) por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (subrayado propio).

Así las cosas y sobre base jurisprudencial de UNIFICACIÓN, se objetan estos perjuicios materiales a título de lucro cesante, porque fueron simplemente calculados sobre la base errada de valores, donde hace notar la cantidad establecida como un propósito a todas luces sin soportes que acrediten la citada suma aludida, en tanto que no aporta prueba CONTUNDENTE (utilidad, conducencia y pertinencia), que acredite en debida forma el desempeño de trabajo LEGAL alguno al MOMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, que acredite estos conceptos de manera clara y sólida.

Lo que se aprecia es sacar un provecho de una liquidación sobre la base de una mera **PRESUNCIÓN**, no aportando, como es deber de quien pretende una indemnización monetaria, de PROBAR lo expuesto, evidenciando con ello, que la cantidad que a propósito es EXHORBITANTE, fue resultado de la mera apreciación subjetiva de la parte actora.

No se aportó prueba idónea con la demanda que permita establecer que efectivamente para la época de los hechos objeto de investigación penal, se devengaba cierta cantidad de dinero mensual producto de un vínculo laboral o de trabajo o el desempeño de una profesión, actividad u oficio (contrato de prestación de servicios, actividad independiente o autónoma, servidor público, empleado del sector privado), que dé cuenta de dicha circunstancia. Simplemente se alude en la demanda una labor remunerada, pero al parecer no se obtiene remuneración alguna porque de ser así, se hubiera aportado al expediente prueba contundente y útil para probar tal afectación económica, y no solo se hubiera resguardado en una mera presunción.

Tampoco se tiene certeza de que se encontraban desempeñando al momento de la privación una actividad LEGAL. Por lo tanto, esperamos que esta pretensión sea desfavorablemente despachada, porque lo solicitado por éste daño material, en caso de una presunta responsabilidad administrativa, no corresponde a la verdad jurídica y probada en el proceso.

Al respecto, como se dejó sentado previamente dentro de la presunción es importante que esté probado un hecho base que es precisamente que la persona privada de la libertad **se encontraba ejerciendo una actividad lícita al momento de su privación.**

En ese sentido se tiene dos aspectos que **no se encuentran probados:**

- (i) que se encontraban laborando al momento de su detención y
- (ii) que la actividad que ejercía era legal.

Si tenemos en cuenta los fundamentos del proceso penal, surge una duda, **¿Cuál era la actividad lícita que se encontraban desarrollando al momento de la detención?**

En relación con el anterior interrogante la parte actora tenía conforme el artículo 167 del Código General del Proceso **la carga de acreditar el hecho base de la alegada presunción** y esto es, que quien se priva de su libertad se encontraban ejerciendo una actividad lícita y laboral, lo cual se reitera no se encuentra probado y mal pudiera aplicarse la presunción de que devengaban el salario mínimo si ni siquiera está probado el hecho base.

En consecuencia, Señor(a) Juez, le solicito respetuosamente que se niegue éste daño material - lucro cesante al no existir la prueba mínima de la base de la presunción, la cual es reitero, que la víctima trabajaba en un ejercicio laboral legal.

Por lo visto, le **resultó imposible probar al actor el salario, sueldo u honorarios que ganaba,** y en la demanda es importante que esté probado un hecho base, que es precisamente que el privado de la libertad se **encontraba ejerciendo una actividad lícita al momento de su privación,** lo cual tampoco acredita o prueba, conforma a la obligación del artículo 167 del C.G.P.; por lo que mal podría la presunción de que devengaba el salario mínimo si ni siquiera está probado el hecho base.

4.- RESPECTO DE LA PRETENSION DE CONDENA EN COSTAS:

La FGN sienta su desacuerdo total frente a la pretensión de condena por **COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO,** solicitándole muy respetuosamente al Honorable Juez no acceder a ella, por lo que se objeta, toda vez que no están probados los presupuestos dispuestos en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

En el presente caso la Fiscalía General de la Nación no actuó temerariamente, ni mala fe, se desarrolló conforme lo prescribe el artículo 6º de la Constitución Política, es decir, con apego al principio de legalidad y sin extralimitación de las funciones.

Con relación a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez en sentencia del 5 de agosto de 2010, señala:

"(...) CONDUCTA TEMERARIA O MALA FE EN EL PROCESO – Existencia

Son deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, y obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensa y en el ejercicio de los derechos procesales (artículo 71 del C.P.C. – numerales 1º y 2º). Se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso (artículo 74 numeral 5º ibídem)"

Por ello, respetuosamente le solicito Su Señoría de abstenerse de condenar en costas a la Fiscalía General de la Nación, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la entidad.

El H. Consejo de Estado ha señalado:

"(...) solo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas."
(Sentencia 25 de mayo de 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación N°. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN).

Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso, dan lugar a las costas.

En, el caso sub judice no se debe imponer condena en costas, pues no están acreditado los gastos procesales, además no se evidencian comportamientos procesales que ameriten una condena en tal sentido.

Sin embargo, en atención a varios pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con el artículo 188 del CPACA, es decir sin que se haya presentado una sentencia de unificación, también se ha señalado la tesis subjetiva, esto es, que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de la condena en costas en contra de la parte que ha visto frustrada sus pretensiones, para que se analice en cada caso particular si hay

lugar a imponer costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo interpretó el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, veamos:

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente Alfonso Vargas Rincón, Bogotá 22 de abril de 2015, radicación Nro. 68001233100020130007501 (1648-2014), en donde se dispuso:

"(...) la norma contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia".

Esta misma posición ya había sido expuesta por el Consejo de Estado, Sección primera, Magistrado Ponente Guillermo Vargas Ayala, en sentencia de 16 de abril de 2015, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01:

"(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...). Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide."

La posición también había sido acogida con anterioridad por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el 19 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00701-01(4583-13):

"Debe quedar claro que la referida disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de "condenar" en costas, sino la de "disponer" sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas. Bajo esta preceptiva, resulta evidente que, si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra

la previsión que antaño contenía el artículo 171 del Decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas "...teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza "automática" frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia. Esta interpretación resulta consonante con lo prevenido por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, hoy consignado en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia...", y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En síntesis, en este caso, no se encuentran elementos que acrediten su causación de acuerdo con la posición jurisprudencia vertida en la Sentencia de 7 de diciembre de 2016, Sección Cuarta del Consejo de Estado, CP Stella Jannette Carvajal Basto.

E. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRUEBAS APORTADAS Y SOLICITUD DE PRUEBAS PARA HACER VALER

Sírvase Su Señoría, tener en cuenta lo siguiente:

1. PRUEBAS QUE SE PRETENDEN HACER VALER POR PARTE DE LA FGN – PETICIÓN DE PRUEBAS CON EL OBJETO DE ACREDITAR LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN ESTA CONTESTACIÓN:

En ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, con todo respeto, la FGN solicita a Su Señoría se decrete y practique:

1.1. PRUEBA TESTIMONIAL:

- a) Con citación y comparecencia del(a) Dr(a). ANA MILENA MEJIA ECHEVERRI, Otrora Fiscal Seccional de Caloto Tambo Cauca (o quien hizo sus veces) del estudio de caso de la investigación penal 1925736000680201300067 adelantada contra el demandante en este proceso Contencioso - JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ dentro de la investigación por el Punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO CON MENOR DE 16 AÑOS – para el momento de los hechos **Fiscal** Seccional de Caloto Cauca, para conocer detalles del estudio de caso de la investigación penal adelantada contra quien fuese privado(a) de su libertad dentro de la investigación penal, sustanciado inicialmente por el Juzgado con funciones de Control de Garantías, ubicable o citable a través del suscrito profesional del derecho en la dirección física o de correo electrónico indicada al final de esta Contestación, para que se sirva

deponer interrogatorio, fuera de sus generales de ley, específicamente manifestando lo que le conste frente a:

- i) La investigación penal adelantada bajo su competencia funcional en la etapa preliminar, con sustento o especificación en el recaudo probatorio adelantado,
- ii) La participación de quien(es) fue(ron) privado(os) de su libertad en los hechos objeto de investigación penal,
- iii) La solicitud de medida de aseguramiento solicitada ante el Juez de Control de Garantías – si hubo a lugar - y si ésta cumplía o no con los requisitos de ley y que medios probatorios había recaudado la FGN para ese momento procesal como sustento de tal petición, como también si se interpuso recurso(s) ante la medida decretada por el Juez de C.G.,
- iv) La progresividad probatoria en materia penal del estudio de caso penal frente a los capítulos o estadios procesales penales bajo su competencia funcional,
- v) La investigación penal adelantada bajo su competencia funcional en la etapa investigativa y de juicio si hubo a lugar, con sustento o especificación en el recaudo probatorio adelantado, contra JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ por el o los punibles en mención,
- vi) La participación de JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ en los hechos del 01/10/2012 Hora 14:00:00, por violación siendo víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA, menor de 16 años.
- vii) La solicitud de medida de aseguramiento solicitada ante el Juez de Control de Garantías contra JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ y si ésta cumplía o no con los requisitos de ley y que medios probatorios había recaudado la FGN para ese momento procesal como sustento de tal petición, como también si se interpuso recurso de alzada ante la medida decretada por el Juez de C.G.,
- viii) Si hubo o no aceptación o allanamiento a cargos por parte de JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ,
- ix) La progresividad probatoria en materia penal del estudio de caso de JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ frente a los capítulos o estadios procesales penales bajo su competencia funcional,
- x) La acusación si hubo a lugar su presentación contra JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ ante el Juez de Conocimiento competente, si ésta cumplía o no con los requisitos de ley y que medios probatorios había recaudado la FGN para ese momento procesal como sustento de tal petición.

Nota: Me reservo el derecho a interrogar.

b) De la misma manera solicito con todo respeto se oficie al Juzgado Promiscuo del circuito de Caloto con Funciones de Conocimiento para que se allegue copia de la siguiente información documental contentiva del proceso penal y que reposa en el expediente 1925736000680201300067, siendo acusado JUAN ERNESTO VALENCIA

DIAZ por el delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO con menor de 16 años:

- i) Protocolo del informe pericial integral.
- ii) Valoración psicológica en la víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA según hechos acaecidos el 01/10/2012 14:00:00.
- iii) Informe del investigador de campo FPJ-11.
- iv) Informe Ejecutivo FPJ-3.
- v) Denuncia penal.
- vi) Acta de audiencia preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento del 03/08/2016 suscrita por el Juez Promiscuo Municipal de Villarrica Cauca, con Funciones de Control de Garantías.

1.2. INTERROGATORIO DE PARTE:

Interrogatorio de Parte: Al actor, JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ, a quien me reservo el derecho de interrogar sobre los hechos del 01/10/2012 14:00:00 y los que rodearon su captura por el delito ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, con menor de 16 años, siendo víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA y quien puede ser localizado a través del apoderado del libelista o en la dirección suministrada en la demanda.

Nota: Me reservo el derecho a interrogar.

1.3. DOCUMENTALES A OFICIAR:

- a) Con todo respeto solicito oficiar al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC – PENITENCIARIA de EPMSC de Villa Hermosa ciudad Santiago de Cali Valle, para que alleguen con destino a este proceso, certificación donde conste el número de visitas que efectuaron las siguientes personas, al centro carcelario a cargo de esa entidad pública, donde se hallaban internado(s) JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ quien se identifica con C. C. No. 1.112.474.279 por el delito de Acceso Carnal Violento Agravado, durante el periodo agosto tres (3) de dos mil dieciséis (2016) a abril veintiocho (28) de dos mil diecisiete 2017.

Nombres y Apellidos	Identificación	Clase de documento
Ángelo Becerra Díaz	6.333.906	Cédula
Jordán Felipe Gamboa Díaz	1.130.949.941	"
Ronaldo Díaz Viáfara	10.556.437	"
Albert Díaz Viáfara	16.828.854	"
Gloria Didi Díaz Larrahondo	25.669.941	"
Betty Díaz Larrahondo	25.669.792	"
Amalfi Díaz Viáfara	25.669.630	"

Fuente: Demanda Actor – soporte poderes otorgados.



Lo anterior con el objetivo de verificar el número de visitas de estas personas, reflejando el interés para reclamar un daño moral como el pretendido en demanda.

2) PRUEBAS APORTADAS Y/O SOLICITADAS POR EL ACTOR Y QUE SON OBJETADAS POR LA FGN:

2.1. De las personas que se enuncian:

- a) Se objetan los registros civiles de nacimiento, poderes y copias de cédulas de los demandantes:

Nombres y Apellidos	Identificación	Clase de documento
Ángelo Becerra Díaz	6.333.906	Cédula
Jordán Felipe Gamboa	1.130.949.941	"
Díaz	10.556.437	"
Ronaldo Díaz Viáfara	16.828.854	"
Albert Díaz Viáfara	25.669.941	"
Gloria Didi Díaz Larrahondo		

Fuente: Demanda Actor – soporte poderes otorgados.

Estos DOCUMENTOS NO PRUEBAN O ACREDITAN PARENTESCO ALGUNO entre JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ y las personas que se enuncian en la tabla.

Nombres y Apellidos	Identificación	Clase de documento
Ángelo Becerra Díaz	6.333.906	Cédula
Jordán Felipe Gamboa	1.130.949.941	"
Díaz	10.556.437	"
Ronaldo Díaz Viáfara	16.828.854	"
Albert Díaz Viáfara	25.669.941	"
Gloria Didi Díaz Larrahondo		

Fuente: Demanda Actor – soporte poderes otorgados.

Igualmente se señala que entre JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ y las cinco (5) personas naturales que obran en la tabla son familiares entre sí. Lo cual no se

entiende como una persona que el lunes primer (1er) día de la semana fecha octubre 1 de 2012, siendo las dos (2:00) de la tarde, este en un río con cuatro (4) amigos más, y que por su declaración iban a bañar y manifiestan que son fumadores de marihuana, que prendieron dos (2) baretos uno se los paso a sus amigos y otro se lo fumo con Ana Maria Arrechea Mancilla.

Sea la persona que responde económicamente por las personas que aparecen en esta tabla, es cuestionable esta situación, más por la Edad que tenía para la fecha de los Hechos Juan Ernesto Díaz Valencia. Queda en tela de juicio por parte de la Rectora del Proceso Contencioso Administrativo que hoy nos ocupa. No hay derecho a dilapidar el erario de los Colombianos.

Para la FGN el no acreditar parentescos **es un vacío que configura la excepción de falta de legitimación en causa para actuar en el proceso administrativo**, documentos para soportar la afirmación de que los actores son compañeras permanentes con los correlativos en detalle. Esto no solo es reprochable, sino que las aportadas son pruebas inconducentes, no pertinentes. Ninguna prueba acredita tal calidad en el cuerpo de este, y lo que salta a la vista más bien, es la intención tozuda de forzar un argumento para sacar un motivo sin prueba alguna, inexistente de por sí.

F. EXCEPCIONES

F.1. EXCEPCIÓES PREVIAS:

Contra las pretensiones del demandante propongo las **EXCEPCIÓES PREVIAS:**

F.1.1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Es una excepción previa a la luz del estatuto instituido en el C.P.A.C.A. en su art.180-numeral 6°.

Al NO corresponderle por competencia funcional legal a la Fiscalía General de la Nación, con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, imponer la medida de aseguramiento y por ende privar de la libertad a una persona, ya que como se dijo anteriormente, le corresponde a la Fiscalía es adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, simplemente solicitar medida preventiva, y si lo considera conveniente, le **corresponde al Juez de garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes**, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, **es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer y NO la Fiscalía General de la Nación.** Y siendo ello así, no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por

"detención ilegal" o "detención injusta", **ya que esta medida no fue proferida por mi representada.**

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

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

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

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

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

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

Cabe anotar, que casos similares los H. Tribunales de Cesar, Cundinamarca, Risaralda y Antioquia, han denegado las pretensiones de los actores, exonerando de responsabilidad patrimonial y administrativamente a la entidad que represento, al establecer que no se daban los requisitos para emitir decisión contraria.

A continuación, me permito transcribir alguno de los apartes de dichas decisiones:

i) El Tribunal de la Contencioso Administrativo de Risaralda Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de diciembre de dos mil ocho, y con ponencia de la Magistrada Dufay Carvajal Castañeda, ha señalado respecto de la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación lo siguiente:

"...La responsabilidad de la Fiscalía en el presente caso depende del análisis que debe hacerse de su función dentro de la perspectiva del nuevo sistema penal acusatorio, pues al juzgador contencioso administrativo le corresponde examinar si tal actuación fue proporcional, razonable y acorde con los procedimientos legales, lo cual exige necesariamente dilucidar el alcance en el nuevo proceso penal y el efecto de tal actuación en los derechos de la víctima como consecuencia del proceso.

Respecto de la Función de la Fiscalía dentro del nuevo sistema Penal Acusatorio la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, se ha pronunciado así:

"...Empero, como fácil se evidencia de lo consagrado en la Ley 906 de 2004, esas funciones judiciales no fueron expurgadas totalmente, conservándose algunas trascendentes – como las referidas al archivo de las diligencias, art. 79, la posibilidad excepcional de ordenar capturas, art. 300, la de expedir orden de allanamiento y registro, art. 222, de retención de correspondencia, art. 233, de interceptación de comunicaciones telefónicas y similares, art. 235, la vigilancia y seguimiento de personas, y otras tantas que significan restricción de derechos de las personas, en las cuales no se precisa de autorización previa del juez de control de garantías-, en seguimiento de lo establecido en el parágrafo segundo del artículo 31 de la norma citada, en cuanto dispone. "El congreso de la República y la Fiscalía General de la Nación ejercerán determinadas funciones judiciales".

(...)

En posterior pronunciamiento, la misma corte hizo la siguiente precisión que, a juicio del Tribunal, resulta perfectamente aplicable al presente caso, referida al alcance y efectos de la solicitud de condena que la Fiscalía formula ante el juzgador, en comparación con el efecto de las demás solicitudes que puede plantear en el curso del proceso, como lo es la imposición de la medida de aseguramiento, que el mismo ente presenta al juez:



"Así las cosas, el rol del Fiscal, en nuestro país, se ve ampliamente limitado, al punto que, finalmente, su capacidad de disposición de la acción penal (por contraposición al sistema Norteamericano, donde el funcionario cuenta con amplias prerrogativas para determinar cuándo y cómo hace decaer la pretensión punitiva) no es absoluta y se halla mediada, para los casos de terminación anticipada, dígase por vía de la preclusión o de la aplicación del principio de oportunidad, por la intervención del juez, quien es el encargado de decidir si acepta o no su postulación.

No puede el casacionista, por ello, advertir como absoluta esa posibilidad de la Fiscalía, inserta en el principio acusatorio, de hacer decaer la pretensión punitiva estatal, para significar, en consecuencia, que puede ser su sola voluntad (desvinculante del principio de legalidad y de la necesidad de intervención judicial que avale su postura), el factor fundamental que torna imprescindible atender sus designios o posición procesal.

*Cierto, si, que la Ley 906 de 2004, conforme la redacción del artículo 448, establece una sola situación en la cual puede operar autónoma y con efectos absolutos, la pretensión, o mejor el decaimiento de esta, del fiscal, al establecer expresamente que **la persona no puede ser condenada "por delitos por los cuales no se ha solicitado condena", lo que se ha interpretado como que si el fiscal pide la absolució***

Esta norma, debe resaltarse, se muestra aislada dentro del contexto de lo que se decanta en el sistema acusatorio colombiano en torno de las facultades del fiscal, pues, se repite, bajo el imperio del principio de legalidad y dentro del entorno de las muy limitadas posibilidades de disponer autónomamente de la acción penal, en la generalidad de los casos. Su potestad deviene en simple posibilidad de postulación, sujeta siempre a la decisión del juez (de control de garantías, en los casos de aplicación del principio de oportunidad, y del juez de conocimiento, respecto de la solicitud de preclusión), sin que esa decisión opere solamente formal o limitada por la manifestación del fiscal..."

Se fundamenta la Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme a la **Sentencia C- 276 de 2019**, proferida por la Honorable Corte Constitucional artículo 241² Superior.

² **Artículo 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

sic..

2.-

3.-

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

sic..

11. Darse su propio reglamento.

Orden de captura y principio de publicidad en el derecho penal

Referencia: Corte Constitucional, **sentencia C-276 de 2019**, expediente D-12656, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Subreglas: «Cuando se trata de órdenes de captura proferidas como consecuencia de la imposición de una medida de aseguramiento, su difusión tiene como finalidad la comparecencia del investigado al proceso y, en ese sentido, la garantía de los derechos fundamentales de defensa y contradicción. En tal virtud, la difusión de la información a través de los medios de comunicación busca hacer efectivos los derechos del investigado en el proceso penal y esa finalidad justifica su transmisión. Esta misma circunstancia demuestra, a su vez, que la orden de captura no se inserta dentro de la categoría de información pública clasificada, puesto que su contenido no solo interesa al titular del dato personal, sino también a la comunidad, a quien concierne tanto la protección de los derechos de las víctimas, como en el cumplimiento de los fines del proceso penal, que se logran en mayor medida con la comparecencia del investigado».

Síntesis: En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano DJRS presentó demanda contra el aparte del artículo 298 de la Ley 906 de 2004, "por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", que establece que **"la Policía Judicial puede divulgar a través de los medios de comunicación las órdenes de captura"**. Lo anterior por considerar que la norma demandada vulneraba los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la honra y la presunción de inocencia de las personas investigadas o capturadas.

En su intervención ante la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación sostuvo, como lo reseña la decisión, que **«la norma prevé una medida restrictiva que supera el juicio de proporcionalidad [...] que la divulgación de órdenes de captura a través de los medios de comunicación:**

- (i) persigue un fin constitucionalmente legítimo;**
- (ii) es necesaria para materializar la orden judicial y sus fines;**
- (iii) es idónea porque permite que la información se publique de manera amplia para concretar el objetivo buscado; y**
- (iv) es proporcional en sentido estricto por cuanto no tiene un impacto desmedido en los derechos a la honra y el buen nombre».**

La Corte Constitucional declaró exequible el aparte demandado por considerar que la limitación a la intimidad que produce es idónea y proporcionada, además de justificarse porque garantiza otras finalidades constitucionales como la comparecencia del investigado al proceso, la efectividad de los fines de la pena y la garantía de los

Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsana el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

derechos de las víctimas. Por su parte, en el caso de las **órdenes de captura dictadas con el fin de hacer efectiva una condena penal «es claro que su divulgación no desconoce el derecho a la presunción de inocencia, pues la condena supone que esta presunción se desvirtuó».**

Extracto jurisprudencial: «(i) La norma que faculta a la policía judicial para que divulgue órdenes de captura a través de los medios de comunicación, siempre que esté precedida por autorización judicial para la difusión de la información, no vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

Contrario a lo que afirma el accionante, la facultad contenida en la disposición acusada supone la difusión de una orden judicial que ha sido previamente motivada por un juez penal y que, dependiendo del tipo de orden de captura de que se trate, preserva el derecho a la presunción de inocencia.

