



Doctora:
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
JUEZA
JUZGADO Nro. 7 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO.
E. S. D.

Ref.: Proceso **Radicado Nro. 70-001-33-33-007-2020-000119-00**

Acción: **Reparación Directa.**

Actor: **APOLINAR ANTONIO NISPERUZA RIVERO Y OTROS**

Demandado: **Nación Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial**

Recurso de apelación en subsidio de reposición y queja – artículo 244 del CPACA, modificado, por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021.

JAVIER BERRIO VERGARA, mayor y vecino de la ciudad de montería, identificado con la cedula de ciudadanía Nro. 78.715.190. De Montería, abogado en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. 220.462 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, apoderado especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** dentro del proceso de la referencia, de conformidad con el poder que se aportó, con sus respectivos anexos, debidamente otorgado por la Coordinadora de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía, quien ostenta la representación judicial de esta Entidad de acuerdo con la delegación conferida en virtud de la Resolución No. 0-0303 del 20 de marzo de 2018, por medio del presente memorial solicito de manera atenta se sirva reconocermé personería jurídica dentro del proceso de la referencia, Con el debido comedimiento, llego ante, su digno despacho, con el fin presentar de **recurso de apelación en subsidio de reposición y queja** contra el auto proferido de fecha 09 de septiembre y notificado mediante estado Nro.42 del 10 de septiembre del 2021, por medio del cual se da por no contestada la demanda, en representación de la Fiscalía General de la Nación y se fija fecha para realizar audiencia inicial. En efecto procedo así, en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. El día 25 de febrero del 2021, la abogada **CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO**, en representación jurídica de la Fiscalía General de la Nación, presento, contestación a la demanda dentro los términos de ley.
2. El 01 de marzo del 2021, se radico mediante email poder a nombre del abogado **JAVIER BERRIO VERGARA**, del referenciado proceso, ante su despacho de conformidad al decreto 806 del 2020, código general del proceso y la ley 2080 del 2021.
3. El 10 de septiembre de 2021, mediante estado Nro.42, se notificó el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, el cual decidió lo siguiente:

SEGUNDO: TENER **por no contestada la demanda por parte de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dentro del proceso de la referencia.**

CUARTO: RECONOCER personería al doctor JAVIER BERRIO VERGARA para actuar como apoderado judicial de la Fiscalía General de la Nación, para los fines y bajo los términos del memorial poder debidamente conferido.



QUINTO: CITAR a las partes y al señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado a la audiencia de pruebas establecida en el artículo 181 del CPACA, la cual se realizará el día: FECHA: MIÉRCOLES (13) DE OCTUBRE DEL DOS MIL VEINTIUNO (2021) HORA: DOS Y TREINTA DE LA TARDE (02:30 P.M.) MEDIO DE TRANSMISIÓN: PLATAFORMA WWW.LIFESIZE.COM

4. En el auto en mención se resolvió; dar por no contestada la demanda y fijar fecha para audiencia inicial de igual forma en la parte motiva, se hace reconocimiento de personería jurídica al abogado **JAVIER BERRIO VERGARA**, en calidad de apoderada de la Nación – Rama Judicial, en los términos y fines determinados en el poder conferido sin tener ningún vínculo laboral con dicha entidad. Resaltando que en el numeral 4 del auto, se hace mención RECONOCER personería al doctor **JAVIER BERRIO VERGARA**.

CONSIDERACIONES

1. Se interpone el presente recurso, debido que el despacho en el auto da por no contestada la demanda y fija fecha para audiencia inicial, **el cual no es objeto de recurso de reposición, de conformidad.” el artículo 63 idem, que adicionó el artículo 243A a la Ley 1437 de 2011,** indica que providencias no serán susceptibles del recurso de reposición, entre las que se anuncia en el numeral 1º, “Las que señalan fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial”.

2. Competencia de acuerdo con el artículo 125 de la 1437 del 2011, las decisiones interlocutorias, en armonía con el artículo 244, modificado por el artículo 64 de la ley 2080 de 2021, serán proferidas y resueltas por los juzgados administrativos, de no concederse o se rechace o se declare desierta la apelación, **en los mismos términos presento recurso de reposición en subsidio de queja, contra dicha decisión, de conformidad al artículo 65 de la ley 2080 de 2021, y artículos 352 y 353 del C.G.P.** Por tanto, le solicito muy respetuosamente la reproducción de las piezas procesales para el trámite ante el superior para que resuelva el recurso de apelación.

