



Bogotá D. C., lunes, 5 de abril de 2021.

Doctor

ASDRUBAL CORREDOR VILLATE

Juez Treinta y Ocho (38) Administrativo de Bogotá – Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-36-038-2019-00328-00.
Acción: Reparación Directa
Actor: David Leonardo Montaña García y Otros.
Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ, identificado con la cédula de ciudadanía No.10'539.319 de Popayán, titular de la tarjeta Profesional No.43.870 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder que adjunto, estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda, en los siguientes términos:

1.- A LAS PRETENSIONES

Con todo respeto me opongo a la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda, por cuanto en el presente caso no se configuran los requisitos para que se estructure la falla en la prestación del servicio que se demanda.

2.- ANTECEDENTES

De la lectura de la demanda se observa que la mayoría de los hechos de la demanda son parcialmente ciertos por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal adelantado contra DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA, por los punibles de: peculado por apropiación en beneficio de terceros contenido en el artículo 397 del C.P, falsedad ideológica en documento público, artículo 286, prevaricato por acción artículo 413, prevaricato por omisión artículo 414, contra el aquí demandante y otros funcionarios públicos que participaron en esta actuación administrativa, por las decisiones adoptadas dentro del proceso administrativo agrario de deslinde. El proceso penal tiene el radicado No. (No reporta número) La Rama Judicial no está de acuerdo con los hechos





relacionados con la presunta privación injusta y los perjuicios reclamados. Los más relevantes resumo en los siguientes términos:

Mediante Resolución No. 0464 del 7 de marzo de 2011, mi poderdante fue nombrado en el Cargo de DIRECTOR TÉCNICO Código 0100 Grado 19 de, en la Subgerencia de Tierras Rurales, Dirección Técnica de Procesos Agrarios de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER; cargo que acepto el día 8 de marzo de la misma anualidad.

Dentro de las funciones del cargo tenía entre otras: i).- Dirigir y controlar a las Direcciones Territoriales en la aplicación de las normas y procedimientos definidos para la extinción del dominio privado a tierras ociosas; ii).- Dirigir y controlar a las Direcciones Territoriales en la aplicación de las normas y procedimientos definidos para clarificar las tierras desde el punto de vista de su propiedad; iii).- Dirigir y controlar a las Direcciones Territoriales en la aplicación de las normas y procedimientos definidos para delimitar la tierras de propiedad de la Nación

Con el oficio del 18 de agosto de 2011, el señor David Montaña García presentó renuncia al cargo de Director Técnico, fue presentada de manera voluntaria ante la Fiscalía General de la Nación, y recibida mediante radicado DNF -No. 20116111370482 del 22 de agosto de 2011, porque en su contra se denunciaron hechos irregulares en el ejercicio de sus funciones, la cual fue aceptada por medio de Resolución del 23 de septiembre de 2011 por el Gerente General de la Entidad.

En ejercicio de sus funciones el aquí demandante DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA como Director Técnico en la Subgerencia de Tierras Rurales, Dirección Técnica de Procesos Agrarios de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER actuó dentro del proceso de deslinde de las denominadas ciénagas de AMANSA GUAPO CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI ubicadas en el Municipio de San Marcos - Sucre.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 160 de 1994 y los Decretos Reglamentarios No.2663 y 2664 de 1994, vigentes para el momento de los hechos, los procesos agrarios son procedimientos de orden administrativo cuyo adelantamiento corresponde al INCODER. Dentro de estos se distinguen: i).- Clarificación que realiza un estudio de títulos sobre un determinado predio, con el objeto de determinar si acredita o no la propiedad privada; ii).- Recuperación de baldíos que busca identificar ocupaciones irregulares sobre tierras baldías de la Nación; iii).- Deslinde que busca establecer límites geográficos que distingan tierras baldías de la Nación de predios de propiedad privada; iv).- Extinción del dominio que se aplica sobre predios de propiedad privada que incumplen la función social de la propiedad. De la breve descripción anterior, es fácil evidenciar que los objetos de cada uno de los procedimientos son distintos, aunque en algunos casos complementarios.



Para mayor ilustración, debe entenderse que el proceso de deslinde adelantado sobre las mencionadas ciénagas del Departamento de Sucre, buscaba definir si el área que estaba siendo objeto de cerramiento por parte del particular ADALBERTO BULA, o si realmente correspondía o no a propiedad privada, o si se trata de una ciénaga que constituye un bien de uso público y no puede ser apropiado por los particulares.