Para el caso de la orden de captura dictada con el fin de hacer efectiva una condena penal, es claro que su divulgación no desconoce el derecho a la presunción de inocencia, pues la condena supone que esta presunción se desvirtuó.

En contraste, cuando la orden de captura se dirige contra una persona indiciada o investigada, no existe una sentencia en firme, sino que concurren motivos fundados para inferir que aquel contra quien se libra es autor o partícipe del delito que se investiga y que es necesario restringir su libertad para evitar la obstrucción de la justicia, asegurar su comparecencia al proceso, la protección de la comunidad y de las víctimas, o el cumplimiento de la pena. En ese sentido, el objeto de tales medidas preventivas no es el de sancionar al procesado, sino asegurar su comparecencia al proceso y el cumplimiento de los fines de la investigación.

(ii) Además, la norma no desconoce los derechos al buen nombre y a la honra del investigado o condenado, pues los medios de comunicación pueden difundir información relacionada con procesos penales, en particular, con la vinculación de la persona al proceso, el contenido de órdenes de captura y la posterior condena.

En efecto, el derecho a la libertad de información admite la difusión de este tipo de información siempre que los medios observen los límites que impone la responsabilidad social de su función.

Esa limitación implica respetar los principios de veracidad e imparcialidad, los cuales conllevan la obligación de presentar información cierta, completa, clara y actualizada sobre la situación del investigado o condenado y las particularidades del proceso penal.

La limitación a la intimidad generada por la facultad de la Policía Judicial de publicar la orden de captura a través de los medios de comunicación, no viola la Constitución, por cuanto:

a) persigue distintas finalidades constitucionales, tales como la comparecencia del investigado al proceso, la efectividad de los fines de la pena y la garantía de los derechos de las víctimas,

b) es adecuada para conseguir el fin pretendido, pues cuando las instituciones que ejercen la función de Policía Judicial publican el contenido de la providencia que ordena poner a una persona a disposición de las autoridades, posibilitan su difusión y, de ese modo, es apta para hallar a la persona requerida por las autoridades, conseguir su captura, y así proteger los derechos de las víctimas del delito, garantizar la comparecencia del investigado al proceso o lograr el cumplimiento de la pena, y

c) es proporcional, pues a pesar de que supone la difusión de datos personales, se trata de información pública que se somete al principio de máxima divulgación, y siempre estará precedida por la autorización del juez, quien tiene la carga de valorar:

(i) la gravedad del delito;

(ii) la trascendencia de los hechos;

(iii) la naturaleza de la pena imponible; y demostrar

(iv) la imposibilidad previa de hallar al ciudadano para realizar la captura. Así pues, la autorización judicial garantiza la valoración de los criterios mencionados, los cuales garantizan la razonabilidad de la afectación al derecho a la intimidad en cada caso particular»

De otra parte, recordemos que nuestra Carta Política en su artículo 28 da autonomía, libertad e independencia al funcionario para interpretar los hechos sometidos a su conocimiento y así mismo aplicar las normas constitucionales y legales que juzgue apropiadas para resolver el conflicto, haciendo prevalecer el derecho sustancial.

En el presente caso, debe indicarse que con independencia de la solicitud que para el efecto realizó la Fiscalía General de la Nación, fue el criterio autónomo del Juez Penal con funciones de Control de Garantías, el que adoptó la decisión de privar de su libertad del acá demandante.

Finalmente es de concluir que la **falta de legitimación** se encuentra consolidada en **sentencias** proferidas por el **Consejo de Estado**. Para la Fiscalía no se puede dejar de lado importantes antecedentes jurisprudenciales que en el marco de la Ley 906 de 2004 y en materia de medios de control de reparación directa por privación injusta de la libertad, **la Fiscalía General de la Nación ha sido exonerada o eximida de responsabilidad patrimonial por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Colombia;** los que me permito traer a colación, con la solicitud respetuosa ante su Despacho, de que sean tenidos en cuenta en su análisis, rogando un pronunciamiento al respecto:

- 2) En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2015, exp. 38.524, C.P. HERNAN ANDRADE RINCON, en el que manifiesta al respecto:

"...En efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 –Código de Procedimiento Penal – el legislador artículo el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador- Fiscalía – la facultad jurisdiccional la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal- ley 600 de 2000. Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso 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 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 su falta de legitimación en la causa por pasiva por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz..."

- 3) En pronunciamiento del Consejo de Estado se puede concluir que la falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la Sentencia del 26 de mayo de 2016, Consejero Ponente Dr. HERNÁN ANDRADE RINCÓN, expediente 41573, en el que señaló:

"...4. La falta de legitimación de la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación: Según se dejó indicado en los antecedentes de esta providencia, el libelo introductorio se dirigió contra la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. Sobre el particular, la Sala estima necesario reiterar el criterio expuesto en sentencia proferida el 24 de junio de 2015, según el cual si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño por cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial (representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial), razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la cual fue debidamente notificada y representada. En

efecto, con la expedición de la Ley 906 de 2004 -Código de Procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como de instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador -Fiscalía- la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición de los antiguos Códigos de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991 y Ley 600 de 2000-. Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales. Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, si bien es cierto fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del ahora demandante, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación..."

- 4) En pronunciamiento reciente, se puede concluir que la falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la sentencia del 30 de junio de 2016, Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO, expediente 41604, en el que señaló:

"(...) En efecto, tal y como lo ha puesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar - Rama Judicial-. Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió. NOTA DE RELATORIA: Referente a la implementación del Sistema Penal Acusatorio, consultar sentencia de 16 de abril de 2016, Exp. 40217, MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera".

- 5) En otro pronunciamiento igualmente reciente, se puede concluir que la falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la

sentencia del 14 de julio de 2016, Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO, expediente 42476, en el que señaló:

"En relación con la responsabilidad que le cabe a las entidades demandadas debe decirse que en este caso únicamente se realizará en cabeza de la Rama Judicial. Lo anterior, toda vez que la causa determinante de la restricción de la libertad padecida por el aquí demandante consistió en la medida de aseguramiento adoptada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira; circunstancia que, por sí sola, no permite atribuirle responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal vigente -Ley 906 de 2004-, es el juez, quien luego de "escuchados los argumentos del fiscal, el ministerio público, la víctima o su apoderado y la defensa", valora los motivos que sustentan o no la medida de aseguramiento y determina la viabilidad de su imposición. En efecto, tal y como lo ha puesto de presente esta Subsección, con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial. (...) a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió. Como corolario de lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia apelada y procederá a declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación - Rama Judicial por la privación injusta de la libertad con detención domiciliaria de la que fue víctima el señor Diego González Castaño".

- 6) La falta de legitimación de la Fiscalía General de la Nación se encuentra consolidada en la Sentencia del 14 de julio de 2016, Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELASQUEZ RICO, expediente 42555, en el que señaló:

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

expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de quién recaen las funciones de investigar y acusar -Fiscalía General de la Nación- y sobre quién radica la función de juzgar -Rama Judicial-. Así las cosas, a la luz de las disposiciones consagradas en la normativa procesal penal vigente, la facultad jurisdiccional se encuentra radicada única y exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, los únicos que pueden tomar la decisión de privar a una persona de su libertad son los jueces, ya sean de conocimiento o en función de control de garantías, tal y como en efecto sucedió”.

- 7) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, de abril 18 de 2016, Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, expediente 40217, señaló:

"Si bien la medida de aseguramiento que se le impuso al señor Diego Mauricio Molina fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que este organismo no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del actor, pues esta facultad le correspondía a la Rama Judicial (juez de control de garantías) por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales. En ese orden de ideas, forzoso resulta concluir que, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, pues la decisión que causó la privación de la libertad del señor Diego Mauricio Molina fue proferida por la Rama Judicial”.

- 8) En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera de julio 21 de 2016, Consejero Ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, expediente 41608, señaló:

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

- 9) En pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera de julio 21 de 2016, Consejero Ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, expediente 41608, señaló:

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

10) Pronunciamiento, en el que este Alto Tribunal, a través de sentencia de abril 26 de 2017, Consejera Ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Radicación número 52001-23-31-000-2010-00082-01 (47380). Actor. Jhon Carlos Peña Viscaya y otros, señaló:

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

En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002 y 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", 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,

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,

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal 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.

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

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

De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta 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.

(...)

Así, pese a que la decisión por medio de la cual se restringió la libertad del señor Peña Vizcaya tuvo como fundamento, entre otros, la declaración del señor Roberto Carlos García, no es posible colegir que la detención injusta presentada fue causada por el hecho de un tercero, toda vez que fue la Rama Judicial por intermedio del Juzgado Cuarto Penal Municipal de San Andrés de Tumaco la que dictó la medida restrictiva de la libertad, por manera que es a esta a la que le son imputables las consecuencias generadas por la valoración de las pruebas obrantes en la investigación, sin que para ello, como antes se precisó y por tratarse de un

caso de responsabilidad objetiva, resulte relevante la razonabilidad de la determinación que adoptó”.

11) Pronunciamiento de fecha 3 de agosto de 2017, radicado No. 63001-23-31-000-2011-00088-01(45207), Consejera Ponente Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E), conforme a la cual se afirmó:

“..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 JORGE IVÁN TAMAVO MORA, se profirió en el marco de la competencia asignada 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 imposición de medida de aseguramiento, obligación que recaía 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-. 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 cual impone la modificación de la sentencia de primera instancia en lo que a este punto se refiere...”.

12) Pronunciamiento del 28 de septiembre de 2017, radicado 76001-2331-000-2010-00856-01 (53765) Consejera Ponente Dra. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, conforme a la cual se afirmó:

“... Con la expedición de la Ley 906 de 2004, el legislador al estatuir en nuestro ordenamiento jurídico el Sistema Penal Acusatorio distinguió de manera clara y precisa en cabeza de qué entidad recaen las funciones de investigar y acusar – Fiscalía General de la nación – y sobre cual radica la función de juzgar – Rama judicial-

En este sentido, a Sala en pronunciamiento reciente ha considerado:

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

En este orden de ideas, como en el asunto bajo estudio el proceso penal se adelantó bajo los lineamientos de la Ley 906 de 2004, es válido concluir que la

función jurisdiccional, en virtud de la cual le asiste razón al ente acusador apelante, cuando señala que el daño antijurídico no le resulta imputable...”.

13) Pronunciamiento del 14 de marzo 2018 radicado número: 540012331000201100366-01 (55243) - Actor: SARA MATILDE ESTUPIÑAN JAIMES Y OTROS Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, en el cual manifestó:

“Lo anterior, ante la evidencia de que la actuación desplegada por la Rama Judicial como por la Fiscalía General de la Nación se ajustó a los parámetros constitucionales y legales que regían la adopción e imposición de medidas de aseguramiento, al punto que solo hasta en la etapa de juicio, ante la existencia de una duda razonable, se pudo definir sobre la responsabilidad penal del procesado.

Ahora, la privación de la libertad del demandante, que resultó injusta, dada su absolución por duda razonable le resulta imputable a la Rama Judicial, en cuanto fue la autoridad que, como se dijo, impuso la medida de aseguramiento objeto de controversia. 24

En relación con lo anterior, conviene aclarar que la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002 y, luego, a través de 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”, 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, señala:

“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, 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 expuesto, 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.

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal 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.

La imposición de medidas como las que se cuestionan –captura y detención preventiva en establecimiento carcelario– requieren de una petición previa del ente acusador o de la víctima; sin embargo, tal presupuesto no puede considerarse como la causa de la privación de la libertad, porque para ello se requiere 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.

De este modo, es claro que las decisiones en virtud de las cuales se restringió el derecho a la libertad del señor Jhon Jairo Estupiñán Jaimes se profririeron en el marco de las competencias asignadas a los jueces de control de garantías dentro del sistema penal acusatorio, 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 captura y de la imposición de la medida de aseguramiento, obligación que recaía en la Jurisdicción Ordinaria, especialidad penal, dada su condición de titular de la facultad sancionatoria del Estado respecto de 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.

Si bien 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 artículos 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.

De este modo, la Fiscalía General de la Nación, como en casos similares lo ha sostenido esta Subsección, no está llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, le son imputables a la Rama Judicial, pues fue esta la que, por conducto del Juzgado 2º penal Municipal de Cúcuta con función de control de garantías, impuso la medida de aseguramiento objeto de las pretensiones." (Negrilla fuera de texto)

14) Pronunciamiento del 29 de noviembre 2018 radicado número: 410012331000201100387 01 (53184) - Actor: JUAN CARLOS PERDOMO POLO Y OTROS Consejera ponente: MARIA ADRIANA MARIN, en el cual manifestó:

"...8.2. No hay lugar a imputar el daño a la Fiscalía General de la Nación

Al respecto, conviene recordar que, en principio, dicha entidad no es la llamada a responder, porque la decisión en virtud de la cual se restringió el derecho a la libertad del señor Juan Carlos Perdomo Polo se profirió dentro del marco de las competencias asignadas a los jueces de control de garantías. No obstante, en criterio de la Sala, eventualmente podría responder si se encuentra probada una falla en relación con las funciones y competencias constitucional y legalmente asignadas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 3 del 19 de diciembre de 2002, la Fiscalía ostenta la titularidad del ejercicio de la acción penal y su función principal es la investigación de los hechos que revistan la característica de un delito, para lo cual podrá solicitar, entre otras cosas, que el juez de control de garantías ordene las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal.

En relación con las medidas de aseguramiento, el artículo 306 de la Ley 906 de 2004 dispuso que el ente investigador solicitará al juez de control de garantías su imposición con indicación de "la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia".

Así las cosas, como quedó visto la Fiscalía Local 30 Altamira, Huila, presentó escrito de acusación contra el señor Juan Carlos Perdomo Polo, en el cual sostuvo:

El día 29 de enero, siendo las 11:40 horas, se acerca a las instalaciones de policía de Suaza, la señora Mónica Andrea Mora Rivera, informando que momentos antes había sido víctima de un hurto de dos celulares, unas tarjetas prepago por valor de cien mil pesos y que además uno de sus celulares tenía para recargar la suma de ochocientos mil pesos, en su establecimiento de razón social SAI COMCEL, quien a su vez, es su residencia, por una persona de sexo masculino; que al momento de la huida se subió a un vehículo taxi de placas XYC947 de Florencia, donde lo

esperaban dos personas más de sexo masculino, que luego se subió otro sujetos más que estaba frente al establecimiento ya aludido. Por radio se dio comunicación a las otras estaciones de policía cercanas. De inmediato sale la patrulla de la estación de policía de Guadalupe, a la vereda el puente, donde observaron la presencia de un individuo con las características indicadas y que eran muy parecidas a dicho sujeto, por lo cual se le solicitó una requisita, accedió y dijo llamarse OSMAN ALEXIS MARÍN; encontrándosele uno de los celulares hurtados, siendo las 12:07 horas. Se siguió con la persecución de los demás sujetos y a las 12:22 horas a la entrada de Altamira se ubicó el taxi con los otros tres sujetos a quienes se les solicitó una requisita, accediendo y uno de ellos dijo llamarse ALEXANDER ROJAS MARÍN, a quien se le encontró en su poder el otro celular hurtado; el conductor del vehículo referido dijo llamarse JUAN CARLOS PERDOMO POLO y el otro acompañante atiende al nombre de JAIBER GUEVARA STERLING.

Como quedó establecido, el señor Juan Carlos Perdomo Polo fue detenido por agentes de la Policía Nacional, quienes perseguían el taxi que conducía aquel, por haber sido informados de que en el mismo viajaban los autores del hurto de dos celulares y, efectivamente, uno de tales celulares fue decomisado a uno de los pasajeros. Así las cosas, el testimonio de la víctima del hurto, los elementos materiales probatorios y/o evidencia que reposaban en el expediente penal permitían inferir razonablemente que el ahora demandante podía ser responsable de la comisión del punible de hurto calificado y agravado.

Así mismo, tal como se dijo respecto del juez de control de garantías, la solicitud de medida de aseguramiento encontraba sustento en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004, por cuanto era probable que el imputado no compareciera al proceso, en consideración a que la pena que eventualmente se le impondría sería muy alta.

Bajo ese entendido, toda vez que la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento en establecimiento carcelario con fundamento en las pruebas legalmente obtenidas hasta ese momento de la investigación y las disposiciones legales que regulaban dicha fase dentro del proceso penal acusatorio, argumentos y pruebas que fueron acogidos en su integridad por el juez en función de control de garantías, la Sala debe descartar la falla del servicio por parte de esa entidad.

Entonces, como la Fiscalía General de la Nación no es la llamada a responder por los perjuicios ocasionados a los demandantes y, no obstante, resultó condenada por el Tribunal a quo, para la Sala es claro que se debe revocar la sentencia de primera instancia, pero solo en cuanto este aspecto se refiere...".

Honorable Señoría, de acuerdo con lo anotado, se puede anunciar que la Ley 906 de 2004 destacó el papel de la FISCALIA como un ente netamente investigador y acusador, quitándole la responsabilidad de decidir sobre la libertad de los procesados a través de la medida de aseguramiento, dejando dicha facultad en los jueces de control de garantías, mismos que hacen parte exclusivamente de la NACION – RAMA JUDICIAL; en ese sentido,

al no tener injerencia alguna en la decisión de si se priva o no de la libertad a los sujetos del proceso penal, la Fiscalía General de la Nación no puede ser llamada a responder por las decisiones que toma el juez respecto de las medidas de aseguramiento ya que es a este a quien le compete determinar si hay lugar o no para declarar la restricción de la libertad con fundamento en un criterio propio y autónomo, fundado en la valoración del material probatorio recaudado por la Fiscalía.

En conclusión, es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación, pues la facultad jurisdiccional ya no se encuentra en cabeza de esta Entidad, sino que el titular de dicha facultad según la Ley 906 de 2004, está depositada en la Rama Judicial, así lo concluyeron las sentencias referenciadas anteriormente.

Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, le solicito respetuosamente Señor (a) Juez, se declare probada esta excepción previa.

F.2. EXCEPCIONES DE MÉRITO:

Contra las pretensiones del demandante propongo las siguientes EXCEPCIONES DE MÉRITO, no sin antes aclarar que:

En materia contenciosa es irrelevante si quien fue privado de su libertad incurrió en la comisión de la conducta delictiva o no, pues sobre su comportamiento pesa una decisión proferida por el Juez natural de la causa penal que lo absuelve. Así pues, no está en discusión el desvanecimiento de la presunción de inocencia del otrora procesado penalmente; lo relevante estriba en el análisis de las acciones particulares que dieron origen a la detención de que fue objeto.

1.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL:

Como se explicará a lo largo del presente documento, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política, al igual que por las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos, es pertinente entonces que la actuación no adoleció de vicios que pudieran viciar su validez y por ello no puede predicarse no estar ajustada a derecho, ni un **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error o falla del servicio**, que hubiese tenido por si solo la entidad para haber generado la privación de la libertad del aquí demandante o actor.

Es preciso recordar que la Fiscalía General de la Nación fue creada por inspiración constitucional, teniendo precisas funciones que cumplir, las que además se determinan entre otros ordenamientos en el estatuto procedimental penal. En el derecho colombiano, la regla general consiste en que las obligaciones a cargo de la administración, como consecuencia del principio constitucional contenido en el Artículo 6.-, deben ser

determinadas, especificadas por las leyes o los reglamentos que se expidan para precisar las funciones que a cada organismo administrativo corresponda ejecutar.

En este orden de ideas, la Fiscalía General de la Nación, en el caso en estudio, obró de conformidad con lo establecido en el Artículo 250 de la Carta, y en la ley 906 de 2004, por la cual se expidió en nuevo Código de Procedimiento Penal, en el artículo 306.

En el estudio de caso la labor investigativa adelantada por la Fiscalía fue diligente y completa por parte de los funcionarios a su cargo y que, pese al gran cúmulo de pruebas requeridas, fueron decretadas y las partes en el proceso penal siempre estuvieron al tanto de su práctica.

Dentro del plenario, NO hay prueba de comportamientos dilatorios o injustificados en la investigación penal.

La labor investigativa fue acuciosa y completa, pues el tema investigado requería que se ahondara en la indagación y que se resolvieran las innumerables peticiones de pruebas de las partes.

Ahora bien, lo relatado hasta este punto, es muestra y prueba del cumplimiento en estricto sentido del Deber Legal que le impone la Constitución Política de 1991 a la Fiscalía General de la Nación como órgano acusador por excelencia, siendo esta causal suficiente para que se rechace la pretensión de la parte actora, consistente en endilgar a la entidad por mi representada un tipo de responsabilidad que genere por orden lógico una reparación administrativa avalada por su despacho.

Por lo anterior, dentro del plenario NO hay prueba de comportamientos dilatorios o injustificados en la investigación penal.

La labor investigativa fue acuciosa y completa, pues el tema investigado requería que se ahondara en la indagación y que se resolvieran las peticiones de pruebas de las partes.

A contrario sensu, **NO** está probado con la demanda que la parte actora haya sido diligente en el trámite de la investigación penal, que haya agotado los recursos a su cargo y que haya ejercido las acciones positivas necesarias para impulsar el asunto.

Recordemos que las **SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN** por parte de la **Corte Constitucional y del Consejo de Estado** en materia de privación injusta de la libertad, fueron claras en precisar que:

- i) Corte Constitucional, en Sentencia SU-072 del 05/07/2018 con M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas dentro de los EXPEDIENTES T 6304188 y T 6390556 AC:

 - Independientemente del tipo de régimen (objetivo o subjetivo) que enmarque su

postura el Juez Administrativo, debe analizarse la conducta de la víctima, y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

- Es importante el análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, o transgrede el precedente constitucional fijado por la Sala Plena –con ocasión del control integral y automático de constitucionalidad de la que sería la Ley 270 de 1996- concretamente en la sentencia C-037 de 1996.
- ii) Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 15/08/2018 con M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera: Determinó que el Juez Administrativo debe verificar, INDEPENDIENTEMENTE del tipo de régimen o título de imputación:
 - Encausar el tipo de régimen de responsabilidad, de acuerdo con el caso concreto;
 - Si el daño fue antijurídico o no, pero a la luz del artículo 90 constitucional;
 - Si la víctima actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista de la culpa CIVIL, incluso deberá hacerlo de oficio llegado el caso;
 - Establecer la entidad llamada a reparar el daño una vez determinado el daño antijurídico;

Sobre las anteriores bases y descendiendo al estudio de caso que ocupa esta contestación, tenemos que:

- ✓ EL ESTADO SOLO DEBE RESPONDER ECONÓMICAMENTE, CUANDO EL ACTOR FUE DECLARADO INOCENTE EN EL PROCESO PENAL, lo que en este caso **NO SUCEDIÓ**.
- ✓ Debe probarse que el funcionario judicial que tuvo incidencia en la privación de la libertad, actuó de manera “inapropiada, desproporcionada o arbitraria”; lo que en este caso TAMPOCO SUCEDIÓ por parte de mi representada.
- ✓ En este caso, el funcionario judicial que tomó la decisión de privarlo de su libertad, lo hizo con base en pruebas válidas, lo cual quiere decir, que sea un comportamiento arbitrario o que haya actuado ilegalmente.
- ✓ La Fiscalía inicialmente asumió la investigación y dispuso del adelantamiento de labores investigativas, solicitó la legalización de la captura, procediéndose a formular la imputación, petición que es despachada de forma favorable, así como también se aprobó la solicitud de imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva.