3. Así las cosas, el despacho judicial Nro. 7 administrativo del municipio de Sincelejo, es competente para resolver sobre la solicitud del recurso de apelación, en subsidio de reposición y queja, y con en esto reconsidere su decisión y de por contestada la demanda.

4. Dicha demanda fue notificada y trasladada, el 26 de noviembre del 2020, venciendo los términos para contestar dentro los 55 días, **el 24 de marzo del 2021,** que estipulaba los artículos 172, 199 y 200 de la ley 1437 del 2011.

5. El yerro, que presenta el auto en mención se configura por dar por no contestada la demanda, la cual fue elaborada y radicada mediante email, **el 25/02/2021, hora 2:48 pm,** por la abogada **CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO**, ante el correo electrónico; adm07sinc@cendoj.ramajudicial.gov.co, y corrió traslado a los sujetos; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co; Notificaciones Dirección Ejecutiva Deaj; Ciracorrales@hotmail.com, con copia al abogado, Javier Berrio Vergara, de conformidad al artículo 175 de la ley 1437 de 2011, artículo 96 del C.G.P. y el decreto 806 del 2020.

6. La contestación de la demanda de la Fiscalía General de la Nación, es la oportunidad que tiene la demandada para defenderse, y pedir las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso. Por tal motivo, se considera que el auto que da por no la contestada la demanda, es violatoria de los preceptos constitucionales que contemplan el debido



proceso (Artículo. 29), la igualdad (Artículo. 13), y el derecho de acceso a la justicia (Artículo. 229), previstos en la Constitución.

7. Establecido lo anterior, del alcance del precepto acusado, se evidencia la vulneración del derecho de acceso a la justicia (229) consiste en que el contenido normativo acusado constituiría una limitación irrazonable y desproporcionada a esta garantía, toda vez que “*dar por no contestada la demanda*”, operaría sin sujeción a unas causales taxativas que proporcionen criterios objetivos al juez, y controlen su discrecionalidad en la aplicación del instituto. Para la demandada, el rechazo de la contestación de la demanda solo podría ser considerado un límite admisible del derecho de acceso a la justicia si se encuentra regulado, pero esta hipótesis no se verifica en el caso de la norma enjuiciada.

SOLICITUD

Con el acostumbrado, respeto y con fundamento en los argumentos que anteceden, solicito se conceda dicho recurso de apelación o en su efecto reconsidere la decisión en el auto de fecha 9 de septiembre, notificado mediante estado Nro. 42 del 10 de septiembre del 2021.

PRUEBAS

Téngase como pruebas, las actuaciones, que hacen parte del expediente digital y físico, que reposa en el despacho judicial.

Se aporta contestación de la demanda y constancia de radicación mediante email y traslado de fecha febrero 25 de 2021.

NOTIFICACIONES

Al suscrito apoderado en la carrera 16 Nro. 26-41 Piso 3, de esta ciudad de Sincelejo o a los teléfonos 3106028180 y 2798808 ext. 54109 y correo electrónico: javier.berrio@fiscalia.gov.co

Se radican este recurso, mediante correo electrónico, dándole cumplimiento a lo estipulado en el artículo 3 del Decreto 806 de 2020, en lo que respecta al envío de este documento a los sujetos procesales.

De la señora juez, así dejo presentado esta solicitud, en los términos de ley.

De usted.

Atentamente.

JAVIER BERRIO VERGARA
C.C.Nro. 78.715.190. De Montería.
T.P. Nro.220.462. Del. C.S.J.
Dirección Asuntos Jurídicos
Dirección Seccional Córdoba
Fiscalía General de la Nación

SEÑOR
JUEZ SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
E. S. D.

ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO: 70-001-33-33-007-2020-00119-00
DEMANDANTE: APOLINAR ANTONIO NISPERUZA RIVERO Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía número 28.098.547 de Charalá-Santander, abogada en ejercicio, con Tarjeta Profesional N° 192.695 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando dentro del proceso de la referencia, en calidad de apoderada especial de la Nación-Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el poder que se adjunta al presente, con sus respectivos anexos, debidamente otorgado por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Fiscalía, quien ostenta la representación judicial de esta Entidad con base en la delegación conferida en virtud de la Resolución N° 0-0303 de marzo 20 de 2018, expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio del presente escrito, de manera respetuosa me dirijo ante su Despacho para contestar la demanda presentada mediante apoderado por el señor APOLINAR ANTONIO NISPERUZA RIVERO y OTROS, en los siguientes términos:

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro del término establecido en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

A los hechos 1 y 2: No me constan, me atengo a lo que se pruebe en el proceso. Por lo anterior solicito que se fije en litigio estos hechos,

Al hecho 3: Se refiere a la existencia de unas piezas procesales de las cuales es menester atenerse a lo que documentalmente obra en el expediente,

Al hecho 4: No me consta, por cuanto no obra en el expediente prueba que así lo acredite, razón por la que me atengo a lo que frente a este hecho resulte probado en legal forma dentro del proceso,

A los hechos 5 y 6: Se refieren a la existencia de unas piezas procesales de las cuales es menester atenerse a lo que documentalmente obra en el expediente,

Al hecho 7: No es cierto. No se encuentra probado que APOLINAR NISPERUZA RIVERO hubiera estado injustamente privado de la libertad. De otra parte, no obra dentro del proceso Certificación del Inpec, documento que determina el tiempo que realmente estuvo privada de la libertad una persona,

A los hechos 8, 9 y 10: No me constan, son afirmaciones subjetivas formuladas por la parte actora, las que estoy relevada para contestar, hacen parte de la opinión personal.

Al hecho 11: No me consta, me atengo a lo que se pruebe en el proceso. Por lo anterior solicito que se fije en litigio estos hechos,

Al hecho 12: No me consta, son afirmaciones subjetivas formuladas por la parte actora, las que estoy relevada para contestar, hacen parte de la opinión personal,

Al hecho 13: No me consta la existencia de perjuicio alguno que hubiera podido derivarse de la privación de la libertad de que fue objeto el señor APOLINAR NISPERUZA RIVERO, por cuanto de existir, éstos hacen parte de la vida personal y privada del actor, estando la Fiscalía General de la Nación en imposibilidad de conocerlos. Además, de que si bien, se señala en la demanda que el demandante como independiente desempeñaba varios oficios (albañilería, pintor de cubiertas e interiores), no allega prueba alguna que lo demuestre, lo mismo que los ingresos que percibía.

3. FUNDAMENTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

OBJECCIÓN CUANTÍA:

Señor Juez es de precisar que 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”.

El Artículo 206 Código General del Proceso, quedará así:

Artículo 206. 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 (30%) 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.”

En acatamiento a la norma antes transcrita, me opongo a cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, porque considero que en el presente caso no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar responsabilidad extracontractual en cabeza de mi representada, por las siguientes razones:

1. AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO

En primer lugar, en el caso que nos asiste no hay una falla en el servicio en la actividad desplegada por el ente investigador cuando solicitó la medida de aseguramiento, dado que se contaban con los

fundamentos jurídicos y facticos para presentar la solicitud y además, no presentó pruebas ilegales o que indujeran en error al Juez de Control de Garantías. Al igual, que el hoy demandante APOLINAR NISPERUZA RIVERO fue capturado en situación de flagrancia, portando estupefacientes como la cocaína que le fue encontrada en su poder.

Ahora bien, el hecho de no haberse proferido una sentencia condenatoria en contra del señor APOLINAR ANTONIO NISPERUZA RIVERO, no significa *per se* una falla del servicio de la entidad al momento de solicitar la medida de aseguramiento, la cual fue con detención domiciliaria, máxime cuando le corresponde al Juez con Funciones de Control de Garantías: **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.**

La Fiscalía General de la Nación no es responsable por los presuntos daños y perjuicios solicitados por la parte actora, toda vez que la captura y posterior privación de la Libertad del accionante, se dio dentro de los lineamientos de la Ley 906 de 2004, y el Juez Segundo Penal Municipal de Sincelejo, con Función de Control de Garantías fue el encargado de declarar la legalidad de la captura, hacer la imputación y decretar la imposición de medida aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por lo que se presenta inexistencia del daño antijurídico a la luz del artículo 90 de Constitución Política, teniendo en cuenta que el Juez de Control de Garantías impartió legalidad a la captura e impuso medida de aseguramiento luego de analizar los elementos materiales probatorios y evidencia física, ajustándose la misma a los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. Igualmente, de acuerdo a la Sentencia de Unificación, tercer presupuesto, se configura la falta de Legitimación en la Causa por Pasiva a favor de la Fiscalía General de la Nación, ya que ésta no tuvo injerencia en las medidas que se impusieron al interior del proceso penal

No se puede pasar por alto que en la investigación adelantada en contra del ahora accionante, la Fiscalía solicitó al juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento, teniendo en cuenta los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente recaudada, de la cual se infería que NISPERUZA RIVERO podía estar incurso en el delito investigado, y es necesario precisar que, mi representada solicitó y el juez de garantías fue el encargado de proferirla, lo que traduce una marcada falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de mi defendida, y es que es un hecho cierto que la cocaína le fue incautada al ahora demandante, cómo pretender pensar, que no había suficiente material probatorio para iniciar investigación penal en su contra y cobijarlo con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva intramural.