El origen de la actuación administrativa agraria de deslinde, es el siguiente:

El proceso agrario de deslinde que aquí nos ocupa tuvo su origen en: 1).- denuncia de la Comunidad Campesina al INCORA de esa época, la que da cuenta que un particular está cerrando la Ciénaga del 22 noviembre 1993 reiterada en 1994 y 1996. Esta denuncia también fue reiterada a la Procuraduría Judicial, Ambiental y Agraria de Sincelejo – Sucre, del 9 febrero 2005, para su inició se expidió la Resolución No. 174 del mes de noviembre de 1993, las que daban cuenta que el señor Adalberto Bula Bula había efectuado una oclusión particular sobre predios que hacían parte del bien de uso público denominado Ciénaga de Amanzaguapo del Predio la Gloria, solicitó al Gerente Regional del INCORA del Departamento de Sucre, llevar a cabo el deslinde y delimitación de la Ciénaga del DIVIDIVI, cuerpo de agua que en el decurso del proceso se denominó: Ciénagas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI en el Municipio de de San Marcos – Sucre, 2).- El 28 febrero 2007 se realizó por el INCODER una primera inspección al predio, concluyendo que en dicho predio **NO existe ciénega**. 3).- En consecuencia, con base en lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2663 de 1994, mediante la Resolución No. 2437 del 27 de agosto de 2010, suscrita en su oportunidad por José Rodolfo Castro se negó el deslinde por considerar que NO existe la ciénaga y que el predio es privado, en su parte resolutive se consignó:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que no hay lugar a decretar el deslinde de los terrenos que en parte conforman el área de la división denominada AMANZAGUAPO en extensión de 271 Has., más 0065 mts², de las 914 Hectáreas. más 8.500 mts² que conforman en su totalidad la hacienda MATA DE COROZO de propiedad del señor ADALBERTO JOSÉ BULA BULA, en razón a que en el mismo no existen las Ciénagas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI, jurisdicción del municipio de SAN MARCOS, departamento de SUCRE.”

4).- Esta decisión fue notificada por edicto 22 diciembre de 2010. 5).- Contra la anterior decisión el señor Ricardo Beltrán y otros Campesinos de las Parcelas “La Gloria” ubicadas en el Municipio de San Marcos, Departamento de Sucre interpusieron recurso de reposición solicitando su revocatoria. 6).- Para decidir dicho recurso el INCODER a través de la Dra. Alexandra Lozano Vergara ordenó una segunda inspección ocular. 6).- El equipo técnico-jurídico del INCODER, pudo constatar, al igual que lo hizo la Corporación Autónoma del Magdalena, que en efecto en el predio objeto de deslinde SÍ



existen las Ciénegas de: Amazaguapo, Caño Viloría y el Dividivi, suscrito por Cipagauta. 7).- por lo anterior, el INCODER con Resolución No.1986 del 5 agosto 2011 la Dra. Alexandra Lozano, Subgerente de Tierras Rurales para esa época, revocó la resolución inicial y ordenó delimita los predios de la Ciénaga que pertenecen al Estado, en su parte resolutive se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reponer en todas sus partes la Resolución 2437 del 27 de agosto de 2010: “por la cual se decide de fondo las diligencias administrativas tendientes a deslindar los terrenos que conforman las denominadas Ciénegas de AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI, ubicada en el municipio de San Marcos, Sucre.” Mediante la cual se resolvió: “que no hay lugar a decretar el deslinde de los terrenos que en parte conforman el área de la división denominada AMANZAGUAPO en extensión de 271 Has., más 0065 mts², de las 914 Has, más 8.500 mts² que conforman en su totalidad la hacienda MATA DE COROZO de propiedad del señor ADALBERTO JOSÉ BULA BULA, en razón a que en el mismo no existen las Ciénegas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI, jurisdicción del municipio de SAN MARCOS, departamento de SUCRE.”

ARTÍCULO SEGUNO: Delimitar y deslindar los terrenos baldíos de propiedad de la Nación que conforman las Ciénegas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI, ubicadas en el municipio de San Marcos, departamento de Sucre: los cuales tienen una extensión global de cuatrocientos dos Hectáreas (402 Has.) y setecientos siete metros cuadrados (707 m²) y cuyos linderos técnicos son los siguientes: (...)

Frente a presuntas irregularidades en que incurrió el INCODER, estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía, para que se investigue una presunta vulneración al Código Penal.