- ✓ Como se desprende de las pruebas, se procedió con la celebración de la respectiva audiencia concentrada donde el Juzgado con Funciones de Control de Garantías resolvió IMPONER medida de aseguramiento privativa de la libertad. De esta forma, no se evidencia la ocurrencia de error judicial alguno, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o falla en el servicio por parte de la FGN que participó en la medida de aseguramiento, puesto que no se demostró error en el cumplimiento de los requisitos para la captura.
- ✓ De igual manera es claro que conforme con las pruebas allegadas a la respectiva audiencia, es dable concluir que el JUEZ DE CONTROL DE GARANTIAS, actuó en el marco legal al aceptar la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención, toda vez que las pruebas aportadas hasta ese momento procesal que daba cuenta de la captura legal. Así las cosas, se advierte que la imposición de la medida de aseguramiento se ciñó a la norma que indica los requisitos para su imposición, basándose en el indicio de autoría, por tanto no se evidencia irregularidad alguna cometida por los funcionarios judiciales y en tal virtud, la medida constituye una carga que debía soportar el presunto responsable penal, por cuanto que, según la unificación de jurisprudencia en torno al tema, la posterior absolución o preclusión basada en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, no torna en antijurídica la privación de la libertad que se impuso con el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para tal fin.
- ✓ Señala el Consejo de Estado que, cuando el Juez, al ejercer el núcleo central de la actividad jurisdiccional, esto es, al proferir su sentencia, invoca a manera de fundamentación de la decisión, una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, sin que aquella aparezca por lo menos como razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, incurre en error judicial, si la pretendida fundamentación de la decisión no guarda compatibilidad alguna con la hipótesis fáctica que los hechos probados muestran en la instancia.
- ✓ Indica también que, la labor de interpretación jurisdiccional, si bien por naturaleza supone un grado amplio de autonomía para el juzgador, en la medida en que el operador jurídico puede optar por varias lecturas interpretativas del caso concreto, siempre y cuando, se reitera, guarden armonía y compatibilidad con los hechos y con el derecho aplicable a una determinada situación; esa manifestación de la autonomía jurisdiccional, no puede servir de justificación a una determinada decisión, cuando aparece objetivamente que la invocación de una doctrina constitucional, resulta perfectamente inadecuada o incompatible frente a la realidad de los hechos acreditados.

- ✓ En el caso concreto, tanto la Fiscalía como el Juez de Control de Garantías, prohirieron sus actos con la fundamentación necesaria. Para el caso de la Fiscalía existieron elementos suficientes que dieron cuenta de la responsabilidad de la parte inculpada en la comisión del delito. Por su parte, el Juzgado de Control de Garantías y ante tal exhibición de pruebas que comprometían la responsabilidad penal, profirió la medida, actuaciones que justificaron de manera razonable y objetiva sus decisiones dentro del procedimiento penal establecido.
- ✓ En los casos en los cuales la ley presume que se presenta la detención injusta de la libertad, cuando se pretende lograr indemnización de perjuicios por esta causa, los actores deben demostrar que la detención preventiva surtida fue injusta e injustificada, porque en estos casos la responsabilidad estatal no es automática por el hecho que la detención preventiva sea revocada, lo que no se ha logrado demostrar con la demanda administrativa.
- ✓ Se precisa señalar que la protección consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es en el caso de la figuras denominadas CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA, que han sido establecidas como mecanismos apropiados y justificados para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.
- ✓ En efecto, en el presente caso, si bien es cierto el demandante soportó la detención preventiva de detención, que como medida de aseguramiento le decretó el Juez de Garantías; la misma efectivamente se encuentra circunscrita en el ámbito del equilibrio de las cargas públicas, habida cuenta que analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el contexto en el cual se impuso, superaban con creces los requisitos mínimos y los criterios de razonabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento.
- ✓ De esta forma, sí con los elementos materiales probatorios, en su momento la Fiscalía no hubiese solicitado la medida, y a su vez, el juez de Control de Garantías no decretase la medida de detención preventiva impuesta; estas instituciones seguramente hoy serían objeto de reproche al parecer negligentes, inoperantes, no cumplidoras de su deber legal, al no adoptar las medidas necesarias de acuerdo al delito que se le estaba imputando.
- ✓ No podía pedírsele al Ente de Control de Garantías, que definiera de una vez por todas, todo el sentido de la investigación con un FALLO FINAL, de tal suerte que **la medida de aseguramiento como instrumento provisional emitida por el Juez competente fue ajustada a derecho**, previo a una decisión de fondo, así está estatuido precisamente cuando hay criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que se le endilgaba.

Así mismo se observa la **Sentencia C- 276 de 2019**, proferida por la Honorable Corte

Constitucional. Que se transcribió en líneas anteriores (páginas *infra* 15 a 17).

2.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN o DEL DERECHO RECLAMADO: Aplicable a la totalidad de las pretensiones con base en todo lo expuesto en esta contestación de demanda, lo cual me remito por celeridad y economía procesal.

3.- FALTA DE CAUSA PARA PEDIR:

Hace relación a todas las pretensiones y su argumentación se desprende del acápite de la oposición general y específica a las pretensiones, de los fundamentos de derecho, razones de defensa y de lo dicho al contestar los hechos de la demanda.

4.- BUENA FE:

Sin que implique reconocimiento alguno se propone en razón a que la demandada ha actuado siempre de buena fe.

5.- COBRO DE LO NO DEBIDO:

No hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora conforme con lo expuesto en el acápite de oposición a las pretensiones, los fundamentos de derecho y razones de defensa y lo dicho al contestar los hechos de la demanda.

6.- INEXISTENCIA DE ERROR JUDICIAL e INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO:

Señala el Consejo de Estado que, cuando el Juez, al ejercer el núcleo central de la actividad jurisdiccional, esto es, al proferir su sentencia, invoca a manera de fundamentación de la decisión una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, sin que aquella aparezca por lo menos como razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, incurre en error judicial, si la pretendida fundamentación de la decisión no guarda compatibilidad alguna con la hipótesis fáctica que los hechos probados muestran en la instancia.

Indica también que, la labor de interpretación jurisdiccional, si bien por naturaleza supone un grado amplio de autonomía para el juzgador, en la medida en que el operador jurídico puede optar por varias lecturas interpretativas del caso concreto, siempre y cuando, se reitera, guarden armonía y compatibilidad con los hechos y con el derecho aplicable a una determinada situación; esa manifestación de la autonomía jurisdiccional, no puede servir de justificación a una determinada decisión, cuando aparece objetivamente que la invocación de una doctrina constitucional, resulta perfectamente inadecuada o incompatible frente a la realidad de los hechos acreditados.

En el caso concreto, tanto la Fiscalía como el Juez de Control de Garantías, profirieron sus actos con la fundamentación necesaria. Para el caso de la Fiscalía existieron elementos suficientes (EMP, EF e ILO) que dieron cuenta de la responsabilidad del inculpado en la comisión del delito.

Por su parte, el Juzgado de Control de Garantías y ante tal exhibición de pruebas que comprometían la responsabilidad penal, profirió la medida de aseguramiento, actuaciones que justificaron de manera razonable y objetiva sus decisiones dentro del procedimiento penal establecido.

En los casos en los cuales la ley presume que se presenta la detención injusta de la libertad, cuando se pretende lograr indemnización de perjuicios por esta causa, los actores deben demostrar que la detención preventiva surtida fue **injusta e injustificada**, porque en estos casos la responsabilidad estatal no es automática por el hecho que la detención preventiva sea revocada.

Se precisa señalar que la protección consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es en el caso de la figuras denominadas CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO consistente en DETENCIÓN PREVENTIVA, que han sido establecidas como mecanismos apropiados y justificados para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.

En efecto, en el presente caso si bien es cierto el demandante soportó la detención preventiva que como medida de aseguramiento le decretó el Juez de Garantías, la misma efectivamente se encuentra circunscrita en el ámbito del equilibrio de las cargas públicas, habida cuenta que analizadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el contexto en el cual se impuso, superaban con creces los requisitos mínimos y los criterios de razonabilidad para la imposición de la medida de aseguramiento.

De esta forma, sí con los elementos materiales probatorios, en su momento la Fiscalía no hubiese solicitado la medida, y a su vez, el juez de Control de Garantías no decretase la medida de detención preventiva impuesta al aquí demandante, estas instituciones seguramente hoy serían objeto de reproche al parecer negligentes, inoperantes, no cumplidoras de su deber legal, al no adoptar las medidas necesarias de acuerdo al delito que se le estaba imputando a quien o quienes son privados de su libertad.

No podía pedírsele al Ente de Control de Garantías, que definiera de una vez por todas, todo el sentido de la investigación, de tal suerte que **la medida de aseguramiento como instrumento provisional emitida por el Juez competente fue ajustada a derecho**, previo a una decisión de fondo, así está estatuido precisamente cuando hay criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que se le endilgaba.

Por lo anterior, la privación de la libertad no se tornó injusta y en consecuencia, no

podemos predicar en este caso, que la misma deba entenderse como ERROR JUDICIAL o FALLA DEL SERVICIO que deba ser reparado por el Estado y de manera particular en este caso, por la Fiscalía General de la Nación.

7.- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN ANTE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD:

La actuación de mi representada se ajustó a las disposiciones que desarrollaban la materia, las que le imponen la obligación de ejercer la acción penal y de asegurar la comparecencia la proceso del o los presunto infractores de la ley penal, por lo que se cumplían con los requisitos en su momento para solicitar ante el JUEZ la imposición de medida de aseguramiento, existiendo pruebas graves de responsabilidad sobre la base de documentos y testimonios ampliamente detallados en folios contentivos del expediente penal, que conllevaron al Juez a comprometer la responsabilidad penal en calidad de autor o coautor.

En ese sentido es dable exponer que no siempre que una persona haya sido privada de su libertad, como consecuencia de una orden de captura, una medida de aseguramiento o una sentencia condenatoria, y que posteriormente la recupere, se configura una privación injusta de la libertad, pues todos los ciudadanos por cuenta de hechos como los ocurridos con presuntas consecuencia penales, están expuestos a las dificultades que esas consecuencias traen y los daños que la protección del orden público y la armonía social, les pueda ocasionar.

Dicho cumplimiento del deber **NO** comporta de ninguna manera intención de producir consecuencias nocivas o una actuación dolosa o gravemente culposa contra el o los privados de su libertad o en la etapa investigativa a cargo de la FGN, resultando improcedente atribuir responsabilidad patrimonial alguna al Ente Investigador que represento.

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra su principal fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política que indica que:

"el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

Lo anterior indica que en los casos en que, como este, se pretende se declare la responsabilidad del Estado, es fundamental **PROBAR** la existencia del daño cuya reparación se pretende, so pena de **desestimarse las pretensiones de la demanda**. En ese orden, la conducta imputable a la Fiscalía General de la Nación es la **privación de la libertad**, y si éste es el hecho daño a aprobar y reparar, una vez probado en el proceso si es del caso, la **imputación** de este daño debe analizarse desde la óptica de que todas las actuaciones de la Fiscalía durante el proceso penal estuvieron ajustadas al análisis jurídico que en su competencia constitucional y legal podía emitir o solicitar al Juez

y si quizá no coinciden en forma y/o fondo con la decisión proferida por OTRO DESPACHO penal y POSTERIORMENTE, eso de ninguna manera puede interpretarse o inferirse subjetivamente como una actuación irregular o ilegal.

En ese sentido, la medida de detención privativa de la libertad NO puede considerarse como injusta.

Tampoco es dable aceptar que las actuaciones y/o diligencias de la Fiscalía hubieren sido violatorias del debido proceso, razón por la cual, el supuesto daño esgrimido por el convocante no es antijurídico frente a la Fiscalía; de ahí que, para que un quebranto patrimonial sufrido por un particular tenga el carácter de perjuicio indemnizable, requiere ser antijurídico.

Para que opere la responsabilidad objetiva no basta con que la providencia absolutoria esté fundada en cualquiera de las tres circunstancias ampliamente conocidas bajo la ley penal colombiana: (i) inexistencia del hecho, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no constituya delito); sino que, también se requiere que, la detención preventiva, se hubiere causado por dolo o culpa.

La MEDIDA DE ASEGURAMIENTO inicialmente impuesta con la legalización de la captura por parte del Juzgado de Control de Garantías, significa el cumplimiento por parte de cada uno de los funcionarios que participó dentro del proceso de sus funciones contempladas en la Ley 906 de 2004.

Se hace claridad en este punto, sobre los roles que cumple la policía judicial, los fiscales y los jueces, así:

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

público. Por lo tanto, el juicio oral se constituye "en el centro de gravedad del proceso penal".

La imputación de responsabilidad administrativa por cuenta de una potencial acción de reparación directa a la Fiscalía no puede aplicarse en forma mecánica o instrumental como lo da a entender el demandante en su libelo, por que operó, en este caso de reparación directa, una absolución o preclusión o cesación de la investigación penal; sino que, como lo dice el Alto tribunal en la Sentencia ibídem, esa responsabilidad "...debe corresponderse con los mandatos convencionales y constitucionales de la justicia material..."

Aunado a lo anterior, el cumplimiento del deber legal tantas veces especificado en estas líneas y que fuera a otro organismo el encargado de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos que le permitieron ejercer la facultad de imputar objetivamente la responsabilidad penal en ejercicio del *ius puniendi* del Estado; está claramente sustentada la excepción expuesta de la inexistencia de la responsabilidad de la Fiscalía en este caso.

Así mismo se observa la **Sentencia C- 276 de 2019**, proferida por la Honorable Corte Constitucional. Que se transcribió en líneas anteriores (páginas *infra* 15 a 17)

8.- HECHO DE UN TERCERO

i) DE LAS PERSONAS QUE SUBIERON EL VIDEO EN LAS REDES SOCIALES.

Aunque Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba. (subrayado fuera de texto).

Es claro que en el plenario del Proceso Penal que se precluyó, por la denuncia que hiciera la progenitora **señora Benigna Mancilla Ararat**, madre de la Menor Ana María Arrechea Mancilla, para ese entonces dieciséis (16) años, y según los hechos acaecidos en la calenda 01/10/2012, siendo las catorce (14) horas.

Al enterarse la víctima Menor de este video manifestó a la pregunta del funcionario adscrito a la Delegada de la Fiscalía, en su declaración: **PREGUNTADO** ¿Por qué no le habías contado a tu mamá o a alguien cuando sucedieron estos hechos? **Contestado:** Porque yo pensé que quedándome callada iba hacer mejor. **Preguntado:** A quién más le contaste tú lo que te paso **CONTESTADO:** A la profesora Mónica y ella le conto a la psicóloga. Se deja constancia que en esta diligencia estuvo presente la Madre de la menor la señora Benigna Mancilla Ararat identificada con cédula de ciudadanía 34.510.259, y se le informo de la diligencia al defensor de menores del ICBF que habla con la profesora. (Apartes de la declaración que hace en la denuncia en Fiscalía). (Subrayado, cursiva y negrillas propias).

Se colige que una vez que está circulando el VIDEO, coloca la denuncia penal a través de su mamá.

En materia contenciosa **es irrelevante que si** la menor aquí indicada, después de cuatro (4) meses en que fue accedida sexualmente y Violentamente, había guardado silencio, por temor, por miedo, o por amenazas, se debe recordar su señoría que en el municipio de Puerto Tejada se tienen PANDILLAS, que igualmente ello es otro Hecho Notorio, la víctima por pavor o temor o miedo no había dicho nada cuando sale el video es que se coloca la denuncia como se aprecia en otro aparte de su declaración EXPONTÁNEA ante la Fiscalía delgada veamos:

PREGUNTADO: *¿a quién le contaste lo que te paso? A **Marlín Dayana Nabas** en estos días, porque ella llegó y me pregunto que como había sido, porque a ella la estaban metiendo que era ella la que estaba en un **video** que está circulando, **PREGUNTADO** ¿ella porque sabe del **video**? **Contestado:** porque se está pasando un **video de celular a celulares**. **Preguntado** el día de los hechos alguna de estas personas que tú denunciabas tenía celulares, cámaras u otro elemento con el que se pudiera grabar **Contestado:** si Kevin, cargaba un celular de cámara. (Subrayado, cursiva y negrillas propias).*

Es decir, se establecen Hechos de terceros que pasaban el video de celular a celulares (Personas Inescrupulosas), lo cual es conocido por su Señoría lo que en realidad se gesta en nuestra sociedad colombiana, con todo ello se tienen además otros hechos notorios tales como: Que la menor fue accedida violentamente, que los agresores eran fumadores de marihuana, al igual que ella como se apreciara en las diferentes declaraciones que la menor hiciera posteriormente a los hechos y como tal se gestó la PRECLUSIÓN del proceso.

Se ha predicado que Juan Ernesto Díaz Valencia, **incurrió en la comisión** de la conducta delictiva o no, como lo quiere hacer saber en el acápite de los hechos el actor de la Demanda, y con ella inferir presuntas Declaraciones y Condenas contra la **Fiscalía General de la Nación**, DEBE entender que con el ACTUAR de su prohijado, éste al Acceder, a la menor víctima, asumía su propia Responsabilidad, como se plasmó en la declaración denuncia penal instaurada por HECHOS DE TERCEROS, que subieron el video y circuló por celulares conforme a los hechos en que fue accedida la Víctima.

Lo que si es CIERTO, es que aunque el Juez Promiscuo Civil de Caloto Cauca con funciones de conocimiento precluyó a favor de Juan Ernesto Díaz Valencia, en la fecha agosto veintidós (22 – martes) de dos mil diecisiete 2017, fue por la declaración (retractación) posterior que realizó la víctima menor. Así las cosas no se puede representar que el implicado Juan Ernesto Díaz Valencia, se le precluyó la investigación, por la falta de intervención o colaboración en el delito con autoría o participe, toda vez que lo que se gestó fue su captura por la denuncia instaurada por la madre de la menor, es decir se PREDICA, que por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se GESTO en todo caso como un **HECHO NOTORIO**.

De todas maneras, como presupuesto de un acontecimiento para enmarcarlo desde el punto de vista probatorio como un **hecho notorio** se nos permite hacer uso adecuado de esta prueba en el **ámbito procesal**. En materia civil el hecho notorio debe ser alegado

tanto si sirve de supuesto a las pretensiones como a las excepciones. ***Pero deja de ser hecho notorio si se debe probar.*** En ***derecho penal*** no requiere probarse y se debe tener en cuenta cuando favorece al procesado. Aquí lo **DESFAVORECIÓ**. En materia civil y contenciosa. El inciso cuarto del **artículo 167 del Código General del Proceso** dice que: ***los hechos notorios, las afirmaciones y negaciones indefinidas no requieren prueba.***

ii) **DE LA RAMA JUDICIAL:**

En esta parte de la presente contestación, es menester hacer alusión al eximente de responsabilidad del **HECHO DE UN TERCERO**, en este caso, la RAMA JUDICIAL, que aunque hace parte de las instituciones del Estado al igual que la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, las competencias de ambas aunque confluyen en muchos de los escenarios o estadios procesales, son diferentes por mandato constitucional y legal, y es en esta medida que debemos recordar que mi representada, obra como ente acusador por excelencia, cumpliendo funciones que para el caso puntual, se remiten a la "Solicitud de la Medida de Aseguramiento" en audiencias concentradas, las que, una vez realizadas, es la fecha en la que se pone a consideración los hechos por los cuales los presunto responsables penales han sido aprehendidos, capturados y puestos ante el Juez de Control de Garantías, quien como se ha reiterado en la presente contestación, hace parte de la Rama Judicial y no de la FGN.

Luego entonces, es claro que las fases de **audiencias concentradas** y **audiencia preparatoria y de juicio oral**, como también la expedición de la **sentencia**, son de COMPETENCIA DEL JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS y DE CONOCIMIENTO, respectivamente; esto es, la Rama Judicial.

Como quiera que se alude en el libelo una privación injusta de la libertad, que es el hecho puntual donde el libelante argumenta la iniciación del presente medio de control, no es competente la entidad que represento sobre este aspecto, quien únicamente cumple como se ha dicho con el deber legal de asistir a las audiencias concentradas, preparatoria y de juicio oral, previa radicación del escrito de acusación, pero queda sujeta la fijación de audiencias y demás trámites procesales a la exclusiva y excluyente valoración del Juez de Control de Conocimiento, quien bajo los postulados legales debe cumplir con los términos de ley.

Lo anterior es algo que debe ser valorado al momento de estudiar la presunta generación del Daño Antijurídico, desde nuestra perspectiva inexistente de parte de la FGN y si llegase a demostrar una posible responsabilidad administrativa, imputable a la Rama Judicial, por encontrarse el desarrollo del proceso en ese estadio procesal, en manos del Juez de Control de Garantías o de Conocimiento y lejos del resorte funcional de la FGN.

Habiendo hecho alusión a las razones en las que se fundamenta esta contestación por medio de esta excepción de fondo, es importante precisar lo expresado en líneas

anteriores, que las actividades funcionales y competencias con la otra demandada (Rama Judicial), son sustancialmente diferentes a las de la FGN, precisamente por disposición del artículo 250 constitucional y por la misma Ley 906 de 2004.

Lo anterior, radica en que con la entrada en vigencia de la Ley 906/2004, ya la FISCALÍA **NO TIENE COMPETENCIA JURISDICCIONAL**, solo de investigación, como **SÍ** la tiene la RAMA JUDICIAL a través de sus Jueces.