Es importante recalcar que la libertad es el principio esencial del sistema penal con tendencia acusatoria -Art. 28 superior y 2° de la Ley 906 de 2004, especialmente el capítulo I, del título IV del Estatuto Procedimental Penal-, lo que implica que su restricción debe ser excepcional, procurando siempre investigar para capturar y no capturar para investigar.

Como se observa, el papel del juez constitucional de control de garantías es de suma importancia para el procedimiento penal con tendencia acusatoria, donde se reitera, el fiscal cumple con su rol de parte acusadora, pero en ningún estadio procesal puede ordenar esta clase de medidas –restricción de la libertad-.

No puede llegarse al extremo de dejar maniatada a la Fiscalía General de la Nación ante la eventualidad de una preclusión o sentencia absolutoria, que cumpla con su deber de investigar los delitos que conlleven la detención preventiva como medida de aseguramiento, pues hoy precisamente el sistema acusatorio da igualdad de armas a ambas partes para probar o rebatir los supuestos de la acusación o

la defensa, eso imponiendo al ente acusador la seriedad en las conclusiones que se tomen, las cuales no pueden ser sobredimensionadas ni subvaloradas, y que devengan de forma lógica del material probatorio obtenido legalmente.

2. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL

El nexo causal es la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia ha establecido que para poderle atribuir un resultado a una Entidad y declararlo responsable como consecuencia de su acción u omisión, es necesario definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto.

En Colombia ni legal ni jurisprudencialmente existe una norma que le de prevalencia a una teoría de causalidad. Entre las teorías reconocidas por el H. Consejo de Estado y la doctrina se encuentra: la teoría de causalidad adecuada y la imputación objetiva. Anteriormente fue aceptada la teoría de equivalencia de condiciones.

No obstante lo anterior, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo le ha dado prevalencia a la teoría de causalidad adecuada, a saber:

“En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido -o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa- al referido contenido obligacional, esto es, se ha apartado- por omisión -del cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es menester precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido la Sala, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En el mismo sentido hasta ahora referido, es decir, en el de sostener que se hace necesaria la concurrencia de dos factores para que proceda la declaratoria de responsabilidad del Estado en estos casos -la constatación de la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración, de un lado, y la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño, de otro. En suma, son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante no derivarse -temporalmente hablando- de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta (...)”¹.

¹ Sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio de Obras, Intra y Distrito Especial De Bogota. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De

En esta litis, bajo la teoría de la causalidad adecuada, no se presenta el nexo causal entre el supuesto daño alegado y la actuación del Ente investigador, pues la causa eficiente de la privación de la libertad fue la imposición de la medida de aseguramiento.

Es claro que en el procedimiento penal regulado en la Ley 906 de 2004, quedó en cabeza del Juez con Funciones de Control de Garantías la facultad jurisdiccional para imponer la medida de aseguramiento y quedó reducida la facultad del Ente Instructor en presentar la solicitud; siendo la causa adecuada o próxima al daño alegado la actuación del Juez de Control de Garantías.

En este orden de ideas, el Juez Administrativo debe preguntarse:

¿Si la solicitud de medida de aseguramiento tiene la fuerza de privar de la libertad a un imputado dentro de un proceso penal?, ¿la solicitud realizada por la Fiscalía General de la Nación tiene fuerza vinculante para el Juez de Control de Garantías?.

Al responder los anteriores interrogantes, es palpable que no tiene el mismo valor la solicitud de la medida de aseguramiento y la imposición de la medida de aseguramiento, pues solo la última actuación tiene la fuerza de producir el daño. En otros términos, la solicitud de la medida de aseguramiento no tiene la vocación de privar de la libertad a los imputados.