La Fiscalía Seccional 22 Unidad Anticorrupción Posterior en audiencia preliminar del 23 de julio de 2014, solicita al Juez 24 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se libre orden de captura, entre otros, en contra del señor David Leonardo Montaña García, las cuales fueron negadas, ya que el Juez de Garantías consideró desproporcionales e innecesarias, argumentando que:

“(…) hace referencia a que en este caso la víctima es el Estado y no se puede, con los elementos aportados, afirmar que este se encuentra en peligro.”

En Audiencia Preliminar del 24 de julio de 2014, el Fiscal Seccional 22 Unidad Anticorrupción –nuevamente solicita al Juez 21 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, Orden de Captura, entre otros, en contra de David Leonardo Montaña García, librándose la orden de captura No. 030 del 24 de julio de 2014, la cual



se materializó el 12 de agosto de 2014. La detención de la libertad se cumplió en los calabozos de la Fiscalía ubicada en Los Mártires, en Bogotá y no en Establecimiento Carcelario. El Juez de Garantías en este caso se abstuvo de imponer medida de aseguramiento contra el aquí demandante David Leonardo Montaña García.

En la imputación de cargos, se decretó una medida cautelar en contra el aquí demandante, respecto a la prohibición de enajenación del inmueble de su propiedad, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20529970, la cual fue levantada el 11 de mayo de 2016, de acuerdo con el Acta de Audiencia No. 172 del Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y según Oficio No. 051 /590 del 11 de mayo de 2016 dirigido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte de Bogotá.

El 16 de agosto de 2014, el aquí demandante recupero su libertad, pero siguió vinculado al proceso.

El 20 de abril de 2015, el Fiscal Seccional 22 de la Dirección Nacional Anticorrupción radicó escrito de acusación por los punibles de: peculado por apropiación en beneficio de terceros contenido en el artículo 397 del C.P, falsedad ideológica en documento público, artículo 286, prevaricato por acción artículo 413, prevaricato por omisión, artículo 414, contra el aquí demandante y otros funcionarios públicos que participaron en esta actuación administrativa.

En audiencia de acusación del 26 de febrero de 2016, se hicieron presentes los defensores de todos los imputados, sin embargo, no se pudo realizar atendiendo escrito de aplazamiento de la Fiscalía; se fija como fecha el 21 de abril de 2016.

En audiencia de acusación del 21 de abril de 2016, se hicieron presentes los defensores de todos los imputados, sin embargo, no se pudo realizar atendiendo escrito de aplazamiento de la Fiscalía; se fija como fecha el 8 de junio de 2016.

En audiencia de acusación del 8 de junio de 2016, se hicieron presentes los defensores de todos los imputados, sin embargo, no se pudo realizar porque la Fiscalía, no se hace presente; se fija como fecha el 10 de agosto de 2016.

El 21 de septiembre de 2016, el Fiscal 45 Especializado solicitó la preclusión de la investigación a favor de ALEXANDRA LOZANO VERGARA, LINA MARÍA TORRES SEGURA, DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, DAVID ANDRÉS GOMEZ CASSERES ACUÑA, MANUEL GABRIEL ENRIQUE CIPAGAUTA BENINCORE y HUGO MAURICIO MERCADO MARIÑO, invocando la causal 4 del Artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es decir, por atipicidad del hecho investigado.



Mediante auto del 15 de mayo 2015, la Juez Novena Penal del Circuito de Conocimiento se declara impedida para seguir conociendo el proceso, argumentando que es acreedora de INCODER.

Con decisión del 26 de mayo, el Juez Séptimo (7) Penal del Circuito de Conocimiento no acepta el impedimento de la Juez Novena y ordena remitir el expediente al Tribunal Superior de Bogotá.

El 24 de junio 2015, el Tribunal Superior de Bogotá declara infundado el impedimento de la Juez Novena del Circuito.

El 10 de agosto de 2016, se realiza la audiencia de acusación y se ordena la ruptura de la unidad procesal. De acuerdo con el informe secretarial del 24 de agosto de 2016, el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio, tramitó lo ordenado por el del Juzgado 9 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en el sentido de realizar la ruptura de la unidad procesal.

Con el oficio No. 716 del 11 de agosto de 2016, del Juzgado Noveno (9º) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, solicita al Coordinador de Servicios judiciales de Paloquemao, citar entre otros, al defensor del señor Montaña García, Doctor William Duarte, para el día 21 de septiembre de 2016 a las 9:00 a.m., para Audiencia de Preclusión.