Para el caso particular, al ser puesto un presunto responsable penal a disposición del JUEZ CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS en vigencia de la Ley 906 de 2004, las atribuciones y competencias son del JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, pues la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se convierte en sujeto procesal más, destacándose que en tal sistema, ya no es esta Institución la que impone la medida de aseguramiento porque **NO tiene facultades jurisdiccionales**, sino que dicha función está en cabeza de un Juez de la República, lo que en efecto en el presente caso sucedió.

ii) **HECHO DE UN TERCERO: LA CIUDADANO BENIGNA MANCILLA ARARAT:**

La Fiscalía General de la Nación fundamentó la solicitud de privación de la libertad del actor **JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ**, básicamente en la información que suministró la Señora **BENIGNA MANCILLA ARARAT** Madre de la Menor Víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA – Menor de Edad para la fecha de la ocurrencia de los hechos 16 años; otrora procesados penal del delito ACCESO CARNAL VIOLENTO dentro del proceso penal Rad: 1925736000680201300067-00, quien manifestó ante la Fiscalía delegada su denuncia, la cual coloca en conocimiento de mi representada que el día 01/10/2012 a eso de las 14:00 horas (2:00 P. M.), los Señores JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ, (indiciado), Identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.112.474.279 con residencia en el lugar donde ocurrieron los hechos Puerto Tejada - vereda Barragán, y el otro indiciado KEVIN, quien para la fecha de los Hechos también residía en el lugar donde ocurrieron los hechos Vereda Barragán Puerto Tejada Cauca; todo lo anterior a ello implicó que la FGN solicitara sus capturas y consecuente medida de aseguramiento privativa de su libertad para investigar la participación de los señores JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ, (indiciado), Identificado como quedó anteriormente, y el otro indiciado señor Kevin, en los hechos delictivos, pero que después se quedara sin fundamento la actuación judicial adelantada y que la autoridad judicial profririera PRECLUSIÓN, por mandato del Artículo 332 No. 6; esto de ninguna manera puede interpretarse como responsabilidad patrimonial de mi representada. Fue esa, la información inicial de los hechos presentada por **BENIGNA MANCILLA ARARAT** Madre de la Menor Víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA, que obligaba a mi representada a solicitar la medida de aseguramiento con el adelantamiento de la respectiva investigación penal. Fue **BENIGNA MANCILLA ARARAT**, quien incriminó a JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ, y al señor Kevin, (indiciado), al punto de que TODA su declaración convergía a sindicar a los señores JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ y al señor Kevin, como partícipes activos de los hechos delictivos sin que hubiera contradicción ni renuencia a deponer su versión. Toda la declaración de primera Entrevista Penal fue EXPONTANÉA, la cual según la Corte Suprema de Justicia no admite

Retractación, más cuando fue la menor víctima la que declaro en compañía de su progenitora aquí indicada. Hecho de un Tercero.

Por lo cual la FGN, una vez la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada, como obra en la denuncia para la fecha de los hechos, recepcionó la Noticia Criminal centra su atención en cumplimiento de un deber legal por las siguientes razones:

Ese tipo de violencia (Acceso Carnal Violento artículo 205 Código Penal) está sancionada en el la ley 599 de 2000, como delito que tiene pena de prisión. Bajo el título denominado "Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales" este código castiga las conductas de acceso carnal violento, sic...,

Por medio de la Ley 1236 de 2008 se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. Esta ley establece, entre otras, que el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años; Además de las normas señaladas, las sentencias T-453/05, T-458/07 y T-843/11 de la Corte Constitucional resultan importantes para la defensa en casos de violencia sexual de mujeres adultas y niñas.

Los derechos de las mujeres son derechos humanos y por lo mismo le imponen a las autoridades estatales FGN entre otras, especiales obligaciones de respeto, garantía y protección. Significa que tratándose de derechos de las mujeres, el Estado tiene que hacer todo lo posible para prevenir la violencia contra las mujeres y garantizar la protección de sus derechos.

Ahora bien la madre de la Menor colocó en su conocimiento estos hechos cumpliendo con el deber de denunciar (art. 67 de la Ley 906/04), y tanto la Policía Nacional como la FGN, esta última activando su competencia en la investigación penal por posibles delitos, teniendo en cuenta de manera particular que:

- La investigación de cualquier hecho de violencia contra las mujeres es oficiosa, es decir, no depende de la denuncia directa de la víctima (Ley 906/04, art. 74, parágrafo; Ley 1542/12).
- En el marco del proceso penal la víctima y su representante tienen derecho a intervenir en todas las etapas (art. 137 Ley 906/04).
- La mujer víctima tiene derecho a NO conciliar y a NO ser confrontada con su agresor en cualquier espacio de atención y en cualquier procedimiento administrativo y judicial (art. 8.literal k Ley 1257/08; art. 4 Decreto 4799/11).

Consideró entonces que en este caso en particular la FGN, lo denunciado por la madre de la Menor es de su competencia para recoger evidencia forense y preservar y garantizar la cadena de custodia; activar los procesos intersectoriales y de recuperación; accionar medidas de protección y garantizar las medidas de atención requeridas, entre otras. Una

vez conocida la NUNC se realizaron las estrictas COMPETENCIAS, que establecen las leyes con ocasión del tema de la MUJER – NIÑA, el aparato judicial se puso a su disposición como **Mensaje de urgencia** a las voces de la Honorable Corte Constitucional, en cuanto a la investigación del delito soportado en la menor cuya denuncia la hace la madre de la misma.

En un estudio de caso correlativo al dar APLICACIÓN al eximente del HECHO DE UN TERCERO, el H. **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA** en su SALA DE DECISIÓN 004 y por **reciente** SENTENCIA No. 142 del veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), con Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez y Radicación: 19001-33-31-006-2014-00249-01, concluyó que:

"Empero, el Consejo de Estado ha indicado, bajo la óptica de la responsabilidad extracontractual del Estado, que tanto el hecho de un tercero como el de la propia víctima pueden impedir la imputación de un daño antijurídico. Sin embargo, en tratándose de los casos de privación injusta de la libertad, precisó, en principio, que la inducción al error por parte de testigos, denunciante o en general por los documentos o pruebas recaudados en el proceso penal, no son circunstancias impredecibles o irresistibles al funcionamiento del sistema penal:

Sin embargo, dicha situación no implica per se que la causal eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, esté proscrita en los casos donde se analiza la privación injusta de la libertad, pues, "en cada caso, dependiendo de sus particularidades, bien puede configurarse cuando su fundamento sean las imputaciones o las acusaciones realizadas por un tercero, independientemente de que la autoridad judicial sea -en últimas- la que imponga la medida restrictiva de la libertad" ¹⁹. Así lo ha explicado recientemente el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (...)

La anterior conclusión se fundamentó en sendos pronunciamientos que en ese sentido había proferido la Subsección C de la Sección Tercera de Consejo de Estado, donde, en casos de privación injusta de la libertad, también negó las pretensiones de la demanda, por configurarse la causa extraña del hecho de un tercero²¹. (...)

Así, cuando se estudia el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero en eventos de privación injusta de la libertad, ya sea por denuncias, por imputaciones o por

acusaciones realizadas por un tercero, no puede concluirse, de manera automática, que no es posible su configuración, pues, en cada caso concreto deberán analizarse aspectos como: "la magnitud del señalamiento (si es directo, contundente y preciso), así como el contexto en que se hizo, el grado de incidencia en la decisión que impuso la medida de aseguramiento, es decir, si la denuncia o la información suministrada por el tercero fue completamente determinante para proferir la decisión que restringió la libertad del procesado, entre otros aspectos. (...)

Así las cosas, atendiendo a los recientes lineamientos jurisprudenciales, y al encontrarse probada la excepción del hecho exclusivo y determinante de un tercero, se revocará la sentencia de instancia para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda".

Aterrizando el análisis del Tribunal Administrativo del Cauca a nuestro estudio de caso y frente a la conducta del denunciante penal señora, **BENIGNA MANCILLA ARARAT** Madre de la Menor Víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA,, es clara la configuración de dicha causal eximente de responsabilidad porque:

- a) la investigación penal inició con la versión de los hechos de **BENIGNA MANCILLA ARARAT** Madre de la Menor Víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA, sobre las circunstancia de tiempo, modo y lugar como ocurrió el Acceso Carnal Violento sobre la humanidad de la menor; y
- b) tal versión la mantuvo durante la investigación a cargo de la Fiscalía.

Todo lo que RODEO esa denuncia penal los móviles aportados en la Investigación que terminara con la Captura de los Indiciados aquí indicados JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ, y ARLYZ FERNEY DIAZ SOLARTE, hacía presumir la responsabilidad penal que tenían los Acusados aludidos y que obran en el texto de la denuncia penal como presuntos autores del Delito establecido en el artículo 205 de la ley 599 de 2000. Lo cual permitió establecer un INDICIO GRAVE en contra del investigado que conllevó a SOLICITAR la imposición de la medida de aseguramiento, con el propósito de que comparezca al proceso, se conserve la prueba y se proteja a la comunidad, al tenor de lo establecido en el numeral 1° del artículo 250 de la C.N. y de la ley 906 de 2004 en sus artículos 306 y 308.

Al inicio de la investigación y del proceso penal, del Estado representado por la Fiscalía y la Rama Judicial- Dirección Ejecutiva, no podían adoptar una decisión distinta frente a la versión del delito de Acceso Carnal Violento inculcado por JUAN ERNESTO VALENCIA

DIAZ, y otro, que restringir el derecho a la libertad del posible coautor JUAN ERNESTO VALENCIA DIAZ, pues, los señalamientos hechos por **BENIGNA MANCILLA ARARAT** Madre de la Menor Víctima ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA, fueron de tal entidad que se hacía indispensable la imposición de la respectiva medida restrictiva de la libertad.

Es así como consideramos configurado el eximente del HECHOS DE TERCEROS.

9.- FALTA DE DESVIRTUACIÓN DEL VALOR PROBATORIO DE LOS MEDIOS DE CONVICCIÓN TENIDOS EN CUENTA POR LA FISCALIA PARA SOLICITAR ANTE EL JUEZ LA IMPOSICIÓN DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:

En el caso en estudio, se tiene que los elementos materiales probatorios y la evidencia física presentadas por la Fiscalía, de conformidad con las normas citadas, permitieron solicitar al Juzgado de Control de Garantías y en audiencia de legalización de captura, la imposición de la Medida de Aseguramiento; las cuales a su vez, permitieron "inferir razonablemente" al Juez la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva, tal y como consta en el escrito de acusación adelantado por el Fiscal del proceso en la oportunidad procesal idónea.

Así mismo es oportuno recordar que la solicitud formulada por mi representada, sobre la imposición de la medida restrictiva, es simplemente a título de SOLICITUD (Art.306 de la Ley 906/2004), y no presentaba para el juzgador, la obligación de acceder a la aplicación de la medida, pues de acuerdo a la nueva función dada a la Fiscalía General de la Nación, como ente acusador, no le asiste responsabilidad alguna en la formulación de tal postulación, por cuanto la misma no constituye un factor determinante en la decisión, la cual corresponde única y exclusivamente al Juez con Función de Control de Garantías (Art.308 de la Ley 906/2004), quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas para tal efecto y, en últimas, el que puede adoptar la decisión que corresponda dentro de los parámetros de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de detención preventiva, que constituye precisamente la fuente de responsabilidad que pueda llegar a tener el Estado, ante un eventual perjuicio y, en consecuencia la misma, no compromete a la Fiscalía General de la Nación.

Es menester denotar, como ya hemos dicho, que la medida de aseguramiento está sometida o supeditada a una autorización judicial del JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, quien debe verificar, entre otros requisitos, la necesidad y la finalidad de la medida, al igual que prever su adecuada sustentación y la oportunidad de ser controvertida, aún más cuando dicha medida puede comprometer la libertad del procesado.

Así las cosas, en el asunto que se analiza no puede perderse de vista que en este caso, no se desvirtuó el valor probatorio de los medios de convicción recogidos en la investigación por la Fiscalía y que fueran tenidos en cuenta por el Juez de Control de Garantías para imponer la medida de aseguramiento, **carga procesal que estuvo en cabeza del demandante y que hasta ese estadio procesal penal (audiencia de imposición de medida de aseguramiento) no pudo demostrar lo contrario teniendo la**

oportunidad para hacerlo en un debido proceso, como tampoco logró demostrar un presunto inadecuado análisis de las evidencias físicas e información legalmente obtenida para el decreto de la medida.

De ahí que se exponga esta excepción, al no haber podido desvirtuar el valor probatorio de los medios de convicción tenidos en cuenta por la Fiscalía para solicitar ante el juez la imposición de la medida de aseguramiento, esperando ahora sí demostrarlo por este medio de control contencioso, por lo que es menester tener especial previsión y cuidado.

10.- CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA:

Inicialmente se solicita con todo respeto que éste eximente quede incorporado en la FIJACIÓN DEL LITIGIO como problema jurídico subsidiario o complementario.

El **daño incorpora dos elementos**, uno fáctico y otro jurídico y que éste segundo elemento o llamado elemento formal, se verifica en el plano jurídico, si y solo si, se acreditan supuestos adicionales al elemento material, entre los que se cuentan, que la lesión **no haya sido causada, ni sea jurídicamente atribuible a la propia víctima**, pues al derecho solo le interesan las relaciones intersubjetivas.

Lo propio ha dicho la Corte Constitucional, como se aclaró en líneas atrás, cuando en la Sentencia SU-072 DE 2018 SU-072 DE 2018 expresó que: "con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, **la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse** y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, señaló que dada la relevancia que tiene la conducta de la víctima en la causación del daño cuya indemnización se demanda, el juez administrativo debe verificar, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó –desde el punto de vista civil- con dolo o culpa grave y fue precisamente ello lo que derivó en que se adelante una investigación penal en su contra y en el decreto de una medida de aseguramiento de detención preventiva. Así lo precisó el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

"En esa medida, comoquiera que, en criterio de esta Sala, la participación o incidencia de la conducta del demandante en la generación del daño alegado resulta preponderante, se torna necesario que el juez verifique, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, desde el punto de vista civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva"

En ese sentido, el Consejo de Estado concluyó que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, si el daño –privación de la libertad- es producto de la actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, se configura una causal exonerativa de responsabilidad del Estado conocida como la culpa exclusiva de la víctima y se procede a la exoneración de responsabilidad de la Administración por cuanto en esos eventos, se entiende que es esa conducta la determinante del daño cuya indemnización se demanda.

Recordemos que la Sentencia del 14/12/2016 de la Subsección B de la Sección tercera del Consejo de Estado, con M.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo dentro del proceso NUR 19001-23-31-000-2008-00327-01 (39393), se expuso que el análisis de la antijuridicidad en un evento de privación de la libertad, necesariamente debe hacerse en los términos del artículo 70 de la Ley 270, que señala las causales de exoneración de responsabilidad del Estado, y, particularmente, en aplicación de los artículos 2, 83 y 95 de la Carta Magna, que imponen a los asociados, el imperativo de respetar los derechos ajenos y no avisar de los propios. Lo anterior, a efectos de descartar la culpa grave o el dolo civil (artículo 63 Código Civil Colombiano), pues no se comprende el deber indemnizatorio del Estado, sin consideración a la conducta de la víctima, la cual debe comprender el baremo de la mayor o menor diligencia del privado de la libertad, sobre sus deberes de convivencia social. Según la Alta Corporación, **ello no implica** la REAPERTURA DEL JUICIO PENAL, toda vez que la actuación de la víctima SI CUENTA en el proceso contencioso administrativo.

El Juzgado Administrativo debe abordar, estudiar, analizar o pronunciarse con análisis detallado, frente al eximente de responsabilidad de **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**; razón por la, cual es dable sustentarlo por contestación de la demanda.

La Ley estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 70 consagra **CULPA DE LA VÍCTIMA** como eximente de responsabilidad.

NO PUEDE SEGUIR POR FAVOR CAMPEÁNDOSE LA POSICIÓN: ABSOLUCIÓN, CESACIÓN O PRECLUSIÓN PENAL ES SINÓNIMO DE PRIVACIÓN INJUSTA Y A SU TURNO, PRIVACIÓN INJUSTA ES SINÓNIMO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL Y POR ENDE DE CONDENA, sin consideración alguna a los eximentes de responsabilidad.

Por eso, conviene recordar la estructuración de la culpa en asuntos de responsabilidad en el ámbito de lo contencioso administrativo, donde se EVALÚA, no desde la perspectiva de la culpabilidad penal, sino con los conceptos del derecho civil, específicamente los referidos en el artículo 63 de dicha codificación. En materia contenciosa **es irrelevante si quien fue privado de su libertad incurrió en la comisión** de la conducta delictiva o no, pues sobre su comportamiento puede pesar una decisión absolutoria o precluitiva proferida por el Juez natural de la causa penal. Así pues, no está en discusión el desvanecimiento de la presunción de inocencia del actor procesado penalmente, lo relevante estriba en el análisis de las acciones particulares que dieron origen a la detención de que fue objeto.

A partir de lo referido en la investigación penal y en audiencia concentrada por parte del Juez de control de Garantías, para la Fiscalía General de la Nación resulta consecuente inferir que en este caso, la parte privada de su libertad se expuso al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente padeció, pues la causa eficiente y única de la privación de la libertad, no fue en principio un actuar erróneo de la administración de justicia, sino sus propias actuaciones, como se demostrará a lo largo del plenario.

En ese sentido es claro que en el caso objeto de estudio, se encuentra configurada una causal exonerativa de responsabilidad del Estado consistente en la culpa exclusiva de la víctima, la cual –a la luz de lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 y por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018 antes citadas- tiene la virtualidad de absolver de toda responsabilidad a la Administración por cuando es preciso concluir que la causa eficiente del daño (privación de la libertad) cuya indemnización se demanda tuvo como fundamento la conducta gravemente culposa de la víctima.

Declaración EXPONTANEA rendida por la víctima menor Ana María Arrechea Mancilla.
Denuncia Penal acompañada de su progenitora **señora Benigna Mancilla Ararat.**

En el mes de octubre de 2012, dice Ana María me fui con unas amigas de nombre Kely de 16 años, José Luis y Harbin, para el río que está ubicado en la vereda Barragán, entonces ya nos veníamos cuando entonces me encontré con 5 conocidos, **Kevin, Gustavo, Diego**, no me acuerdo de los otros dos nombres, entonces Kevin me dijo que me quedara y yo estaba dudando y como estaban recochando entonces yo nunca pensé que me fueran hacer algo, y José Luis me pregunto que si me iba a quedar y yo le dije que sí, y me quede, estaban recochando cuando del bolsillo gato, no se el nombre saco una **marihuana** y empezaron a fumar, entonces ***después me ofrecieron a mí y yo dije que no*** y entonces ***me soplaron el humo a mí y yo me marie***, y de ahí me dijeron que fuéramos **al río y yo le dije que no porque yo ya había bañado**, entonces todos 5 me dijeron que me metiera al río, y yo me metí y se me fue atrás **Gato y Kevin**, entonces Gato pretendía que yo tuviera relaciones con los dos con Gato y Kevin, y yo les dije que no y ellos se salieron y yo me **senté en una piedra, y se me arrimo gato y me miraba morbosos y me iba a tocar y yo le dije que no**, y los otros estaban en la carretilla, Diego, Gustavo y el otros no me acuerdo el nombre, entonces Gato me tiro

contra la piedra y se me subió encima, **y yo empecé a patalear y se vinieron los otros a cogerme de los brazos y las piernas y Gato abuso de mi mientras los otros me cogían**, de ahí él se me quito de encima, y nos vinimos para la casa, PREGUNTADO ¿Cuánto haces que tú conoces a la persona que tu nombras como Gato? Contestado: desde que **somos niños**, *Preguntado: ¿Qué tipo de relación tu tenías con Gato?* CONTESTADO **Ninguna** PREGUNTADO: ¿Cómo se llama gato y donde vive? CONTESTADO: él es un vago vicioso que lo expulsaron hasta del colegio y no recuerdo el nombre pero le dicen nene, tiene más de 20 años, es **hijo de Amalfi Díaz**, y trabaja como madre comunitaria, en Villa Rica, en el barrio Terronal, calle 3 entre 14-15 PREGUNTADO: ¿describame fuscamente a Gato? CONTESTADO: es un muchacho negro, delgado, estatura como 1-70, mantiene el cabello corto, como con unos dibujos, PREGUNTADO: ¿conoce los otros jóvenes que tú mencionas que estaban con gato? Contestado: si yo los conozco de Villa Rica, los conocí de estar paseando, PREGUNTADO ¿Cómo son ellos físicamente? **Versión 18/11/2012**
FPJ-2- UNICO DE NOTICIA CRIMINAL - 195736000680201300067 Hoja N°. 2 de 7 CONTESTADO: Gustavo es indio negro, delgado, alto, de más o menos 20 años, trabaja en una empresa, vive en el barrio Terronal en la calle 13, Diego es indio, bajito, delgado, vive en la 13 del barrio Terronal, es el dueño de la carretilla, Kevin vive en la 13 barrio Terronal, es indio negro, alto, acuerpado, que yo sepa no hace nada, no me acuerdo como se llama el otro, pero es negro, esta rapado, delgado, y no sé dónde vive. **Preguntado ¿tu ingeriste o fumaste lo que tu llamas marihuana el día de los hechos?** CONTESTADO: **No**. Preguntado ¿estas personas que tu nombra te dieron algo? CONTESTADO: **yo sé que ellos me soplaron** algo preguntado ¿después que ellos te soplaron tú que sentiste? CONTESTADO: **me marie y se me movía el piso todo maluco**. PREGUNTADO ¿después de estos hechos tu volviste a ver a estas personas? CONTESTADO: Pues yo los he visto en el parque, PREGUNTADO: ¿a quién le contaste lo que te paso? A Marlín Dayana Nabas en estos días, porque ella llevo y me pregunto que como había sido, porque a ella la estaban metiendo que era ella la

que estaba en un video que está circulando, PREGUNTADO ¿ella porque sabe del video? Contestado: **Porque se está pasando un video de celular a celulares.** Preguntado el día de los hechos alguna de estas personas que tu denuncias tenia celulares, cámaras u otro elemento con el que se pudiera grabar contestado: si Kevin, cargaba un celular de cámara PREGUNTADO: tu recuerdas a ver visto alguno de ellos grabándote contestado: no PREGUNTADO ¿Por qué no le habías contado a tu mamá o a alguien cuando sucedieron estos hechos? Contestado: porque yo pensé que quedándome callada iba hacer mejor. Preguntado: a quién más le contaste tú lo que te paso CONTESTADO: la la profesora Mónica y ella le conto a la psicóloga. Se deja constancia que en esta diligencia estuvo presente la Madre de la menor la señora Benigna Mancilla Ararat identificada con cedula de ciudadanía 34.510.259. y se le informo de la diligencia al defensor de menores del ICBF.