Así pues, en el sub examine, si bien es cierto la Fiscalía solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva para el sindicado, 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, pero es que hay que tener presente, que el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo con Funciones de Control de Garantías, decidió imponerle medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, entonces de qué responsabilidad en contra de mi representada estaríamos hablando?, si la medida privativa de la libertad fue decretada por el juez de garantías. Y como se evidenció por parte del juez de conocimiento que no se reunía el material probatorio suficiente para edificar una sentencia condenatoria, se decretó la absolución del procesado, dando paso de manera inmediata a su libertad, 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 mi representada, razón por la cual se configura frente a la Entidad la excepción de inexistencia del nexo causal con las actuaciones de mi representada en el caso bajo estudio, pues simple y llanamente se limitó a cumplir con un mandato legal, para lo cual se encuentra facultada por el artículo 250 de nuestra Carta Política.

Así las cosas, resulta claro que la solicitud formulada por la Fiscalía General de la Nación, sobre la imposición de la medida restrictiva a APOLINAR NISPERUZA RIVERO, no representaba para el juzgador la obligación de acceder a la aplicación de la medida, de acuerdo con los límites y alcance de la función de la Fiscalía y de los Juzgados, dentro del Nuevo Sistema Penal Acusatorio. Luego, entonces, no le asiste responsabilidad alguna al ente acusador en la formulación de tal postulación, por cuanto la misma no constituye un factor determinante en la decisión que corresponde al juzgador, quien es el llamado a valorar las pruebas presentadas para tal efecto y, en últimas, adoptar la decisión que corresponda a los

Obras, Intra y Distrito Especial De Bogotá. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789); Actor: Argemiro de Jesús Giraldo Arias y otros; Demandado: Municipio de Medellín; Sentencia del veinte y cinco de julio; Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez; Radicación número 13811; Actor: Jaime de Jesús Munera Munera; Demandado: La Nación Ministerio de Transporte y otros. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "A". Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

parámetros de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida de detención preventiva, valoración y decisión que constituyen, precisamente, la fuente de responsabilidad que pueda llegar a tener el Estado por la privación de la libertad de una persona, como que es virtud de tal decisión que se hace efectiva la restricción, y no en razón de la solicitud que bien puede no ser decretada.

Jurídicamente, se podría llegar a una conclusión distinta en aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin embargo, esta teoría ha sido abandonada por el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

La Sala debe preguntarse sobre si ¿las conductas demostradas de los demandados fueron causa determinante y eficiente en la producción del daño sufrido por los actores? Sobre el particular se observa que las pruebas de demostración de las conductas de los demandados no es a su vez prueba de la relación causal. Particularmente los demandantes alegaron indirectamente que debe aplicarse para la determinación del nexo causal la teoría de “la equivalencia de las condiciones” y no la teoría de “la causalidad adecuada”, pues cree que la mera conducta, o de falla o de riesgo, son causales en la producción del daño. Por tanto, para la Sala es indispensable señalar cómo no toda conducta referida a un daño puede entenderse como causal en su producción. La jurisprudencia ha insistido en tal punto; para ello recuerda que sobre el nexo de causalidad se han expuesto dos teorías; la primera de la equivalencia de las condiciones, según la cual, todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo. Esta teoría fue desplazada por la de causalidad adecuada, en la cual se considera que el daño fue causado por el hecho o fenómeno que normalmente ha debido producirlo; se ha exigido, en consecuencia, que ese hecho sea relevante y eficiente. (...) (Sentencia del 25 de julio de 2002, Radicado interno 13811 C. P. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ)

Igualmente en sentencia de 26 de enero de 2011, indicó:

Para la Sala es importante resaltar que no todas las acciones que anteceden a la producción del daño son causas directas del mismo, como se plantea en la teoría de la equivalencia de las condiciones, es un sinsentido otorgarle igual importancia a cada hecho previo a la producción del daño, lo relevante es identificar cuál acción fue la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, de lo contrario, se llegaría al absurdo de que la consecuencia o daño, sería la sumatoria de todos los antecedentes, haciendo un retorno al infinito. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “A”. Consejera Ponente: (E) Gladys Agudelo Ordóñez. Sentencia del 26 de enero de 2011. Radicación número: 540001-23-31-000-1994-08665-01 (18965).

Finalmente, se encuentra la teoría de la imputación objetiva, en donde el elemento “nexo causal” no es autónomo y se encuentra inmerso en el término de imputación. El Consejo de Estado ha señalado:

Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Es, pues **“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”**. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura

“siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público. (Negrilla fuera de texto). Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643.