En audiencia de preclusión del 15 de noviembre de 2016, se hicieron presentes los defensores de todos los imputados, el Fiscal y el Ministerio Público, sin embargo, la Señora Juez solicita aplazamiento para que se aclare sobre los colindantes del predio que es del Incoder; se fija como fecha el 20 de enero de 2017, a las 9.00 a.m.

Mediante Auto del 10 de febrero de 2017, el Juzgado Noveno (9) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, precluyó parcialmente las actuaciones seguidas en contra otros procesados por los punibles de falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación prevaricato por acción y prevaricato por omisión; empero, contra: ALEXANDRA LOZANO VERGARA, LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, DAVID ANDRÉS GOMESCASSERES ACUÑA y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, negó dicha preclusión. Esta decisión fue apelada por la Fiscalía 45.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 23 de mayo de 2017, REVOCÓ el numeral 4 del Auto del 10 de febrero de 2017 proferido por el Juzgado Noveno (9º) Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, y en consecuencia ordenó PRECLUIR la investigación contra ALEXANDRA LOZANO VERGARA, LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, DAVID ANDRÉS GOMESCASSERES ACUÑA y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA; por los delitos de falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación, prevaricato por



acción y prevaricato por omisión. A dicho Fallo se le dio lectura en Audiencia del 2 de junio de 2017.

Por estos hechos el demandante permaneció privada de la libertad del 12 al 16 de agosto de 2014, es decir, por cinco (5) días, por lo que considera que se le han causado perjuicios materiales, morales y daño a la vida de relación de él y su grupo familiar que ascienden a \$559'683.941.

3.- RAZONES DE DEFENSA DE LA RAMA JUDICIAL

Inexistencia de antijuridicidad

La parte actora pretende que se declare que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** y **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son responsables administrativamente por los daños y perjuicios que reclama, alegando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial la “supuesta” privación injusta de la libertad de la que fue objeto.

En el acápite de las pretensiones, el demandante solicita cuantiosa indemnización por concepto de perjuicios materiales, por supuesta falla en el servicio judicial por una presunta privación injusta de la libertad y error judicial.

Olvida el actor que la responsabilidad del Estado, de acuerdo a jurisprudencia del Consejo de Estado, éste *“falla cuando con sus actuaciones, hechos positivos o negativos o vías de hecho, desconoce los derechos de los particulares o deja de proteger los mismos o permite que algún miembro de la comunidad o cualquier persona vulnere dichos derechos.*

No debe olvidarse que la responsabilidad del Estado es primaria, es decir, recae en la persona de derecho público en primer lugar, y es objetiva; y existe falla cuando existe daño a los derechos de los asociados como consecuencia de la acción u omisión estatal”. (C. E., Sección Tercera, Sentencia Nov. 4/75).

La falla en el servicio para que pueda considerarse verdadera causa de perjuicio y comprometa la responsabilidad del Estado *“no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración puede considerarse como “anormalmente deficiente”.* (Consejo de Estado, Sentencia de agosto 4 de 1994. Expediente 8487).

Así mismo, el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente - MAURICIO FAJARDO GOMEZ mediante providencia del 7 de abril de 2011, con radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01, se indicó que:



Teniendo en consideración que el título de imputación alegado es la presunta “*privación injusta de la libertad*”, se estima pertinente citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y en particular las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que sobre el punto ha enseñado la jurisprudencia y examinar si la parte demandada debe responder por los hechos alegados.

Conforme a las pretensiones descritas, resulta pertinente destacar que la cláusula general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, del cual se puede concluir que para que se estructure la responsabilidad por parte del estado, debe existir un daño antijurídico y que este pueda ser atribuible a una Autoridad por acción u omisión¹.

En desarrollo del precepto constitucional citado, la Ley Estatutaria 270 de 1996 desarrolla la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad consagrando la posibilidad de que quien sufra este daño, puede demandar al Estado la indemnización de perjuicios².

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

*“... una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales, de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho, sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de su libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados. Por el contrario, **la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de la responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre***

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

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



en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención.”³

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

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

“Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la

³ Corte Constitucional. Sentencia C – 037 de 1996 M. P. Dr.: Vladimiro Naranjo Mesa. En previos pronunciamientos de esta misma Corporación, se ha establecido que el artículo 90 constitucional permitía la aplicación del régimen subjetivo de responsabilidad, basado en la culpa: “A pesar de que se ha considerado por algunos doctrinantes que la nueva concepción de la responsabilidad del Estado tiene como fundamento un criterio objetivo, no puede afirmarse tajantemente que el Constituyente se haya decidido exclusivamente por la consagración de una responsabilidad objetiva, pues el art. 90 dentro de ciertas condiciones y circunstancias también admite la responsabilidad subjetiva fundada en el concepto de culpa. Y ello es el resultado de que si bien el daño se predica del Estado, es necesario tener en cuenta que se puede generar a partir de la acción u omisión de sus servidores públicos, esto es, de un comportamiento que puede ser reprochable por irregular o ilícito.” En: Corte Constitucional. Sentencia C – 430 de 2000. M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