Nota. 1.- Negrillas, cursivas y subrayados, propios del apoderado de la Fiscalía General de la Nación. Esta versión se puede cotejar con la establecida en la Fiscalía y que obra en el SPOA, designado con la noticia criminal No. **195736000680201300067.** *Negrillas, cursiva y subrayado propios.*

Fuente: Denuncia penal

Declaración - Entrevista realizada en la fecha febrero 07 de 2013, RECONOCIMIENTO MÉDICO LEGAL, rendida por la víctima menor Ana María Arrechea Mancilla – **Apartes del reconocimiento versión de la menor para la fecha de los hechos.**

Datos de los Hechos.- Me fui a bañarme al Río con 2 amigos y una amiga – luego del baño yo me quede en el río con cinco (5) jóvenes conocidos que llegaron al rio – fumaron marihuana y **luego me cogieron a la fuerza me quitaron la licra y el interior y uno de ellos me violó luego le conté a mi mamá porque salió en un video.** Lugar de los hechos vereda Barragán Rio Palo. *Negrillas y subrayado propios.*

Fuente: Anexos Denuncia penal

Ampliación de denuncia Rendida por la Víctima Menor ANA MARIA ARRECHEA MANCILLA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.112.488.542 de Jamundí Valle. RETRACTACIÓN.

"(. . .) PREGUNTADO: MANIFIESTE AL DESPACHO. COMO SUCEDIERON LOS HECHOS OCURRIDOS EL DIA 1 DE OCTUBRE DE 2012 EN LA VEREDA BARRAGÁN DEL CORREGIMIENTO DE QUINTERO? RESPONDIO.- YO ANDAVA CON JOSE LUIS, JARVIN, KELLY, ESTABAMOS BAÑANDO, SIC.. EN EL RÍO PALO, É1'1roÚCES.Aefe QUEDE DE, ENCONTRARME. CON GATO (JUAN ERNESTO)"" ENTÓJ'¿CES CUÁNDO YÁ NOS HABIAMOS SALIDO DEL RIO PARA IRNOS A VESTIR, CUANDO ME ENCUENTRO CON JUAN ERNESTO, GUSTAVO, KEVIN, DIEGO, Y YONNY, ENTONCES KELLY ME DICE, TE QUEDAS O TE VAS? YO LE DIJE QUE ME QUEDABA. POR QUE SIC.. YO VACILABA SIC. CON JUAN. ERNESTO, ENTONCES ELLA ME DIJO SEGURO Y YO LE DIJE QUE SI, ELLA NO QUERIA QUEME QUEDARA QUE TENIA, UNA MALA IMAGEN DEL JOVEN GATO, ENTONCES JOSE LUIS, HARVI, KELLY, SE FUERON; YO ME QUEDE, ENTONCES JUAN ERNESTO SACO DOS BARETOS, UNO SE LO PASO A KEVIN GUSTAVO Y DIEGO, QUIENES QUEDARON EN LA CARRETILLA, GATO Y, YO NOS HICIMOS EN UNA PIEDRA, YONNY_ESTABA CON (sic) A, UNOS 10, METRQS DEL ,RIO, Y LOS DEMAS ESTABAN A UNOS 20 METROS DE DISTANCIA SOBRE LA CARRETILLA Y ENTONCES. GATO ME EMPEZO A ACARICIARME EL CUERPO Y TUVIMOS RELACIONES, Y HABIAMOS CONSUMIDO MARIHUANA, DESPUES DE LO SUCEDIDO COMO A LAS 6 DE LA TARDE NOS VENIMOS (sic) TODOS A LA CARRETILLA Y NOS.FUIMOS CADA UNO PARA LA CASA, ENTONCES DESPUES DE UN TIEMPO MAS O MENOS 5 MESES ENTRE OCTUBRE DE 2012 A FEBRERO DE 2013, ME DOY CUENTA DE LA EXISTENCIA DE UN VIDEO POR MAILIN DAYANA NAVAS DONDE ELLA ME DICE QUE ANDA ROJ:¿DANDO (sic) UN VIDEO QUE DICEN QUE SOY YO (OSEA MI AMIGA, MAILIN), PERÓ ME DICE QUE SOY YO,. MEÁSUSTE y YO ESTABA ESTUDIANDO, LE COMENTE A LA PSICOLOGA DEL COLEGIO DONDE ESTUDIABA DE LO QUE ESTABA PASANDO, ELLA ME INTERROGO LE CONTESTE TODO LO QUE ME PREGUNTO, LUEGO LLAMARON A MI MAMÁ, Y ES AHÍ DONDE SE ENTERO DE LO QUE ESTABA PASANDO, MI MAMÁ ME PREGUNTO COMO HABÍAN PASADO LAS COSAS, Y ELLA DECIDIO PONER .LA DEMANDA A LA FISCALIA, YO CONTE DE LA EXISTENCIA DEL VIDEO, ES LO QUE ME HAN DICHO HASTA EL MOMÉNTO, NO CONOZCO, (sic), NI H.E VISTO EL VIDEO, EL VIDEO CIRCULO APROXJMADAMENTE POR UNA SEMANA Y NO SE DE LA EXISTENCIA DEL MISMO, ENTONCES AÍIORA SN SEPTIEMBRE FUI HACER UNA DECLARACIÓN CONTE LAS COSAS COMO HABIAN PASADO QUE FUE CON CONSENTIMIENTO MIO, ENTONCES LA FISCAL SECCIONAL DE PUERTO TEJADA QUE LLEVABA EL CASO ME DIJO QUE NO ME PODÍA RETRACTAR QUE (SIC) SINO ME HABIA PARA LA CARCEL, Y SENTI OTRA PARTE POR PRESION DE LA FISCALÍA POR ESO SEGUI MINTIENDO, ESE DIA ESTABA MI MAMÁ, Y LO QUE YO VENGO A DECIR HOY ES QUE LO SUCEDIDO FUE CON CONSENTIMIENTO MIO, ES TODO. PREGUNTO: MANIFIESTE AL DESPACHO COMO SE ENTERO SU AMIGAMAILIN DEL VIDEO Y, QUE PERSONAS LE CONTO DE LA EXISTENCIA O DONDE VIERON EL VIDEO? RESPONDIO. ELLA SE ENTERA POR COMENTARIOS DE LA GENTE LA EXISTENCIA DE UN VIDEO, DESCONOZCO SI ELLA LO VIÓ, O NO, LO VIO. PREGUNTO MANIFIESTE AL DESPAGHO QUIENES SON LOS."

INDICIADOS? RESPONDIO, SOLAMENTE EL GATO, (JUAN ERNESTO), A QUIEN LE PERMITI HABER TENIDO RELACIONES EN ESE ' MOMENTO, SIN NINGUN TIPO DE VIOLENCIA PUES EL ME EMPEZO A ACARICIAR EL CUERPO Y SE DIERON LAS COSAS, YA QUE TENIA UNA RELACIÓN CON JUAN ERNESTO. PREGUNTO. MANIFIESTE AL DESPACHO CUAL FUE LA PARTICIPACION DE CADA PERSONA QUE ESTUVO EN EL LUGAR DE LOS HECHOS? RESPONDIO. DIEGO KEVIN Y GUSTAVO ESTABA (sic) A 20 METROS DEL RIO SOBRE LA CARRETILLA LAVANDO LA YEGUA, YONNY ESTABA BAÑANDO ADIEZ METROS DE DONDE ESTABA YO CON JUAN ERNESTO, YO ESTABA CON JUAN ERNESTO TENIENDO RELACIONES SOBRE UNA PIEDRA. PREGUNTO. MANIFIESTE AL DESPACHO SI USTED A (sic), TENIDO COPIA DEL VIDEO Y COMO LO OBTUVO? PREGUNTO: NO TUVE COPIA DEL VIDEO Y QUE YA NO EXISTE. PREGUNTO: MANIFIESTE AL DESPACHO SI USTED SE DIO CUENTA SI ALGUNA DE LAS PERSONAS QUE ESTUVIERON EN EL LUGAR DE LOS HECHOS LOS ESTUVIERON GRABANDO? RESPONDIO. NO, ME DI CUENTA DE NADA, PUES HABÍA CONSUMIDO 'MARIHUANA CON JUAN ERNESTO. PREGUNTO. MANIFIESTE. AL DESPACHO SI HUBIERON (sic) MAS PERSONAS DIFERENTES A LOS QUE ESTABA CON USTEDES EN EL LUGAR DE LOS HECHOS? RESPONDIO. ESE DIA SOLAMENTE ESTABAMOS NOSOTROS, EL SITIO ESTABA SOLO. PREGUNTO. MANIFIESTE AL DESPACHO SI DESEA AGREGAR ALGO MÁS A ESTA DILIGENCIA. RESPONDIO. SI QUIERO ACLARAR QUE DENTRO DE LOS HECHOS OCURRIDOS NO HUBO NINGÚN TIPO DE VIOLENCIA, NINGUN TIPO DE AMENAZA, NI FORSEJEOS (sic) COMO INICIALMENTE SE HABÍA MANIFESTADO, COMO LO DIJE ANTERIORMENTE TODO FUE CON CONSENTIMIENTO MIO, LOS HECHOS QUE MANIFESTE FUE POR QUE (sic) ESTABA PRESIONADA POR MI MAMA Y LOS COMENTARIOS QUE ANDABAN RONDADO (sic) Y EL DICHOSO VIDEO (...)."

Fuente: Escrito de audiencia de Preclusión.

Interrogatorio a Indiciado – Kevin Mauricio Fory Fajardo – Fecha diciembre 1 de 2016.

(.. .)CONTESTO· ELDIA DE LOS HECHOS EL 1 DE OCTUBRE DE 2012 SIENDO.MAS O MENOS LAS 2 DE LA TARDE YO' ESTABA EN EL BARRIO 3 DE MARZO. EN MI CASA Y LLEGO DIEGO EN UNA CARRETILLA QUIEN ES EL DUEÑO DE LA MISMA, A INVITARME LA (sic). RIO LOS TUBOS EN LA VEREDA DE BARRAGAN, CUANDO MAS SEGUIDO, LLEGO GATO (JUAN ERNESTO) GUSTAVO, Y YONNY PAR) QUE FUERAMOS AL RIO, SIENDO MAS O MENOS AL TRANCURSO DE UNA HORA LLEGAMOS AL SITIO DONDE SE ENCONTRABA LAS MUCHACHAS KELLY, ANA MARIA NOVIA DE GATO, Y LOS JOVENES JOSE LUIS Y HARVY, CUANDO LLEGAMOS, ELLOS YA SE ESTABAN SALIENDO DEL RIO ANA MARÍA MANIFIESTA. QUE SE (sic) A KELLY QUE SE QUIERE QUEDAR, Y KELLY LE VUELVE A PREGUNTAR .QUE SI SE VAA QUEDAR CON ELLOS, NO SIENDO MÁS KELLY HARVY Y JOSE LUIS SE FUERON, SE QUEDO ANA MARLA CON GATO, QUIENES TIENEN UNA RELACION Y NOSOTROS GUSTAVO, DIEGO YONNY Y YO NOS QUEDAMOS EN LA CARRETILLA LAVANDO LA YEGUA, CUANDO LLEGA GATO Y SACA DOS BARETOS, EL NOS PASA UNO A LOS QUE E ESTAMOS EN LA CARRETILLA, EL Y ANA MARIA SE LLEVAN EL OTRO DONDE ESTABA ANA MARIA CON GATO, NOS AGARRAMOS A FUMAR MARIHUANA LOS QUE ESTABAMOS EN LA CARRETILLA, YONNY SE VA AL RIO Y NOSOTROS VIMOS A ANA MARIA Y GATO ESTAN CHUPANDO TROMPA Y ACARICIANDOSE, DESPUES NOS

PUSIMOS A LAVAR LA YEGUA Y LA CARRETILLA. Y EN EL LAPSO DE ESTE TIEMPO ELLOS GATO Y ANA MARIA, SE METIERON A BAÑAR AL RIO Y DESPUES NOSOTROS NOS BAÑAMOS UNA VEZ TERMINADO DE LAVAR LA CARRETILLA MAS O MENOS SIENDO 5:30 O 6 DE LA TARDE MAS O MENOS PROCEDIMOS A VENIRNOS TODOS EN LA CARRETILLA, ANA MARIA Y GATO VENÍAN EN LA CARRETILLA BESANDOSE Y CONTENTOS LUEGO DEJAMOS A ANA MARIA EN LA ESQUINA DE LA CASA Y LOS DEMAS'SEGUIMOS HASTA.EL BARRJO DONDE.VIVIMOS. PREGUNTO. MANIFIESTE AL DESPACHO. HACE CUANTO SOSTENIA UNA RELACION DE NOVIOS ANA MARIA Y GATO? RES'PONDIO. HASTA DONDE YO SE LLEVABAN MÁS O MENOS 3 MESES, YA LOS HABÍA VISTO JUNTOS BESANDOSE. PREGUNTO. MANIFIESTE AL DESPACHO DESDE HACE CUANTO CONOCE USTED A LA SEÑORITA ANA MARIA? RESPONDIÓ. LA DISTINGO DESDE NIÑOS SOMOS CONOCIDOS DEL MISMO SECTOR. PREGUNTO. MANIFIESTE AL DESPACHO SI PARA LA ÉPOCA DE LOS HECHOS USTED TENÍA CELULAR, QUE TIPO Y SI USTED GRAVO? (sic) ALGÚN VIDEO O OBSERVO SI ALGUIEN GRAVO (sic) UN VIDEO? RESPONDIÓ. SI TENÍA CELULAR UN ALCATEL CON LINTERNA, NO OBSERVE A NADIE GRAVANDO VIDEO. PREGUNTADO. MANIFIESTE AL DESPACHO SI LOS DEMÁS TENÍAN CELULAR EN EL MOMENTO DE LOS HECHOS Y QUE TIPO? RESPONDIÓ. SI TENÍAN TODOS, PERO NINGUNO TENÍA CÁMARA. (...)"

Fuente: Escrito de audiencia de Preclusión.

Interrogatorio a Indiciado Juan Ernesto Díaz Valencia – Fecha marzo 9 de 2017.

"(. . .) CONTESTO. yo sostenía una relación con la señora ana (sic) maría (sic) Arrechea (sic) hace uno dos o tres meses, el día de los hechos yo había hablado con ella en horas de la mañana y ella me dio saber que iba con un amigo para el rio quedamos de que ella me dijo que si yo podía ir para encontrarnos en el río, entonces tipo una de la tarde diego (sic) amigo mio me dijo que había terminado de trabajar y me dijo que si íbamos ir al rio y yo le dije que listo que fuéramos, antes de ir al rio llegó Kevin, Gustavo y Johnny, y los invitamos la (sic) rio, nos fuimos en la carretilla de diego (sic), llegando al lugar en eso Ana María, José (sic) Luis, Kelly y harvy ya se iban del sitio, pero entonces ana (sic) maría (sic) le dijo a Kelly, que se quedaba porque yo me había quedado de ver con ella, los amigos de ana (sic) maria (sic) se fueron, ana (sic) maria (sic) se quedó con nosotros, yo saque dos baretos yo le di unos (sic) a mis amigo (sic) y yo me lleve el otro para el rio con ana (sic) maria (sic),, **de allí no lo fumamos el bareto sentados en una Piedra nos relajamos, yo la empecé a besar a ella y acariciar hasta que tuve relaciones con ella** en el rio, en horas de la tarde ya decidimos venimos, dejamos a ana (sic)' maria (sic) en la esquina de la casa de ella, y yo seguí con mis amigos al barrio. PREGUNTO. Usted observo (sic) si alguien llevó (sic) celular a sitio? RESPONDIÓ. Todos tenía (sic) celular pero ninguno era de cámara estos celulares eran de marca Nokia 1100 y un alcatel, (sic) que tampoco tenía (sic) cámara. PREGUNTO. Observó (sic) si alguien estaba filmando en el sitio. RESPONDIÓ. La verdad no observé que nadie estaba filmando, yo estaba con ana (sic)' maria (sic) en la piedra y mis amigos estaban a una distancia de 50 metros, al lado del canal junto a la carretilla. PREGUNTO. Usted observo (sic) si Kevin (sic) estaba filmando con algún celular? RESPPONDIÓ. Kevin no él no estaba cerca donde yo

estaba, reintero (sic) que mis amigos se quedaron cerca a la carretilla fumándose el bareto que yo les había pasado, en ningún momento nadie se acercó donde yo estaba con mi novia. PREGUNTÓ. Desea agregar algo más (sic) a esta diligencia? RESPONDIÓ. si, yo soy inocente de las cosas, nosotros sosteníamos una relación de hace más o menos tres meses y ella era consiente (sic) de lo que hacía, lo que sucedió con consentimiento de los dos sin generar delito alguno (...)”

Fuente: Escrito de audiencia de Preclusión.

SE FALTA A LA VERDAD – ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Si bien el artículo 229³ Superior es de vital importancia para todas las personas habitantes de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, con el podemos acceder a la justicia, como lo hizo la madre de la menor afectada quien denunció los hechos ocurridos en octubre 1 de 2011², pero posteriormente la menor cambio su versión EXPONTÁNEA, manifestando situaciones contrarias tales como.

Manifestó que la cogieron a la fuerza y uno de ellos me violó.

Así mismo estableció que le quitaron la licra y el interior.

Que ella se le sopló marihuana y todo el piso se le movía.

Que Kevin gravo con la cámara.

... sic...entonces todos 5 me dijeron que me metiera al río, y yo me metí y se me fue atrás **Gato y Kevin**, entonces Gato pretendía que yo tuviera relaciones con los dos con Gato y Kevin, y yo les dije que no y ellos se salieron y yo me senté en una piedra, y se me arrimo gato y me miraba morbosos y me iba a tocar y yo le dije que no, y los otros estaban en la carretilla

Posteriormente manifestó en la Entrevista, que:

Que fumo marihuana con uno de ellos El Gato (Juan Ernesto Díaz Valencia), sic..

Que vacilaba con El Gato que eran novios que llevaban más de dos o tres meses,

Que las relaciones sexuales fueron bajo su consentimiento... sic..

Que denunció fue por el video.

³ Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

Así mismo ante el Médico que le hizo el reconocimiento, manifestó:

*Me fui a bañarme al Río con 2 amigos y una amiga – luego del baño yo me quede en el río con cinco (5) jóvenes conocidos que llegaron al río – fumaron marihuana y **luego me cogieron a la fuerza me quitaron la licra y el interior y uno de ellos me violó luego le conté a mi mamá porque salió en un video.** Lugar de los hechos vereda Barragán Río Palo. Negrillas, cursiva y subrayado propios.*

Se arguye que faltando a la verdad tanto de la víctima menor como del victimario se quiere construir falsamente un título de imputación objetiva para sacar provecho de nuestro Estado Social y Democrático de derecho, disminuir nuestro ERARIO, para minimizar inversiones sociales incursas en los Componentes del Bienestar Social.

Igualmente con el actuar de Juan Ernesto Díaz Valencia infringió el Principio Constitucional establecido en el artículo 6⁴ Superior, como también se incumple al artículo 95⁵ Superior. Con ello se predica Culpa de la Víctima y hechos de terceros.

Posición de la Honorable Corte Constitucional Frente a la Retracción:

Para concluir, se señala que la retractación no solo viola el artículo 21 Superior, en cuanto a que no toma previsiones para proteger la honra, sino que permite que se pueda conculcar el derecho constitucional y penalmente protegido y que finalmente el responsable, por medio de una infame retractación pueda eludir la pena, sin siquiera tener que hacer una reparación del derecho desde la perspectiva económica.

Se viola también el artículo 250, inciso 6, en cuanto a que se permite que se vulnere el derecho constitucionalmente protegido y que el delincuente quede en la impunidad, sin haber reparado a la víctima, sin haber restablecido el derecho consagrado, con una simple retractación, para la cual, ni siquiera se tiene en cuenta el pensamiento y la voluntad de la víctima.

Expresa que mediante sentencias C-489 de 2002 y C-417 de 2009 se desvirtuaron las afirmaciones de los demandantes, según las cuales, i) la retractación lesiona los artículos 2 y 21 Superiores y ii) no constituye una forma eficiente de retribuir a la víctima los

⁴ Artículo 6°. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

⁵ Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Sic..

7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;

perjuicios generados por el delito. Indica que aun cuando los actores discuerdan con los argumentos esgrimidos en dichas providencias, no presentaron una verdadera argumentación jurídica, quedándose en las meras críticas. Es decir, no lograron romper los principios de preservación del derecho, seguridad jurídica y la presunción de constitucionalidad de las normas demandadas.

"(...) La retractación no altera ni el carácter antijurídico de la conducta ni la culpabilidad del agente, pero ha estimado el legislador que ella es indicativa de que no se requiere de la aplicación de la pena y por consiguiente no cabe proseguir el proceso orientado a establecer la responsabilidad jurídico penal por ausencia de necesidad preventiva de sanción penal.(...)"

sic...la retractación se extingue la acción penal y no hay lugar a que se declare la responsabilidad jurídico penal, **ello no afecta la responsabilidad civil en que pueda haber incurrido el agente. Cuando, independientemente de su eventual connotación penal, con una conducta dolosa o culposa se cause un daño real y efectivo conforme al artículo 2341 del Código Civil, el afectado podrá acudir a la jurisdicción civil para obtener la correspondiente indemnización.**" (negrilla fuera de texto)

"(...) la acción de retractarse se refiere a un **"volverse atrás de una cosa que se ha dicho o de una actitud que se ha mantenido"** a **"desdecirse de lo que se ha dicho"** y la rectificación a un **"quitar las imperfecciones, errores o defectos de una cosa"**, sic...

Así mismo Juan Ernesto Díaz Valencia fue el que le suministro el estupefaciente marihuana, a la menor. Teniendo en cuenta que esta sustancia psicotrópica altera las condiciones del ser humano. Por ello es importante traer a colación lo sentado lo siguiente:

Posición de la Honorable Corte Constitucional en la **Sentencia C – 253 de 2019** – junio – 06.

Por otro lado, dentro de las sustancias ilegales se encuentran también depresoras como la marihuana, que a su vez tiene efectos psicodislécticos, es decir que alteran el funcionamiento mental normal, y estimulantes como la cocaína y las anfetaminas que aceleran los procesos mentales básicos y superiores. Además dentro de **las sustancias ilegales** se encuentran los alucinógenos cuyos efectos generales están relacionados con **la percepción distorsionada del ambiente y de sí mismo, y en dosis bajas con el desprendimiento o indiferencia al entorno;** dentro de este grupo se encuentran sustancias como los ácidos (LSD), hongos, yagé, la escopolamina, entre otras."