Así mismo el Consejo de Estado en sentencia de 19 de agosto de 2011, señaló:

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, **en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica.** Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las —estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas—. **En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que —parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones” (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Expediente: 63001-23-31-000-1998- 00812-01(20144). C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.)**

Como la Fiscalía no es quien impone la medida de aseguramiento ni tiene la facultad de hacerlo, no se puede imputar ni fáctica ni jurídicamente el daño alegado.

Dicho lo anterior, solicito al respetado Despacho que niegue las pretensiones del medio de control en cuanto las imputaciones efectuadas contra la Fiscalía General de la Nación.

3. PERJUICIOS

Perjuicios materiales

Dentro el proceso no existe prueba de la actividad económica que realizaba el señor APOLINAR ANTONIO NISPERUZA RIVERO, al momento de ser privado de la libertad, así como tampoco de los ingresos que el mismo percibía por alguna actividad, pues en el libelo demandatorio se señala que se dedicaba a oficios varios, sin estar demostrados sus ingresos.

4. EXCEPCIONES PREVIAS

A. FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA

En los casos de privación de la libertad es claro que la imposición de la medida de aseguramiento es el hecho generador del daño antijurídico que se pretende satisfacer, dentro del procedimiento penal regido por la Ley 906 de 2004, el Juez de Control de Garantías es la autoridad que tiene la **jurisdicción** para interponerla, **causa única y eficiente del daño alegado.**

El artículo 308 de la Ley 906 de 2004 estipula lo siguiente:

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Diagonal 22B 52-01 Tercer Piso del Edificio Gustavo de Greiff
Bogotá, D.C.
Conmutador 5702000 Ext. 11456

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

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

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia.” (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Del artículo transcrito se extrae dos situaciones: 1) se encuentra en la discrecionalidad del Juez de Control de Garantías decretar la medida de aseguramiento y 2) dicha decisión se toma después de escuchar a la Fiscalía, Ministerio Público y a la Defensa.

El H. Consejo de Estado en sentencia del **26 de abril de 2017**, Radicación número: **52001-23-31-000-2010-00082-01(47380) Consejera Ponente. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**, reitero que en casos de privación de la libertad impuesta bajo el procedimiento penal de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación 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, al señalar lo siguiente:

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 200233 y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para *"asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento"*, 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 penal³⁵, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

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

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

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal³⁷ 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.

(...)

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."

En el mismo sentido, se ha pronunciado en Sentencia del 24 de junio de 2015, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón, expediente 38524; Sentencia del 18 de abril de 2016, Consejero Ponente Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, expediente 40217; Sentencia del 26 de mayo de 2016, Consejero Ponente Dr. Hernán Andrade Rincón, expediente 41573; Sentencia del 30 de junio de 2016, Consejera Ponente Dra. Martha Nubia Velásquez Rico, expediente 41604; Sentencia del 14 de julio de 2016, Consejera Ponente Dra. Martha Nubia Velásquez Rico, expediente 42476; Sentencia del 14 de julio de 2016, Consejera Ponente Dra. Martha Nubia Velásquez Rico, expediente 42555; Sentencia del 21 de julio de 2016, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio, expediente 41608, en todos los cuales su posición ha sido reiterativa en el sentido de declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva frente a mi representada.

En este orden de ideas, la solicitud de la Fiscalía General de la Nación no es la causa eficiente de la imposición de la medida, pues el Juez de Control de Garantías escucha a la defensa del investigado, al Ministerio Público y a las víctimas si ellos intervienen. Es decir, las razones expuestas por la Fiscalía solo es uno de los argumentos que se debe evaluar para tomar la decisión.

S bien es cierto que la Fiscalía en este caso fue quien solicitó la medida de aseguramiento, también lo es que de conformidad con los artículos 306, 307 y 308 de la Ley 906 de 2004, se establece la competencia en el Juez de Control de Garantías de disponer sobre la imposición de la medida de aseguramiento.

Sobre la competencia de la imposición de la medida de aseguramiento, la Corte Constitucional en sentencia C-396 de 2007, señaló decantando en las características del Sistema Penal Acusatorio, que:

“(...) se encuentran, entre otras, (...): separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral. (...) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...)”.

Como en el presente caso está probado que el Juzgado Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías fue quien impuso la medida de aseguramiento, no es dable imputar jurídicamente el daño alegado a mi representada.