Para los accionantes, las medidas acusadas **"también tienen efectos simbólicos, así en la percepción del resto de la población, se está difundiendo la idea de que ser consumidor de bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas en el espacio**

público es una actividad asociada con actividades criminales. Es decir, aquel que fuma marihuana o se toma una cerveza en un parque también es un ladrón o un traficante. Es un juicio valorativo que se le hace al consumidor en el que imperan los prejuicios de una moral que no puede imponerse a la totalidad de la población en aras del orden público (...). Negrillas, cursiva y subrayado propios

11.- OBLIGACIÓN DE SOPORTAR LA MEDIDA:

Sobre la obligación que tienen todas las personas de soportar la acción de la justicia cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera-, del H. Consejo de Estado, en sentencia de fecha 25 de julio de 1994, Proceso No.8666, Actora: María Berenice Martínez de Bolívar y otros, con ponencia del H. Consejero de Estado Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO, expresó lo siguiente:

"La indebida retención de la joven Claudia Patricia, tampoco resultó demostrada. Ella fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final, no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella median circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras conjeturas.

Y en sentencia de fecha noviembre 17 de 1995, Actor Ferney Gualteros Nungo, esta misma Corporación reiteró este criterio señalando lo siguiente:

"La responsabilidad estatal no se deducirá, entonces, en forma automática de la sola revocatoria de la detención preventiva impuesta, pues como también lo ha dicho la Sala, cuando no hay nada que evidencie ilegalidad en la retención y existan motivos que la justifiquen ella es una carga que deben soportar los ciudadanos."

Si en los casos mencionados con anterioridad, los ciudadanos están obligados a soportar la medida de restricción de la libertad, más aún cuando en este caso de reparación directa existían indicios y pruebas de la responsabilidad penal en su estadio procesal de la imposición de la medida de aseguramiento.

Pretender que cada vez que se retenga a un ciudadano para verificar su responsabilidad en un hecho delictivo, se compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, sería

tanto como aceptar que tanto la Fiscalía como la Policía no pudiera adelantar las actuaciones que por ley le corresponden, quedando atados de pies y manos, sin autonomía, sin independencia, sin poderes de instrucción, sin libertad para recaudar y valorar las pruebas para el cabal esclarecimiento de los hechos punibles y de sus presuntos autores, una afirmación de tal naturaleza conllevaría a la denegación misma de la justicia y un flagrante desconocimiento de la potestad punitiva que tiene el Estado.

El ordenamiento legal ha permitido la retención transitoria de una persona con unos determinados requisitos, como es el caso que nos ocupa, y por este simple hecho el Estado no puede ser condenado, pues éstos hechos permiten dicha retención transitoria.

El análisis que sobre la responsabilidad patrimonial del Estado se haga frente a un caso concreto y determinado, no debe hacerse con fundamento en lo que comparativamente sería un Estado ideal, sino teniendo en cuenta las especiales y reales circunstancias de una actuación jurisdiccional, que permitan establecer frente a cada caso, qué era lo que en verdad se podía esperar en torno a la prestación del servicio público, lo cual se traduce en la noción de la relatividad de la falla del servicio acogida por el Consejo de Estado en sentencia de abril 8 de 1994, expediente 8673, con ponencia del H. Consejero doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA.

Por ello, aquellas decisiones que sean el resultado de un proceso intelectual o el fruto de un proceso racional de valoración probatoria o de interpretación de la ley o de una sentencia constitucional, como en el presente caso, se encuentran libres de reproche, pues en estas condiciones la decisión constituye el legítimo ejercicio de la órbita de competencia del operador judicial o administrativo y es consecuencia de la vigencia en nuestro régimen jurídico de la sana crítica como sistema de valoración probatoria.

En este orden de ideas, el daño alegado en la demanda, no tenía la categoría de antijurídico y la persona en este caso, se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial.

12. FALTA DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO:

Esta es otra de las razones en las que se fundamenta esta contestación por medio de esta excepción de fondo. Las actividades funcionales y competencias con la otra demandada (Rama Judicial-DEAJ), son sustancialmente diferentes a las de la FGN, precisamente por disposición del artículo 250 constitucional y por la misma Ley 906 de 2004.

Lo anterior radica en que con la entrada en vigencia de la Ley 906/2004, ya la FISCALÍA NO TIENE COMPETENCIA JURISDICCIONAL, solo de investigación, como SÍ la tiene la RAMA JUDICIAL a través de sus Jueces.

Los presuntos responsables penales son puestos a disposición del JUEZ CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS en vigencia de la Ley 906 de 2004, razón por la cual, las

atribuciones y competencias de mi representada cambian notablemente en el trámite de proceso penal, cuyo protagonista principal es el JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS, pues la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN se convierte en sujeto procesal más, destacándose que en tal sistema, ya no es esta Institución la que impone la medida de aseguramiento porque **NO tiene facultades jurisdiccionales**, sino que dicha función está en cabeza de un Juez de la República, lo que en efecto en el presente caso sucedió. Una vez presentada la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, legalización de captura, de formulación de cargos, con los elementos materiales probatorios, como lo eran evidencia física, el Juez **CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, declara la legalidad de la captura e impone medida de aseguramiento privativa de la libertad; autoridad judicial que cuenta con todas las facultades constitucionales y legales para decretar o NO tal medida si así lo determina, si en su criterio la misma no era razonada y prudente, entonces bien puede desestimar la petición elevada por el ente acusador en dicha etapa procesal de la investigación y así evitar la privación de la libertad, como ello no sucedió en este caso.

Así las cosas, de manera alguna puede aceptarse la aseveración realizada en la demanda frente a mi representada es responsable por la privación injusta de la libertad, cuando la medida de aseguramiento fue proferida por el Juez **CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, como está probado en el proceso penal, no siendo competencia de la Fiscalía General de la Nación proferir dichas medidas restrictivas en el nuevo sistema acusatorio, pues el papel del ente acusador se limita a **SOLICITAR** la imposición de dicha medida, apoyándose en el material probatorio recaudado hasta ese momento procesal, cuya petición fue presentada por la Fiscalía, la cual se sometió a consideración del Juez de Control de Garantías, quien está investido de todas las facultades necesarias para llegar a la verdad de los hechos. Por lo tanto, dicho Juez de la República, no está sometido a la órdenes del Fiscal de turno, siendo autónomo y libre para adoptar las decisiones restrictivas o no de la libertad, pues finalmente esa es su función: "controlar que no se vayan a violentar o violar derechos fundamentales como el de la libertad de una persona, por parte de los demás intervinientes del nuevo proceso penal", es decir como la Fiscalía General, así como solicitó la captura y la imposición de medida, bien el JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS pudo haberla negado o no.

De lo anterior es ajustado a derecho colegir que la Fiscalía General de la Nación en su actuar dentro de la investigación penal adelantada, obró de conformidad con la obligación y funciones establecidas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos, esto es, la Ley 906 de 2004.

En ese sentido, la Ley 906 de 2004 o nuevo Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 306, que la **Solicitud de imposición de medida de aseguramiento se hará por El fiscal 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 evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.** Y a renglón

seguido establece, la citada ley, la obligación del juez de control de garantías de emitir la decisión **de imponer o no imponer la medida solicitada, una vez escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa.**

Otro de los requisitos que ordena la Ley 906 de 2004, para legitimar la imposición de la medida de aseguramiento y dar validez a la respectiva audiencia, es la presencia del defensor, requisitos todos que se reunieron en el presente caso.

Honorable Juez, es conveniente señalar que de acuerdo a las normas antes citadas, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, correspondiéndole al Juez de Control de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por el ente investigador y su equipo, y decretar las que estime procedentes, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer, sin coacción alguna, libremente bajo su autonomía judicial.

No en vano, la **Sentencia C-025/2009 de la Corte Constitucional**, referencia frente al nuevo sistema penal acusatorio y frente a la FGN lo siguiente, destacó las finalidades perseguidas con la introducción del nuevo modelo procesal penal y concretó que la Fiscalía:

(i) Quedó despojada en sentido estricto de funciones jurisdiccionales; (ii) se configuró un juicio público, oral, contradictorio y concentrado en cabeza del juez de conocimiento; (iii) hay una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar; (iv) crear la figura del juez de control de garantías, a quien se le asigna la función de ejercer un control previo y posterior de legalidad sobre las actividades y diligencias llevadas a cabo por la Fiscalía General en el ejercicio de su actividad investigativa.

La misma Sentencia predica frente al Juez de Control de Garantías:

"Al juez de control de garantías se le asignaron en el nuevo sistema procesal penal competencias para adelantar (i) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas excepcionalmente por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; e (vi) igualmente autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. Es por ello que al juez de control de garantías le corresponde examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino si además son o no proporcionales, es decir, (i) si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental es

adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si la medida es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que esta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

(...)

"En el nuevo sistema procesal penal la labor del ente de investigación se desarrolla con especial énfasis en la función acusatoria, enfocándose en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado. En ese sentido, los actos de la Fiscalía no son jurisdiccionales sino de investigación, con excepción de aquellos que impliquen restricción de los derechos fundamentales de las personas, los cuales deben ser en todo caso controlados por el juez de garantías, quien los autoriza y convalida en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales". (Subrayado fuera de texto).

En el presente caso, tal y como ya se indicó, el juez consideró que se daban los requisitos exigidos por la norma procedimental y conforme al caudal de elementos probatorios allegados a la investigación, legalizó la captura y le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, luego de ninguna manera puede endilgarse a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN la responsabilidad deprecada en la demanda con ocasión de la privación de la libertad del demandante, pues si la solicitud de la medida de aseguramiento de detención preventiva elevada por el ente acusador no estaba ajustada a derecho porque reunía los requisitos exigidos para su imposición, no existían los elementos materiales probatorios suficientes que acreditaran la participación de la hoy demandante, bien pudo el Juez de Control de Garantías no decretarla y por ende evitar la detención de aquel como autor de los punibles endilgados, al haber previamente confirmado la información suministrada por esta Institución, pues se reitera que la función de mi representada es solicitar la imposición de la medida preventiva de restricción de libertad y no se trata de una orden que los Jueces de la Republica deban cumplir en atención a las peticiones que el ente fiscal solicite ante sus estrados, pues se reitera que la prolongación de la libertad de la parte afectada, por la cual hoy pretende obtener una indemnización económica, obedeció al papel desempeñado por el Juez de Control de Garantías y del mismo Juez con Funciones de Conocimiento.

Así las cosas, sorprende que en el libelo se endilgue que la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es responsable de la privación injusta de la libertad, toda vez que la medida de aseguramiento fue proferida por el Juez de Control de Garantías como se encuentra probado en el proceso penal.

Ahora bien, se pone de presente al Respetado Juez, que en Sentencia posterior a la referida por el *A Quo*, el Honorable Consejo de Estado, al resolver un medio de control de reparación directa originado por la privación de la libertad bajo la Ley 906 de 2004 señaló:

(...) 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)⁶

Señala el Artículo **308** de la Ley 906 de 2004 lo siguiente:

⁶ Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. doctor Hernán Andrade Rincón.

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

Del artículo transcrito se observa que está dentro de la discrecionalidad del JUEZ DE CONTROL DE GARANTÍAS decretar o no la medida de aseguramiento, y así mismo se entiende que la solicitud de la Fiscalía no lo obliga.

Para complementar el análisis de la norma referida, resulta pertinente también acudir a uno los métodos de interpretación de la ley que se encuentra establecido por el Código Civil, en el artículo 28, que establece: "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas..."

Por ello, es válido acudir a las definiciones que sobre las expresiones "decretar" y "a petición" brinda el Diccionario de la Lengua Española editado por la Real Academia Española:

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

De lo indicado, por el alcance gramatical de las palabras en el texto de la Ley, puede deducirse la misma conclusión dada por el Honorable Consejo del Estado, que no es otra que es el Juez de Control de Garantías quien tiene la autoridad o facultad para decretar la medida de aseguramiento, y la autoridad de la Fiscalía se agota con la petición que eleva al juez.

De esta manera, el juez de primera instancia NO puede desconocer el rol que desarrolla cada parte dentro del proceso penal; pues como ya sé menciono, es el Juez de Garantías el único quien ostenta la jurisdicción para interponer la medida de aseguramiento.

El rol del Juez de Control de Garantías le permite analizar o estudiar el marco fáctico y jurídico de la investigación, donde se describen los hechos que permiten la configuración, también de la imputación jurídica que deba tomar en decisión, con inclusión de sus consecuencias. Este tipo de actos judiciales hace parte de la **autonomía de la autoridad judicial** penal para el ejercicio de sus funciones en cabeza de la RAMA JUDICIAL por intermedio de sus Jueces de Control de Garantías, sin que ello implique un título objetivo de imputación de responsabilidad estatal en el presunto daño antijurídico de privación de la libertad, alegada.

Como puede observarse, son **DISTINTAS** las competencias de la Rama Judicial y de la Fiscalía.

Así mismo se observa la **Sentencia C- 276 de 2019**, proferida por la Honorable Corte Constitucional. Que se transcribió en líneas anteriores (páginas *infra* 15 a 17)

13. TEORÍA PROBATORIA PENAL: EL ANÁLISIS DE APLICACIÓN PROBATORIA O PROGRESIVIDAD DE LA PRUEBA EN MATERIA PENAL EN CADA FASE O ESTADIO PROCESAL PENAL, FRENTE A LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO:

Ruego con todo respeto Honorable Juez no desconocer que, en la imputación de responsabilidad administrativa por cuenta de una potencial acción de reparación directa a la Fiscalía, no puede aplicarse en forma mecánica o instrumental casi ligera o parcializada como lo da a entender el accionante en su libelo, por que opera una absolución u una preclusión penal; sino que, como lo dice el Alto tribunal en la Sentencia No. 54001 23 31 000 2000 01834 01(Exp. 30134) del Consejo de Estado - Sección Tercera, de 10 de Agosto de 2015 con M.P. Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, esa responsabilidad "...debe corresponderse con los mandatos convencionales y constitucionales de la justicia material..."

Hay que tener en cuenta Honorable Señoría que la exigencia probatoria dentro del proceso penal es progresivamente mayor a medida que avanza su curso, por ende, la **prueba** requerida para solicitar y decretar la medida de aseguramiento en la ETAPA DE INDAGACIÓN y en FASE DE AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONTROL DE GARANTÍAS es menor que la requerida para proferir sentencia condenatoria en la ETAPA DE JUZGAMIENTO. Pues respecto de esta última se requiere plena prueba de la responsabilidad del implicado en la comisión de la conducta punible, de manera que bien puede suceder que se encuentren reunidas las exigencias objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento que implique la restricción de la libertad y finalmente la prueba resulte insuficiente para proferir decisión adversa al procesado en juicio, evento en el cual prevalece la falta de pruebas o la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio de in dubio pro reo. Sin embargo, en este caso, tal situación no implica por si misma que hayan sido desvirtuados los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento y, por ende, no puede afirmarse que la detención habrá sido injusta.

La progresividad de la exigencia probatoria debe valorarse en este caso Su Señoría, INDUDABLEMENTE.

Para mayor comprensión, miremos los nuevos estándares de PRUEBAS en el actual sistema penal acusatorio:

EN LA INDAGACIÓN (para imputar y solicitar medida de aseguramiento):	PARA ACUSAR (sustentar la acusación):	EN JUICIO:
Es Grado de INFERENCIA RAZONABLE de autoría o responsabilidad penal -Art.287 C.P.P.-	Es Grado de PROBABILIDAD DE VERDAD de la responsabilidad penal	Es Grado de CONOCIMIENTO más allá de toda Duda de la responsabilidad penal

En otras palabras, en materia penal y en Ley 906 DE 2004, la PRUEBA PARA DICTAR SENTENCIA en juicio es DISTINTA a la que previamente se valora en la orden de captura o en la de decreto de medida de aseguramiento, la cual debe ser de tal magnitud en sentencia que ponga fin a tal instancia.

Aquí es dable detenerse a analizar lo que se cómo el "grado de inferencia razonable", sobre lo cual se entiende que se exige un grado mínimo sobre la responsabilidad del sindicado, lo que a contrario sucede con el grado de PROBABILIDAD DE VERDAD para el proferimiento de sentencia condenatoria (juicio a cargo del Juez de Conocimiento).

De ahí que, en este caso de reparación directa, queda plenamente justificada la privación de la libertad por parte del Juzgado de Control de Garantías.

A su vez, se precisa como **el sindicado o indiciado debe asumir la carga de la investigación**, la cual incluye desde el llamamiento al proceso en forma libre y voluntaria hasta la imposición de una medida preventiva de detención, cuando con su actuación haya dado lugar a establecer una relación con el hecho delictuoso, siendo en consecuencia la medida de aseguramiento un acto legal de la administración de justicia.

Honorable Juez(a), me permito traer a colación que nuestra Carta Política en su artículo 28 da autonomía, libertad e independencia al funcionario para interpretar los hechos sometidos a su conocimiento y así mismo aplicar las normas constitucionales y legales que juzgue apropiadas para resolver el conflicto, haciendo prevalecer el derecho sustancial, como es el caso en estudio.

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un daño antijurídico por privación injusta de la libertad.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que el Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos establece como requisito sustancial para la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva, la existencia de pruebas que permitan establecer un Grado de INFERENCIA RAZONABLE de autoría o responsabilidad penal, requisito que estaba más que satisfecho en este caso, puesto que de acuerdo a la investigación adelantada por la Fiscalía, concurría material probatorio que indicaba que la responsabilidad penal del o los delitos imputados.

En el presente caso, la presencia de indicios serios no sólo determinó la solicitud de imposición de la medida preventiva, sino, además, revistió el deber de soportar la carga de la investigación.

Luego, aun cuando la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento, y continuó la investigación del proceso, esta decisión no constituye por sí sola falla del servicio o error judicial o un defectuoso funcionamiento de la a.j., pues se debe entender que en el momento procesal existían las pruebas suficientes para decretarla, los indicios graves de

responsabilidad, por ende era procedente decretarla y continuar la investigación en aras de buscar la verdad de los hechos y la identificación de los responsables.

Pero ¿qué llevó al convencimiento del Juez de Control de Garantías de aplicar la medida de aseguramiento frente a la Teoría de la Progresividad Probatoria en mención?:

En la AUDIENCIA CONCENTRADA o PRELIMINAR, se contaban con los elementos probatorios en **Grado de INFERENCIA RAZONABLE de autoría o responsabilidad penal** que permitieron que la FISCALÍA ejerciera su COMPETENCIA FUNCIONAL y solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia al proceso penal, la conservación de la prueba y porque no la protección de la comunidad.

Y consecuentemente como actuó el Juez ante tal solicitud?: Cumplió con lo previsto en el artículo 308 de la Ley 906/2004, esto es, decretó la medida de aseguramiento cuando los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, **infririó razonablemente** que podía(n) ser autor(es), coautor(es) o partícipe(s) **A ESE MOMENTO O ESTADIO PROCESAL de la conducta delictiva que se investiga**, y además como Juez de Control de Garantías acreditó cumplidos **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.

14. INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO:

Se precisa señalar que la protección consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta o irrestricta, pues constitucional y legalmente es viable la pérdida de la libertad en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como es en el caso de la figuras denominadas **CAPTURA** y **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO CONSISTENTE EN DETENCIÓN PREVENTIVA**, que han sido establecidas como mecanismos apropiados y justificados para asegurar la comparecencia de la persona ante el respectivo investigador y de esta manera evitar que se entorpezca su labor.

En efecto, en el presente caso si bien es cierto el demandante soportó la privación de la libertad como consecuencia de la captura que contra éste se materializó, debe indicarse que esta se efectuó en cumplimiento de una sentencia condenatoria proferida por el Juzgado y NO por la Fiscalía; sentencia que a la postre, permaneció supérstite conforme a los mismos hechos de la demanda.

15. - GENÉRICA(S): Se solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos fácticos o jurídicos se determinen en el proceso.

G. ACLARACIÓN FRENTE A LA ESTIPULACIÓN DEL PARÁGRAFO 1° DEL ART.175 DEL C.P.A.C.A

En relación con la advertencia y/o exigibilidad que se imparte en el parágrafo primero del artículo 175 del CPACA, aclaro que como quiera que se trata de un proceso penal que era de conocimiento de la Rama Judicial, el expediente procesal penal no se encuentra en poder de la Fiscalía General de la Nación, sino de la Rama Judicial, la entidad que si estaría legitimada en la causa por pasiva en el presente asunto.

H. PETICIÓN(ES)

Sean las anteriores, razones suficientes por las que respetuosamente me permito solicitar se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda contra mi representada, y se declaren las excepciones propuestas.

En conclusión, no configurándose ningún daño antijurídico ni falla del servicio ni error judicial, ni mucho menos una privación injusta por cuenta de la Fiscalía General de la Nación, ruego al despacho proferir sentencia que absuelva de todo tipo de responsabilidad a mi representada.

I. ANEXOS

Acompaño al presente memorial los siguientes:

1. Poder debidamente conferido al suscrito
2. Copia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de quien otorga poder

J. NOTIFICACIONES PERSONALES Y COMUNICACIONES PROCESALES

Mi representada y el suscrito profesional en: Calle 3 No.2-76 Barrio La Pamba – Oficina Dirección de Asuntos Jurídicos FGN Popayán. Igualmente a través de los correos: para notificaciones judiciales: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; elier.castillo@fiscalia.gov.co

Del(a) Honorable Juez(a),

ELIER ERNEY CASTILLO CÁRDENAS

C.C. 10.480.196 expedida en Santander de Quilichao Cauca
T.P. No. 140.187 del C.S. de la Judicatura.
Calle 3 No. 2 – 76 Barrio la Pamba - Popayán Cauca.

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Calle 3 No.2-76
POPAYAN

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
elier.castillo@fiscalia.gov.co
www.fiscalia.gov.co



JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO
CIRCUITO DE POPAYÁN - CAUCA

RECIBIDO

HORA 3:24 p.m.

FECHA 30 ENE 2020

RECIBIÓ *Franklin*

Doctora

MARÍA CLAUDIA VARONA ORTIZ

Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán
Ciudad

Referencia: Radicación: **2019 - 00190 - 00**

Proceso: REPARACIÓN DIRECTA

Actor: **JUAN ERNESTO VALENCIA DÍAZ Y OTROS**

Demandado: NACIÓN - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA
NACIÓN.

MARÍA FERNANDA CONCHA CERÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.272.637 expedida en Popayán Cauca y Tarjeta Profesional de Abogado No. 121.893 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderada de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán; dentro del proceso citado en la referencia, en virtud del poder conferido por la Doctora DEYANIRA GUERRA VILLABON, vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 38.262.685 expedida en Ibagué, en condición de Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, Cauca, cargo para el cual fue nombrada mediante Resolución No. 4332 del 10 de junio de 2019, emanada de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y posesionada el 11 de junio de 2019, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 7 del artículo 103 de la Ley 270 de 1.996, respetuosamente me permito dentro del proceso citado en la referencia y dentro del término legal, **contestar la demanda** en los siguientes términos:

A LA PETICIÓN

Me opongo a la solicitud de que sea mi representada la que responda en el sub judice por los daños y perjuicios deprecados por la parte actora, dado que los hechos en que se fundan, no constituyen **PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD**, error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia atribuible a la Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

En subsidio de la anterior petición, solicito respetuosamente disponer en sentencia de instancia, que no le asiste a mi mandante responsabilidad u obligación alguna de resarcir los supuestos perjuicios demandados y condenar en costas a la parte actora.

EN CUANTO A LOS HECHOS QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LA DEMANDA

En cuanto a los hechos no me constan, me atengo a los que resulten probados dentro del proceso, que tengan relación con las pretensiones de la demanda, sin perjuicio de que sean relevantes en el juicio.

En todo caso corresponde señalar que en efecto son los Jueces Penales o Promiscuos con funciones de control de garantías, en vigencia del Sistema Penal Acusatorio consagrado en la Ley 906 de 2004, los encargados de proferir las medidas de aseguramiento en contra de los procesados en materia penal, no obstante, dicha actuación se despliega en respuesta a la solicitud efectuada por la Fiscalía General de la Nación sobre la imposición de medidas de aseguramiento en cada uno de los procesos penales cuando entiende que a ello hay lugar, conforme a los elementos materiales de índole probatoria que dicha institución le presente para tales menesteres.



RAZONES DE LA DEFENSA

El proceso penal que dio origen al presente medio de control, se desarrolló de conformidad con el nuevo Sistema penal contenido en la Ley 906 de 2004, en tres etapas claramente definidas:

Preliminar: se agota ante la Fiscalía con participación de la Policía Judicial. Es la etapa de averiguación, de instrucción, donde eventualmente se acude al Juez de Control de Garantías a fin de que autorice la práctica de ciertas diligencias.

Investigación: Comporta la delimitación del delito e identificación del sujeto activo. Ante el Juez de Control de Garantías se formula por parte de la Fiscalía la imputación respectiva.

Juicio Oral: Etapa que se desarrolla ante el Juez de Conocimiento, tras la radicación del escrito de Acusación por parte de la Fiscalía.

En este contexto, las funciones de los Jueces y Juezas en el nuevo Sistema Penal Oral Acusatorio, están claramente detalladas y definidas:

a.- La Función de Control de Garantías: Desarrollada por el Juez de Control de Garantías, actividad que radica en esencia, en controlar y verificar el cumplimiento de los requisitos legales para la imposición de medidas restrictivas de la libertad, de verificación de las medidas tendientes a la conservación de la prueba y en casos de captura por flagrancia, efectuar el control de legalidad posterior. Estas funciones se ejercen con la única finalidad de garantizar los derechos fundamentales y evitar las restricciones arbitrarias.

b.- La Etapa del Juicio Público Oral: Corresponde adelantarla al Juez de Conocimiento, quien previa presentación del escrito de Acusación por parte de la Fiscalía, da inicio a esta etapa, en la cual se abre el debate probatorio con el descubrimiento de las pruebas para finalmente definir la responsabilidad penal bajo los criterios de objetividad, verdad y justicia.

Acerca del papel del Juez de Garantías, la Corte Constitucional ha indicado:

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

El Juez con Funciones de Control de Garantías debe velar para que en el proceso se garanticen y protejan los derechos constitucionales del imputado, de tal suerte que para legalizar la captura, formular la imputación y decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva, solicitada previamente por la Fiscalía con base en la investigación



iniciada por el organismo investigador, debe verificar que la medida procure el cumplimiento de los fines constitucionales del artículo 250 y cumpla los requisitos del artículo 308 de la citada ley para imponer dicha medida de aseguramiento, con base en lo establecido en los artículos 306 del Código de Procedimiento Penal, disposiciones que regulan lo relacionado con las medidas restrictivas de la libertad, así:

“Artículo 306: *Solicitud de imposición de medida de aseguramiento. El Fiscal solicitará al Juez de Control de Garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos, conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente. Escuchados los argumentos del fiscal, el Ministerio Público y la defensa, el juez emitirá su decisión. La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.*” (Subrayado fuera de texto).

“Artículo 308: *Requisitos. El Juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información, obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:* (subrayado fuera de texto):

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.”*

En tal medida, cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer si es viable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debe acometer una evaluación compleja que no sólo comprende presupuestos formales y sustanciales, sino también en torno a su necesidad, elementos que fueron observados por nuestro juez al dictar la medida de aseguramiento solicitada con base en los argumentos presentados por la Fiscalía.

Pero además de la anterior normatividad, ese asunto penal tramitado contra el ahora demandante, debía adelantarse conforme lo establecido por el **Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)** ya que el sujeto pasivo del hecho punible era la **menor de edad ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA**, y por tanto, las autoridades de investigación y de conocimiento debían sujetarse a lo previsto en esta normatividad especial:

“ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. *Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las reglas:*

1. *Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad, previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.*
2. *No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.*
3. *No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.*



4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.
5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.
6. En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.
7. No procederán las rebajas de pena con base en los "preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado", previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.
8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva..." (Negrilla y Subrayado fuera del texto legal).

Es fundamental resaltar que la razón de ser de este tratamiento diferenciado en asuntos penales en los que sea víctima un menor de edad, tiene su fundamento y razón de ser en la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, que ordena la Constitución Política y los diferentes tratados que en la materia ha suscrito el Estado Colombiano.

Ahora bien, en el presente caso se encuentra acreditado, según la prueba documental allegada que el proceso penal iniciado en contra del señor JUAN ERNESTO VALENCIA, se dio como consecuencia de la denuncia presentada por la menor **ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA**, en compañía de su señora madre **BENIGNA MANCILLA**, el 05 de febrero de 2013, como autor de la comisión del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO, cuando indica que:

En el mes de octubre de 2012, dice Ana María me fui con unas amigas de nombre Kelly de 16 años, Jose Luis y Harbin, para el río que está ubicado en la vereda barragán, entonces ya nos veníamos cuando entonces me encontré con 5 conocidos, Kevin, Gustavo, Diego, no me acuerdo de los otros dos nombres, entonces Kevin me dijo que me quedara y yo estaba dudando y como estaban recochando entonces yo nunca pensé que me fueran hacer algo, y José Luis me pregunto que si me iba a quedar y yo le dije que si y me quede, estaban recochando cuando del bolsillo gato, no se me el nombre saco una marihuana y empezaron a fumar, entonces después me ofrecieron a mí y yo dije que no y entonces me soplaron el humo a mí y yo me Marie, y de ahí me dijeron que fuéramos al río y yo le dije que no porque yo ya había bañado, entonces todos 5 me dijeron que me metiera al río, y yo me metí y se me fue atrás gato y Kevin, entonces gato pretendía que yo tuviera relaciones con los dos con gato y Kevin, y yo les dije que no y ellos se salieron y yo me senté en una piedra, y se me arrimo gato y me miraba morbosos y me iba a tocar y yo le dije que no, y los otros estaban en la carretilla, Diego, Gustavo y el otros no me acuerdo el nombre, entonces gato me tiro contra la piedra y se me subió



encima, y yo empecé a patalear y se vinieron los otros a cogirme de los brazos y las piernas y gato abuso de mi mientras los otros me cogían, de ahí él se me quito de encima, y nos vinimos para la casa... (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Penal vigente para la fecha de los hechos y las contenidas en la Ley de Infancia y Adolescencia, tanto la Fiscalía como el Juez de conocimiento se encontraban frente a un caso que no solo ameritaba la captura del señor **JUAN ERNESTO VALENCIA**, sino la imposición de medida de aseguramiento que no podría ser otra que la detención preventiva intramural, como en efecto sucedió, por estar involucrada una menor en el presunto delito por el cual estaba siendo investigado.

Así, pues, es evidente concluir que la causa eficiente para que se produjera la privación de la libertad del señor **JUAN ERNESTO VALENCIA**, fue ese señalamiento que en un principio le hizo por la menor **ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA**, en compañía de su señora madre **BENIGNA MANCILLA**, el 05 de febrero de 2013, POR ACCESO CARNAL VIOLENTO.

Así las cosas, la Ley 906 de 2004 – vigente en el Distrito Judicial de Popayán a partir de enero del año 2007-, establece que para imponer la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía General de la Nación con base en las pruebas que la misma entidad allega, el Juez de Control de Garantías verificará que ésta tienda a asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba, y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política.

En este caso precisamente la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento y llevo al pleno convencimiento al Juez de que esa medida era necesaria, con base en lo dicho por la menor de edad ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA, tanto que el Juez impone la medida atendiendo dicha solicitud y en atención y cumplimiento de los requisitos legales para la imposición de la misma, analizando las solicitudes de la fiscalía y la defensa, el Juez de control de garantías determinó que la Fiscalía presentó elementos materiales de prueba que permitían inferir razonablemente autoría o participación del hoy accionante en los hechos delictivos investigados y su conducta es grave.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que las **MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO no tienen un fin sancionatorio sino de CARÁCTER PREVENTIVO** y esto para evitar que los implicados evadan la acción de la justicia y hagan más daño a sus víctimas, situación que era necesaria teniendo en cuenta los elementos presentados por la Fiscalía; este tipo de audiencias, ameritan el estudio de dos aspectos importantes como son uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo, el de carácter objetivo implica la necesidad de imponer una medida de aseguramiento en aquellos delitos cuya pena sea o exceda de 4 años de prisión tal como lo establece el numeral 2 del artículo 313 del C.P.P., conforme a la imputación realizada por la Fiscalía tenemos que por el delito que se le ha enrostrado tiene una pena que sobrepasa con creces el tope mínimo que establece la norma procesal penal, por eso habría de establecerse que por el aspecto meramente objetivo la medida a imponer sería de carácter restrictivo de la libertad, el señor fiscal solicitó se impusiera una medida de aseguramiento por el aspecto objetivo y subjetivo.

El Juez de control de garantías que impuso la medida realizó un estudio de las posibilidades frente al caso concreto y que no fue deliberada su decisión de imposición de medida, se reunían los requisitos para tal medida. Debe tenerse en cuenta que el delito por el cual se iniciaba la investigación es muy grave y atenta contra la seguridad de una menor de edad.



Así las cosas, se concluye que la decisión judicial de privar de la libertad al hoy demandante estuvo basada en los hechos y pruebas aportadas con la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento hecha por la Fiscalía General que crearon en el Juez la convicción de la necesidad de proferir dicha medida de aseguramiento se debe tener en cuenta que la primera etapa del nuevo sistema penal y que se puede determinar cómo Preliminar: se agota ante la Fiscalía con participación de la Policía Judicial y es la etapa de averiguación, de instrucción, donde eventualmente se acude al Juez de Control de Garantías a fin de que autorice la práctica de ciertas diligencias, es decir el Fiscal, tiene posibilidad de no encontrar razones suficientes para continuar con la investigación dejar en libertad al capturado, no es necesaria su presentación ante el juez de garantías, o de disponer la vinculación al proceso y no siempre debe solicitar medida de aseguramiento, pero en este caso el Fiscal del caso encontró motivos fundados y los presentó ante el Juez de control de garantías, argumentando su solicitud de medida de aseguramiento, solicitud que no fue controvertida por la defensa en dicha audiencia.

La privación injusta de la libertad como escenario de responsabilidad está regulada en la Ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, en el artículo 68 que establece que quien haya sido privado de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

La jurisprudencia¹ tiene determinado, a partir de una interpretación del artículo 90 de la Constitución Política, que cuando una persona privada de la libertad sea absuelta (i) "porque el hecho no existió", (ii) "el sindicado no lo cometió", o (iii) "la conducta no constituía hecho punible", se configura un evento de detención injusta en virtud del título de imputación de daño especial, por el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas. A estas hipótesis, la Sala agregó la aplicación del *in dubio pro reo*,² con fundamento en la misma cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado del artículo 90 C.N.³

Si el procesado es exonerado por cualquier causa distinta de las mencionadas, la reparación solo procederá cuando se acredite que existió una falla del servicio al momento de decretarse la medida de aseguramiento, es decir, que no se cumplían los requisitos legales para la restricción de la libertad⁴.

Debe tenerse en cuenta que la decisión de **PRECLUSIÓN** del señor **JUAN ERNESTO VALENCIA**, se basa en la ampliación de denuncia realizada por la denunciante **ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA**, el 24 de noviembre de 2016, (más de 3 años después de haber interpuesto denuncia el 05 de febrero de 2013 en contra del hoy demandante), en la que indicó lo siguiente:

YO ANDABA CON JOSE LUIS, HARVI, KELLY, ESTÁBAMOS BAÑANDO EN EL RIO EL PALO, ENTONCES ME QUEDE DE ENCONTRARME CON GATO (JUAN ERNESTO), ENTONCES CUANDO YA NOS HABÍAMOS SALIDO DEL RIO PARA IRNOS A VESTIR, CUANDO ME ENCUENTRO CON JUAN ERNESTO, GUSTAVO, KEVIN, DIEGO Y YONNY, ENTONCES KELLY ME DICE. TE QUEDAS? O TE VAS?, YO LE DIJE QUE ME QUEDABA,- POR QUE YO BACILABA CON JUAN ERNESTO, ENTONCES ELLA ME DIJO SEGURO Y YO LE DIJE QUE SI, ELLA NO QUERÍA QUE ME QUEDARA QUE TENIA UNA MALA IMAGEN DEL JOVEN GATO, ENTONCES JOSE LUIS, HARVI KELLY SE FUERON, YO ME QUEDE, ENTONCES JUAN ERNESTO SACO DOS BARETOS, UNO SE LO [ASO A KEVIN GUSTAVO Y DIEGO QUIENES

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, Rad. 15.463.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 diciembre de 2006, Rad. 13.168 y sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, Rad. 23.354.

³ El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo lo respeta y acoge. Los motivos de la disidencia están contenidos en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015 Rad. 36.146.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 18.960.



271

QUEDARON EN LA CARRETILLA, GATO Y YO NOS HICIMOS EN UNA PIEDRA, YONNY ESTABA CON A UNOS 10 METROS DEL RIO, Y LOS DEMÁS ESTABAN A UNOS 20 METROS DE DISTANCIA SOBRE LA CARRETILLA Y ENTONCES GATO ME EMPEZÓ A ACARICIARME EL CUERPO Y TUVIMOS RELACIONES, Y HABÍAMOS CONSUMIDO MARIHUANA, DESPUÉS DE LO SUCEDIDO COMO A LAS 6 DE LA TARDE NOS VENIMOS TODOS A LA CARRETILLA Y NOS FUIMOS CADA UNO PARA LA CASA, ENTONCES DESPUÉS DE UN TIEMPO MAS O MENOS 5 MESES ENTRE OCTUBRE 2012 A FEBRERO DE 2013 ME DOY CUENTA-DE LA EXISTENCIA DE UN VIDEO POR MAILIN DAYANA NAVAS DONDE ELLA ME DICE QUE ANDA RONDANDO UN VIDEO QUE DICEN QUE SOY YO (ÓSEA MI AMIGA MAILIN) PERO ELLA ME DICE QUE SOY YO, ME ASUSTE Y YO ESTABA ESTUDIANDO, LE COMENTE A LA PSICÓLOGA DEL COLEGIO DONDE ESTUDIABA DE LO QUE ESTABA PASANDO, ELLA ME INTERROGO LE CONTESTE TODO LO QUE ME PREGUNTÓ, LUEGO LLAMARON A MI MAMA Y ES AHÍ DONDE SE ENTERO DE LO QUE ESTABA PASANDO. MI MAMA ME PREGUNTO COMO HABÍA PASADO LAS 10AS Y ELLA DECIDIÓ PONER LA DEMANDA A LA FISCALÍA. YO CONTÉ DE LA EXISTENCIA DEL VIDEO, ES LO QUE ME HAN DICHO, HASTA EL MOMENTO NO CONOZCO NI HE VISTO EL VIDEO EL VIDEO CIRCULO APROXIMADAMENTE POR UNA SEMANA Y NO SE DE LA EXISTENCIA DEL MISMO, ENTONCES AHORA EN SEPTIEMBRE FUI HACER UNA DECLARACIÓN CONTÉ LAS COSAS COMO HABÍAN PASADO QUE FUE CON CONSENTIMIENTO MÍO, ENTONCES LA FISCAL SECCIONAL DE PUERTO TEJADA QUE LLEVABA EL CASO ME DIJO QUE NO ME PODÍA RETRACTAR POR QUE SI NO ME IBA PARA LA CÁRCEL, Y SENTÍ OTRA PARTE POR PRESIÓN DE LA FISCAL POR ESO SEGUÍ MINTIENDO, ESE DÍA ESTABA MI MAMA, Y LO QUE YO VENGO A DECIR HOY ES QUE LO SUCEDIDO FUE CON CONSENTIMIENTO MÍO, ES TODO.

Con lo expuesto anteriormente por la denunciante en la ampliación de denuncia, no tenía otro camino el Juez de conocimiento, pues de la manera más garantista al encontrar manto de duda sobre la responsabilidad del señor en mención, resolvió a su favor, decretando la preclusión otorgando la liberación de dicha investigación, motivo por el cual no se encuentra que haya actuado por fuera de lo legalmente impuesto, lo que libra de cualquier tipo de responsabilidad a la entidad que represento frente a los presuntos perjuicios causados por la privación de la libertad a la que fue sometido, en su momento justificada desde el actuar de los jueces de la república en cumplimiento de sus funciones.

Téngase en cuenta que la imposición de la medida de aseguramiento restrictiva de la libertad se trata de un examen que debe enfrentar el juez de control de garantías acerca del cumplimiento de los requisitos legales, en orden a establecer las condiciones objetivas y subjetivas para su imposición, la gravedad de la conducta imputada y la pena a imponer.

A pesar de que el Estado controla la persecución y el juzgamiento, el proceso penal en contra de la demandante no se abrió oficiosamente por el Juez, sino que se inició por solicitud del ente investigador y acusador (Fiscalía), ya que el ejercicio de la acción penal y, por ende, la responsabilidad por la oficiosidad del proceso penal y de su inicio corresponde a la Fiscalía General de la Nación, pues la esencia de este proceso reside en el imperativo de realizar por parte de ese organismo una imputación y una acusación previa sustentadas en las pruebas recaudadas.

La ley 906 de 2004 en su artículo 66 establece:

ARTÍCULO 66. TITULARIDAD Y OBLIGATORIEDAD. *El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la*



acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.

No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Descendiendo al caso en concreto se evidencia que la investigación penal inicia con denuncia presentada por la presunta víctima en compañía de su madre, quien responsabiliza al hoy demandante como autor de la comisión del delito de ACCESO CARNAL VIOLENTO, pero durante el desarrollo del proceso penal y del material probatorio recaudado se tiene que la presunta víctima se retracta de la denuncia inicial, situación que genera para el despacho de conocimiento el deber de decretar la preclusión de la investigación, toda vez que fue solicitada por el ente investigador y coadyuvada por la defensa y el representante de víctimas.

Todo lo anterior, nos lleva a concluir que estamos frente al eximente de responsabilidad denominado **HECHO DE UN TERCERO** y el H. Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos ha dicho lo siguiente⁵:

*“El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado constitucionalmente en el artículo 90 de la Carta Política, prevé la responsabilidad del Estado únicamente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que hayan sido causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Para que surja para la entidad pública la obligación de reparar un daño resulta necesario que la lesión pueda serle imputada jurídicamente. Para valorar este punto es indispensable acudir tanto al desenvolvimiento físico de los hechos como al deber ser o conducta exigida normativamente a la Administración, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso y los instrumentos al alcance de la Administración. **La doctrina y la jurisprudencia, con base en la ley, expresan que tratándose de hechos ocasionados por terceros para que surja el deber de indemnización a cargo de la Administración, se requiere demostrar que el daño, por cuya indemnización se reclama, sea imputable al Estado...***

Igualmente ha indicado ante el eximente de responsabilidad de **HECHO DE UN TERCERO**, el Consejo de Estado en sentencia del 08 de agosto de 2017, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicado 18001-23-31-000-2011-00092-01 (58029), indico:

“la conducta de las denunciante fue determinante y exclusiva para que se ordenara la captura y se impusiera medida de aseguramiento...La medida de aseguramiento se apoyó en las declaraciones de los denunciante...la investigación fue precluida en favor de Javier Córdoba y Carlos Alberto Correa, con fundamento en que Rosa Bellanid Ramirez, en la ampliación de la denuncia incurrió en contradicciones y ocultó hechos significativos y sustanciales...en consecuencia, se acreditó el hecho de un tercero como causa del daño pues las decisiones que restringieron la libertad de Javier Córdoba y Carlos Alberto Correa fueron producto de unas declaraciones que claramente incurrieron no solo en contradicciones sino, más grave aún, en ocultamiento de

⁵ Sección Tercera, Sentencia de 18 de marzo de 2004 Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez.



232

información relevante...(subrayado fuera del texto original). Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, radicado No. 58029. Consejero Ponente. Guillermo Sánchez Luque.

Como ya se indicó, el proceso penal al que fue vinculado el señor **JUAN ERNESTO VALENCIA**, se desató conforme a las previsiones del nuevo procedimiento penal, según el cual, es la Fiscalía General de la Nación quien solicita la imposición de la medida de aseguramiento, y es éste quien lleva al convencimiento al Juez de que la medida se torna necesaria para garantizar los fines de la misma con base en las pruebas aportadas en su momento.

Advertido lo anterior, huelga señalar que en el presente caso la Fiscalía solicitó la imposición de medida y al ser el ente acusador el titular de la acción penal del Estado, fue ella quien impulso el actuar del Juez de conocimiento.

Así las cosas, se concluye que los hechos en que se funda la demanda, no constituyen error judicial, ni falla del servicio ni privación injusta de la libertad atribuible a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, ya que esta entidad no ostenta el ejercicio de la acción penal del Estado, ni da inicio a las investigaciones por conocimiento de hechos delictuales, como tampoco pudo emitir ningún tipo de condena, como se buscaba al haber dictado la imposición de la medida de aseguramiento, esto lo hace la Fiscalía General de la Nación, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 250 de la Constitución Política que reza:

ARTICULO 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 que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.*

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, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.*

...
3. *Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.*

...
4. *Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.*

5. *Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*

...
8. *Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.*

9. *Cumplir las demás funciones que establezca la ley.*

...