Ahora bien, la *Ratio decidendi* de algunas de las sentencias del Consejo de Estado arriba mencionadas, es la siguiente:

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

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

Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó exclusivamente en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Armenia con funciones de

control de garantías que declaró la legalidad de la captura, según se desprende del oficio No. CCSJ-0095 expedido por la Coordinación del Centro de Servicios Judiciales.

Así pues, en el asunto sub examine la decisión que llevó a la privación de la libertad del señor Pedro Pablo Palacio Molina, si bien es cierto fue solicitada por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del ahora demandante, cosa que sí le correspondía a la Rama Judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación.” (Sentencia del Consejo de Estado, Consejo Ponente Hernán Andrade Rincón radicado 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), del 26 de mayo.) (Negrilla y cursiva fuera de texto)

Y en sentencia de junio del 2015, señaló²:

(...) 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

² También ver Tribunal de la Contencioso Administrativo de Risaralda Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de diciembre de dos mil ocho, y con ponencia de la Magistrada Dufay Carvajal Castañeda, El Tribunal de la Contencioso Administrativo del Cesar Sala de Decisión, mediante sentencia del 19 de enero del dos mil doce, y con ponencia del Magistrado Álvaro Enrique Rodríguez Bolaños, Sentencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera-Subsección B Magistrado Ponente Carlos Alberto Vargas Bautista- noviembre 17 de 2010-Actor Francy Eunice Millán Rincón, Sentencia Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Segunda de Oralidad Magistrada Ponente Beatriz Elena Jaramillo Muñoz- Septiembre 30 de 2013-Actor Camilo Andrés Moncada Uribe, entre otros fallos.

funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva por la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz” (Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, C. P. Hernán Andrade Rincón. (Negrilla y cursiva fuera de texto)³”

Posiciones ratificadas en sentencia de Junio de 2016, donde señaló:

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

B. CULPA EXCLUYENTE DE UN TERCERO

Señor Juez, del libelo de la demanda y de las pruebas aportadas y solicitadas en la misma, fuerza colegir que el señor APOLINAR NISPERUZA RIVERO, fue implicado en el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, por el cual se abrió la investigación penal respectiva, dentro del cual, su aprehensión se produjo por parte de agentes de la Policía Nacional de Sincelejo.

C. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Las causales eximentes de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima), traen como consecuencia la imposibilidad jurídica de imputar a la administración responsabilidad alguna por los daños ocurridos por su acción u omisión.

Con respecto a la culpa exclusiva y determinante de la víctima como eximente de responsabilidad, argumento que esta instancia sostiene para negar las pretensiones de la demanda en el caso sub lite, el Alto Tribunal Administrativo ha reiterado que *“para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima”*.

En pronunciamiento de 13 de agosto de 2008, la referida Corporación en Exp. 17042; M.P. Enrique Gil Botero, en relación a la culpa exclusiva de la víctima dijo:

“es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causa/eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir; en relación con el demandado, las condiciones de irresistibilidad e imprevisibilidad de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa el daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos”.

³ Consejo de Estado, en sentencia del 24 de junio de 2015, radicado 2008-256, Expediente 38.524, M.P. doctor Hernán Andrade Rincón.

Para el caso en concreto no existe el nexo causal, si se tiene en cuenta que no puede la administración, particularmente la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, entrar a responder por el presunto daño inferido a hoy demandante, pues la Entidad siempre obró con diligencia en todo el trámite procesal de la investigación penal en, al adelantar la investigación, toda vez que fue aprehendido en flagrancia al encontrarse en su poder una bolsa plástica cuyo contenido se asemejaba a base de coca, por lo tanto, no puede afirmarse que la detención haya sido injusta, pues existían unos hechos reprochables que debían ser investigados.

Bajo estos parámetros y después de analizada la conducta desplegada por el señor demandante en los hechos que finalizaron con la apertura de una investigación penal en su contra al ser capturado en flagrancia, no se puede imputar el daño antijurídico a la Fiscalía General de La Nación, como quiera que miembros de la Policía Nacional, en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales procedieron a detenerla, por considerarla presunta autor del delito de tráfico o porte de estupefacientes; adicionalmente, pertinente es indicar que al momento de la imposición de la medida de aseguramiento, se daban los presupuestos procesales exigidos por el articulado penal.