En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia, incluidos los que le sean favorables al procesado.

La Fiscalía General de la Nación goza de autonomía orgánica o funcional frente a los demás entes estatales, pues es ella la única que puede ejercer la acción penal del Estado, adelantando la investigación y acusando a los presuntos responsables de los delitos.

En tal medida, cuando el funcionario judicial afronta el diagnóstico de establecer si es viable la imposición de una medida de aseguramiento privativa de la libertad, debe acometer una evaluación compleja que no sólo comprende presupuestos formales y sustanciales, sino también en torno a su necesidad, elementos que fueron observados por nuestro juez al dictar la medida de aseguramiento solicitada con base en los argumentos presentados por la Fiscalía, respecto a la denuncia presentada por la menor de edad ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA.

Si bien, en el proceso penal adelantado al señor **JUAN ERNESTO VALENCIA** resulto absuelto, se debe tener presente que el delito endilgado era Acceso carnal violento agravado, contra la joven **ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA**, persona que goza de especial cuidado y protección por parte del Estado, pues la violencia sexual es un delito que vulnera los derechos de las mujeres, el 86% de las víctimas son femeninas, EL 73% son niñas.

Así las cosas, se concluye que la decisión judicial de privar de la libertad al hoy demandante estuvo basada en los hechos y pruebas aportadas con la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento hecha por la Fiscalía General, lo demostrado en el proceso penal y por tratarse de un delito que atenta contra los menores, personas que gozan de especial protección por el Estado.

Ahora bien, acogiendo lo señalado en la recientemente jurisprudencia del Consejo de Estado (sentencia del 10 de agosto de 2015, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicación 54001233100020000183401 –NI 30134 puede decirse que el presente caso encuadra en una excepción a la aplicación del régimen de responsabilidad objetivo a los casos de privación injusta de la libertad, establecida en la sentencia de unificación de la Sala Plena de Sección Tercera del 17 de octubre de 2013, al facultar al juez administrativo para estudiar de manera crítica el material probatorio en orden a determinar si el fundamento de la exoneración penal en realidad escondía deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria, procediendo así una excepción a la imputabilidad de responsabilidad del Estado. En concordancia también con la sentencia de unificación de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 24392, que determinó la procedencia del examen de los diferentes fundamentos de responsabilidad, sin limitar el juzgamiento a uno u otro punto específico.

Por otra parte, la Providencia del H. Consejo de estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, del 14 de diciembre de 2016, Radicación 17001-23-31-000-2008-00305-01 (42615), Demandado: La Nación Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, que en cuyos apartes, aduce:

“El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, “en el marco de la responsabilidad



civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio⁶. Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta, que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C⁷, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente.

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que “los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos”⁸. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance:

Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales: i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprobable, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad⁹.

En definitiva, la responsabilidad del Estado por privación injusta no se puede afirmar ni infirmar, hasta tanto no se lleve a cabo el análisis de que trata el art. 70 de la Ley 270 de 1996, en los términos anteriormente expuestos.

Por lo tanto es obligatorio concluir que no hubo privación injusta de la libertad de quien ahora reclama perjuicios por parte de mi representada, conforme a los argumentos previamente señalados.

PROPOSICIÓN DE EXCEPCIONES

HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷ ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁸ Exp. 42.376, op.cit.

⁹ Exp. 42.376, op.cit.



Frente al proceso de la referencia, es procedente aplicar lo establecido mediante sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00027-01(42283):

“...En efecto, a juicio de la Sala, las decisiones proferidas por el Juzgado 2º Penal Municipal con funciones de control de garantías y el Juzgado Único Penal del Circuito de Calarcá, como se desprende de las respectivas actas de las audiencias, simplemente atendieron al análisis legal propio de cada etapa procesal, existiendo elementos de juicio y evidencia física que, tal como lo avalaba el ordenamiento jurídico, motivaron las medidas restrictivas impuestas; en otras palabras, dichas decisiones judiciales: i) respondieron a la validez otorgada a los elementos probatorios presentados por la Fiscalía (la versión que inicialmente dio la menor sobre los hechos -plasmada en la denuncia-, el dictamen médico legal y la entrevista sicológica realizada a ésta), que condujeron a los funcionarios judiciales a presumir, de manera legítima y razonable, que el procesado participó en la producción del hecho ilícito y ii) tuvieron pleno soporte constitucional y legal, en la medida en que, conforme a las normas atrás citadas, la Fiscalía estaba autorizada para solicitar, ante la presencia de los varios elementos probatorios y evidencia física, la medida de privación preventiva de la libertad y el juez con funciones de control de garantías para imponerla, previa la verificación del cumplimiento de los requisitos que prevé la ley para ello.

(...)

En consecuencia, las decisiones y medidas proferidas en contra de José Gersain Cuenca Cárdenas -incluida la detención preventiva- no fueron injustas y, por el contrario, fueron el resultado de la convergencia de los requisitos que el estatuto procesal penal vigente para esa época exigía.

Ahora, es cierto que, posteriormente, el juez penal profirió sentencia absolutoria a su favor -por aplicación del principio in dubio pro reo- y ordenó su libertad, pero también es cierto que ese solo hecho no tiene la virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado y generarle el deber de indemnizar el daño que pudo causarse al señor Cuenca Cárdenas con la privación de su libertad, pues respecto de tal daño no puede predicarse antijuridicidad alguna, teniendo en cuenta las razones que vienen de explicarse.

En este punto, conviene recordar que “los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 44 de la Constitución Política y (sic) en esa medida, resulta imperativo para las autoridades del Estado proteger sus derechos fundamentales y garantizar su desarrollo armónico e integral”, de modo que era lógico que el ente investigador y el juez competente procedieran, con base en la información suministrada en un principio por la víctima, a solicitar e imponer la medida restrictiva de la libertad, pues no otra conducta podía exigirse ante la gravedad de la denuncia y el relato de la menor, dado que, como lo dispone el artículo 308 del C. de P.P., esa determinación cabe para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia, lo mismo que cuando éste represente peligro para la seguridad de la víctima, circunstancias que acá tenían aplicación, teniendo en cuenta que el investigado era tío de la menor y que ambos vivían en la misma casa.

Igualmente el Consejo de Estado ha indicado ante el eximente de responsabilidad de **HECHO DE UN TERCERO**, en sentencia del 08 de agosto de 2017, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Guillermo Sánchez Luque, radicado 18001-23-31-000-2011-00092-01 (58029), lo siguiente:

“la conducta de los denunciantes fue determinante y exclusiva para que se ordenara la captura y se impusiera medida de aseguramiento...La medida de aseguramiento se apoyó en las declaraciones de los denunciantes...la investigación fue precluida en favor de Javier Córdoba y Carlos Alberto Correa, con fundamento



234

en que Rosa Bellanid Ramirez, en la ampliación de la denuncia incurrió en contradicciones y ocultó hechos significativos y sustanciales...en consecuencia, se acreditó el hecho de un tercero como causa del daño pues las decisiones que restringieron la libertad de Javier Córdoba y Carlos Alberto Correa fueron producto de unas declaraciones que claramente incurrieron no solo en contradicciones sino, más grave aún, en ocultamiento de información relevante...(subrayado fuera del texto original). Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, radicado No. 58029. Consejero Ponente. Guillermo Sánchez Luque.

Insistimos que la captura del señor **JUAN ERNESTO VALENCIA** se materializo por las actuaciones desplegadas por la menor **ANA MARÍA ARRECHEA MANCILLA**, siendo ella la responsable de que el sistema penal se pusiera en funcionamiento, activando los procedimientos dispuestos para proteger sus intereses como menor de edad, máxime tratándose de una conducta de la cual se derivan nefastas consecuencias para la Comunidad, configurándose de esta manera el eximente de responsabilidad del hecho exclusivo de un tercero. Recordemos que la menor el día de la denuncia dijo lo siguiente:

En el mes de octubre de 2012, dice Ana María me fui con unas amigas de nombre Kelly de 16 años, Jose Luis y Harbin, para el rio que está ubicado en la vereda barragán, entonces ya nos veníamos cuando entonces me encontré con 5 conocidos, Kevin, Gustavo, Diego, no me acuerdo de los otros dos nombres, entonces Kevin me dijo que me quedara y yo estaba dudando y como estaban recochando entonces yo nunca pensé que me fueran hacer algo, y José Luis me pregunto que si me iba a quedar y yo le dije que si y me quede, estaban recochando cuando del bolsillo gato, no se me el nombre saco una marihuana y empezaron a fumar, entonces después me ofrecieron a mí y yo dije que no y entonces me soplaron el humo a mí y yo me Marie, y de ahí me dijeron que fuéramos al rio y yo le dije que no porque yo ya había bañado, entonces todos 5 me dijeron que me metiera al río, y yo me metí y se me fue atrás gato y Kevin, entonces gato pretendía que yo tuviera relaciones con los dos con gato y Kevin, y yo les dije que no y ellos se salieron y yo me senté en una piedra, y se me arrimo gato y me miraba morbosos y me iba a tocar y yo le dije que no, y los otros estaban en la carretilla, Diego, Gustavo y el otros no me acuerdo el nombre, entonces gato me tiro contra la piedra y se me subió encima, y yo empecé a patalear y se vinieron los otros a cogerme de los brazos y las piernas y gato abuso de mí mientras los otros me cogían, de ahí él se me quito de encima, y nos vinimos para la casa... (Subrayado fuera de texto).

Luego de afirmar todo esto, el 05 de febrero de 2013, el 24 de noviembre de 2016, (más de 3 años después de haber interpuesto denuncia el 05 de febrero de 2013 en contra del hoy demandante), indicó lo siguiente:

YO ANDABA CON JOSE LUIS, HARVI, KELLY, ESTÁBAMOS BAÑANDO EN EL RIO EL PALO, ENTONCES ME QUEDE DE ENCONTRARME CON GATO (JUAN ERNESTO), ENTONCES CUANDO YA NOS HABÍAMOS SALIDO DEL RIO PARA IRNOS A VESTIR, CUANDO ME ENCUENTRO CON JUAN ERNESTO, GUSTAVO, KEVIN, DIEGO Y YONNY, ENTONCES KELLY ME DICE. TE QUEDAS? O TE VAS?, YO LE DIJE QUE ME QUEDABA, POR QUE YO BACILABA CON JUAN ERNESTO, ENTONCES ELLA ME DIJO SEGURO Y YO LE DIJE QUE SI, ELLA NO QUERÍA QUE ME QUEDARA QUE TENIA UNA MALA IMAGEN DEL JOVEN GATO, ENTONCES JOSE LUIS, HARVI KELLY SE FUERON, YO ME QUEDE, ENTONCES JUAN ERNESTO SACO DOS BARETOS, UNO SE LO [ASO A KEVIN GUSTAVO Y DIEGO QUIENES QUEDARON EN LA CARRETILLA, GATO Y YO NOS HICIMOS EN UNA



PIEDRA, YONNY ESTABA CON A UNOS 10 METROS DEL RIO, Y LOS DEMÁS ESTABAN A UNOS 20 METROS DE DISTANCIA SOBRE LA CARRETILLA Y ENTONCES GATO ME EMPEZÓ A ACARICIARME EL CUERPO Y TUVIMOS RELACIONES, Y HABÍAMOS CONSUMIDO MARIHUANA, DESPUÉS DE LO SUCEDIDO COMO A LAS 6 DE LA TARDE NOS VENIMOS TODOS A LA CARRETILLA Y NOS FUIMOS CADA UNO PARA LA CASA, ENTONCES DESPUÉS DE UN TIEMPO MAS O MENOS 5 MESES ENTRE OCTUBRE 2012 A FEBRERO DE 2013 ME DOY CUENTA-DE LA EXISTENCIA DE UN VIDEO POR MAILIN DAYANA NAVAS DONDE ELLA ME DICE QUE ANDA RONDANDO UN VIDEO QUE DICEN QUE SOY YO (ÓSEA MI AMIGA MAILIN) PERO ELLA ME DICE QUE SOY YO, ME ASUSTE Y YO ESTABA ESTUDIANDO, LE COMENTE A LA PSICÓLOGA DEL COLEGIO DONDE ESTUDIABA DE LO QUE ESTABA PASANDO, ELLA ME INTERROGO LE CONTESTE TODO LO QUE ME PREGUNTÓ, LUEGO LLAMARON A MI MAMA Y ES AHÍ DONDE SE ENTERO DE LO QUE ESTABA PASANDO. MI MAMA ME PREGUNTO COMO HABÍA PASADO LAS 10 HORAS Y ELLA DECIDIÓ PONER LA DEMANDA A LA FISCALÍA. YO CONTÉ DE LA EXISTENCIA DEL VIDEO, ES LO QUE ME HAN DICHO, HASTA EL MOMENTO NO CONOZCO NI HE VISTO EL VIDEO EL VIDEO CIRCULO APROXIMADAMENTE POR UNA SEMANA Y NO SE DE LA EXISTENCIA DEL MISMO, ENTONCES AHORA EN SEPTIEMBRE FUI HACER UNA DECLARACIÓN CONTÉ LAS COSAS COMO HABÍAN PASADO QUE FUE CON CONSENTIMIENTO MÍO, ENTONCES LA FISCAL SECCIONAL DE PUERTO TEJADA QUE LLEVABA EL CASO ME DIJO QUE NO ME PODÍA RETRACTAR POR QUE SI NO ME IBA PARA LA CÁRCEL, Y SENTÍ OTRA PARTE POR PRESIÓN DE LA FISCAL POR ESO SEGUÍ MINTIENDO, ESE DÍA ESTABA MI MAMA, Y LO QUE YO VENGO A DECIR HOY ES QUE LO SUCEDIDO FUE CON CONSENTIMIENTO MÍO, ES TODO.

El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera siendo Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, el veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018), con Radicación número: 73001-23-33-005-2014-00520-01(57954), siendo Actor: CARLOS ARTURO GONZÁLEZ RAMÍREZ Y OTROS y demandados la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL, indicaron que:

Cabe concluir que, dependiendo de cada caso en particular, en asuntos de privación injusta de libertad resulta perfectamente viable que se configure el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, sea por denuncias o por sindicaciones que se hagan en contra de la persona que, con ocasión de ello, padezca una restricción de su libertad, de modo que, de encontrarse configurada, el juez de la causa deberá declararla probada, tal como se hará en este caso. En ese orden de ideas, si bien la Rama Judicial con su decisión restringió la libertad del ahora demandante, pues le impuso medida de aseguramiento en su contra, lo cierto es que, dadas las particularidades del caso, se configuró el eximente de responsabilidad del hecho exclusivo y determinante de un tercero, por cuenta de las imputaciones detalladas, concretas y contundentes que en contra del señor (...) hizo la señora (...). En otras palabras, ante ese tipo de sindicación contundente y determinante, aunado al contexto familiar que rodeó a la menor para la época de los hechos por los que se adelantó la respectiva investigación, a la Rama Judicial no se le podía exigir camino distinto que el de adoptar la medida restrictiva de la libertad en contra del señor (...). Además, en la audiencia que dio continuidad al juicio oral adelantado en contra del actor se indicó el sentido del fallo, el cual sería de carácter absolutorio, luego de que se presentaran como pruebas sobrevenientes las declaraciones tanto de la madre de la menor como de



235

esta última, quienes se retractaron de la acusación dirigida en contra del señor (...). Así pues, para la Sala, el proceso penal que se inició en contra del aquí actor, con la respectiva imposición de la medida de aseguramiento, fue consecuencia directa de la falsa denuncia de la madre de la menor para afectar al hoy actor, lo cual resultó ajeno e imprevisible para los entes demandados, pues, dado el engaño, el convencimiento que del mismo fundaron en los profesionales que trataron a la menor y en la disposición legal que prevé la imposición de medida de aseguramiento en tales casos, tanto la Fiscalía como la Justicia Penal debieron actuar en la forma en que procedieron, hasta que, con ocasión del desistimiento de la denuncia y el establecimiento de que todo fue un engaño, absolvieron de responsabilidad penal al hoy actor. Como consecuencia, la Sala confirmará la sentencia apelada que dispuso negar las pretensiones de la demanda, por los motivos aquí expuestos.

Conforme a todo lo anterior, no se puede concluir que las decisiones judiciales dictadas en el proceso penal adelantado en contra del acá demandante no fueron apropiadas o contrarias a derecho o que comportaron arbitrariedad, falta de proporcionalidad o capricho de quienes las profirieron; por tanto, se revocará la sentencia apelada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda...”

AUSENCIA DE NEXO CAUSAL

En el presente asunto nos encontramos frente a la **AUSENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO ALEGADO Y LA ACTUACIÓN DE LOS JUECES DE LA REPÚBLICA**. El Juez de Control de Garantías actuó de conformidad con los informes presentados por la Fiscalía General de la Nación. Estas funciones se ejercen con la única finalidad de garantizar los derechos fundamentales y evitar las restricciones arbitrarias y no con la finalidad de determinar la culpabilidad del capturado, ya que eso lo hará el juez de conocimiento dentro del trámite del proceso. La falta de condena se debió a que la denunciante en la ampliación de denuncia cambió completamente la versión. Obligando al Juez de conocimiento a dictar una sentencia absolutoria.

Así las cosas, la variación de la tesis acusatoria que inicialmente planteó el órgano instructor, no resulta de manera alguna atribuible al Juzgado Penal de Conocimiento, mucho menos al Juez de Control de Garantías, funcionarios que en todo momento se sometieron a las reglas de procedimiento surtiendo hasta el juicio oral y posterior sentencia absolutoria. De esta forma, ante la presentación formal de un escrito de acusación, no es del resorte o de la competencia del Juez Penal de conocimiento, terminar el proceso de manera anticipada, salvo a solicitud de la Fiscalía, debiéndose surtir todo el trámite de ley para determinar la responsabilidad del procesado, aspecto que se cumplió en debida forma por los funcionarios judiciales que actuaron durante el proceso penal adelantado en contra del señor **JUAN ERNESTO VALENCIA**.

Por tanto, no existe ni privación injusta de la libertad, ni error judicial, ni falla en el servicio atribuible a la Nación - Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, toda vez que no se encuentra demostrado el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por esta entidad, por cuanto como quedó establecido, los jueces actuaron de conformidad con lo arrimado al proceso por el ente investigador. La falla de la administración de justicia para que pueda considerarse verdaderamente como causa de perjuicio y comprometa su responsabilidad no puede ser cualquier tipo de falla. Ella debe ser de tal entidad, que teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que



debía prestarse el servicio la conducta de la administración pueda considerarse como anormalmente deficiente.

INEXISTENCIA DE PERJUICIOS

Como es obvio, si los hechos dañosos no son atribuibles a la conducta de los Jueces, mal podría hablarse de error judicial imputable a la Entidad que represento, de donde se desprende por sustracción de materia, la inexistencia absoluta de perjuicios que la Rama Judicial deba indemnizar, por cuanto no hubo Privación Injusta de la Libertad atribuible a la entidad que represento.

MÍNIMA INTENSIDAD DEL DAÑO MORAL

Ahora bien, es menester resaltar que en el hipotético caso de determinar que mi defendida tiene algún tipo de responsabilidad, se hace necesario valorar la intensidad del daño moral. Sin aceptar la responsabilidad de la entidad que represento, se observa que en la sentencia de unificación jurisprudencial del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), dictada por la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), se establecieron unos topes indemnizatorios para los periodos de privación, los cuales no pueden incrementarse sin una justa causa. No obstante en el presente evento, no se evidencia ninguna circunstancia que dé lugar incrementar los topes indemnizatorios dispuestos de manera jurisprudencial, motivo por el cual resulta procedente que, en el hipotético caso de llegar a reconocerse perjuicios morales para los actores, ello se haga de manera proporcional al tiempo efectivo de privación, teniendo como referencia los tiempos y montos establecidos en el precedente previamente reseñado.

EXCEPCIÓN INNOMINADA

Aquella que el fallador encuentre probada dentro del proceso.

PETICIONES

PRINCIPAL

Con todo respeto solicito se declaren probadas las excepciones propuestas.

SUBSIDIARIA

En forma respetuosa, solicito se nieguen las pretensiones presentadas en la demanda por las razones expuestas anteriormente, ya que la Entidad que represento, Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, no tiene responsabilidad alguna en los hechos que se debaten en el proceso de la referencia, por cuanto no hubo ni error judicial, ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ley 1437 de 2011, C.G.P y demás normas concordantes y pertinentes que sean aplicables; Ley 270 de 1.996; artículo 90 y 249 de la Constitución Política, y Ley 446 de 1.998.



PRUEBAS

Sírvase señora Juez, tener como pruebas las que su Honorable Despacho considere que cumplen los lineamientos del C.G.P. y del Consejo de Estado y que por su valor probatorio sirvan para demostrar lo alegado, de lo contrario solicito respetuosamente que no sean tenidas en cuenta.

Es menester informar, que desconocemos las fechas de detención del hoy demandante, debido a que dentro del traslado de la demanda realizado a la entidad que represento, encontramos únicamente documentos frente a la privación de la libertad del señor KEVIN MAURICIO FORY ARANGO.

ANEXOS

1. Poder para actuar, debidamente conferido por la Dra. DEYANIRA GUERRA VILLABON, Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial de Popayán, el cual ruego tener en cuenta a efecto de reconocer personería, en un (1) folio.
2. Resolución No. 4332 del 10 de junio de 2019, expedida por señora Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por medio de la cual se nombra a la doctora DEYANIRA GUERRA VILLABON, en el cargo de Directora Ejecutiva de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, en un (1) folio.
3. Acta de posesión de la Dra. DEYANIRA GUERRA VILLABON, como Directora Ejecutiva de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán, fechada 11 de junio de 2019., en (1) folio.

NOTIFICACIONES

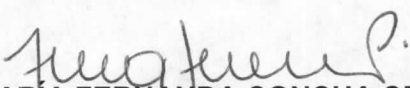
Las personales las recibiré en la Calle 3 No. 3 - 31, Primer Piso, costado occidental Palacio Nacional "Francisco de Paula Santander" de la ciudad de Popayán, Tel. 8 20 86 22, lugar donde funciona la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, o en el Juzgado.

La entidad que represento deberá ser notificada en la siguiente dirección electrónica:

dsajppnnotif@cendoj.ramajudicial.gov.co

Sírvase reconocerme personería jurídica para actuar dentro del presente proceso, de conformidad con el poder conferido por la señora Directora Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Popayán.

De la Señora Juez, con todo respeto


MARIA FERNANDA CONCHA CERÓN

C.C. No. 25.272.637 expedida en Popayán Cauca
T.P. No. 121.893 del C. S. J.