En un caso similar el Consejo de Estado sostuvo:

“Así las cosas, se tiene que la vinculación al proceso penal del señor Walter de Jesús Higuita sólo puede ser atribuible a él mismo, pues, fue su actuar lo que derivó en una intervención de la Policía Nacional, que a la postre generó un proceso penal, en el que se ordenó su detención preventiva. Una posición contraria supondría desconocer la existencia de una causa extraña generadora del daño antijurídico, y compelería a que el Estado se convirtiera en un asegurador universal puesto que se desencadenaría su responsabilidad con independencia de la imputación fáctica y jurídica de la lesión.”.

Así expuesto, el actuar de la presunta víctima, en el presente caso, determina que la misma deba asumir la privación de la libertad de la que fue objeto, como una carga que le corresponde por lo reprochable de su conducta, por lo tanto la decisión adoptada se encuentra plenamente proporcionada como resultado del juicio de ponderación entre los intereses jurídicos colisionantes en el caso concreto: efectividad de las decisiones a adoptar por la Administración de Justicia, de un lado y esfera de derechos y garantías fundamentales del individuo, de otro; el hoy demandante conocía la ilicitud de su comportamiento y lo que ello podía acarrear, razón por la cual, tanto la privación de su libertad como la investigación penal, era una carga que debía soportar.

Por lo tanto, con el objetivo de acreditar la culpa exclusiva de la víctima en el hecho dañoso, basta la demostración de que su comportamiento fue decisivo, determinante y exclusivo. Así lo ha establecido dicha Corporación cuando concluye que "no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima, que el presunto responsable acredite que la conducta de aquella fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa a y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación".

De acuerdo con el acervo probatorio referenciado, se tiene que la conducta de la víctima fue determinante en la producción del daño. En efecto, obran en el proceso pruebas suficientes sobre la culpa exclusiva y determinante de la víctima, por cuanto la conducta desarrollada por ésta influyó decididamente en la producción del resultado dañoso, configurándose, por tanto, una causal excluyente de responsabilidad.

D. **INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA POR INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL** con la Fiscalía General de la Nación, en razón a que como se ha manifestado anteriormente no se presentó falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación.

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

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

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

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

5 PRUEBAS

Comendidamente solicito al señor Juez se decrete el interrogatorio de parte del señor APOLINAR ANTONIO NISPERUZA RIVERO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.102.847.876, quien puede ser citado a través de su apoderada judicial en la calle 22 # 16-27 edificio altamisa, oficina 201 de Sincelejo, para que declare los hechos de la demanda, en especial , todo lo relacionado con los hechos que produjeron su captura por los Agentes de la Policía Nacional (Art. 173 CGP).

5. ANEXOS

Acompaño al presente memorial los siguientes:

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

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Diagonal 22B 52-01 Tercer Piso del Edificio Gustavo de Greiff
Bogotá, D.C.
Conmutador 5702000 Ext. 11456

7. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B N° 52 - 01, Tercer Piso del Edificio Gustavo de Greiff, Bogotá, Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho, o al correo electrónico jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, o jur.novedades@fiscalia.gov.co.

Del Señor juez,



CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO

C. C. 28.098.547 de Charalá-Santander

T. P. 192.695 C. S. de la J.

24/02/2021

CONTESTACION APOLINAR NISPERUZA

Carmen Beatriz Vargas Castillo <carmen.beatrizc@fiscalia.gov.co>

Jue 25/02/2021 2:48 PM

Para: adm07sin@cendoj.ramajudicial.gov.co <adm07sin@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Javier Berrio Vergara <javier.berrio@fiscalia.gov.co>; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co <procesosnacionales@defensajuridica.gov.co>; Notificaciones Direccion Ejecutiva Deaj <deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co>; Ciracorrales@hotmail.com <Ciracorrales@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (436 KB)

CONTESTACION APOLINAR NISPERUZA R LEY 906 ESTUPEFACIENTES ABSUELVE-DIF.pdf;

Buenas tardes. Cordial saludo. Por favor cambiar el anterior escrito de contestación de demanda de APOLINAR NISPERUZA, enviado en el día de hoy, por el adjunto. Me disculpan por favor. Gracias

Atentamente,

CARMEN BEATRIZ VARGAS CASTILLO

NOTA CONFIDENCIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN: Este mensaje (incluyendo cualquier anexo) contiene información confidencial y se encuentra protegido por la Ley. Sólo puede ser utilizada por la persona o compañía a la cual está dirigido. Si usted no es el receptor autorizado, o por error recibe este mensaje, favor borrarlo inmediatamente. Cualquier retención difusión, distribución, copia o toma cualquier acción basado en ella, se encuentra estrictamente prohibido.