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

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



decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio iura novit curia, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante.”⁶

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

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

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

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

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

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

⁸ Ley 906 de 2004. Artículo 308



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

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

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

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

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



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

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

Tal conclusión se adecua con la naturaleza misma del proceso penal acusatorio y adversarial, el cual se sostiene, entre otros principios, en el de progresividad¹¹. Al respecto se ha mencionado:

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

Conforme a los criterios expuestos se puede concluir en primer lugar que ante casos de “privación injusta de la libertad”, el Juez debe decidir el caso verificando si en el *sub examine* se atendió a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad sobre la

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

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

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



imposición de medidas de aseguramiento. Lo anterior teniendo en cuenta es estándar probatorio y el grado de conocimiento exigido por la Ley Procesal Penal para la imposición de las medidas coercitivas de carácter personal.

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

La sentencia C - 037 de 1996

La Corte Constitucional en la Sentencia C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término “INJUSTAMENTE” para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi).

En este orden de ideas, corresponde a la parte actora como carga procesal, acreditar que las decisiones que adoptó el Juez de Garantías, fueron arbitrarias, caprichosas y/o adoptadas por fuera de los procedimientos legales, evento que no ha ocurrido en el presente caso, pues ello no se encuentra acreditado.

Fuerza Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para las Autoridades Administrativas en el ejercicio de sus competencias sentencia c - 634 de 2011:

“JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Acatamiento estricto

El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. En efecto, el artículo 243 C.P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos erga omnes, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de la decisión de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución.



JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EJERCICIO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas

En lo relativo a los fallos en los que la Corte ejerce el control concreto de constitucionalidad, también se reconoce su carácter vinculante para las autoridades judiciales y administrativas. Esto en el entendido que dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales. Así, como se ha explicado en esta sentencia, si se parte de la base que (i) las reglas de derecho solo logran su armonización concreta luego de su interpretación; y (ii) la hermenéutica adelantada por las autoridades judiciales investidas de las facultad de unificar jurisprudencia, tiene carácter vinculante; entonces las razones de la decisión de los fallos proferidos en ejercicio del control concreto son un parámetro obligatorio para la aplicación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales en los casos sometidos a su escrutinio. Lo anterior trae como consecuencia necesaria que el grado de vinculatoriedad que tiene el precedente constitucional para las autoridades administrativas, tenga un grado de incidencia superior al que se predica de otras reglas jurisprudenciales. Ello debido, no la determinación de niveles diferenciados entre los altos tribunales de origen, sino en razón de la jerarquía del sistema de fuentes y la vigencia del principio de supremacía constitucional. En otras palabras, en tanto la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.) y, a su vez, se confía a la Corte la guarda de esa supremacía, lo que la convierte en el intérprete autorizado de las mismas (Art. 241 C.P.); entonces las reglas fijadas en las decisiones que ejercen el control constitucional abstracto y concreto, son prevalentes en el ejercicio de las competencias adscritas a las autoridades administrativas y judiciales. Por supuesto, en este último caso reconociéndose las posibilidades legítimas de separación del precedente que, se insiste, están reservadas a los jueces, sin que puedan predicarse de los funcionarios de la administración.

FUERZA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS-Omisión legislativa relativa

Corresponde a las autoridades administrativas, en la toma de decisiones de su competencia, realizar un proceso de armonización concreta análogo al que se efectúa en sede judicial, el cual identifique y aplique los diversos materiales jurídicos relevantes al caso, fundado en una práctica jurídica compatible con la jerarquía del sistema de fuentes, el cual privilegia la vigencia de las normas constitucionales. Se observa, según lo expuesto, que no concurre una razón suficiente para que el legislador haya omitido el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el caso analizado,



comprobándose con ello la tercera condición de las omisiones legislativas relativas. Por lo tanto, se está ante una distinción injustificada, la cual se funda en el desconocimiento del papel que cumple dicha jurisprudencia en el sistema de fuentes que prescribe la Carta Política”

La Sentencia SU - 072 de 2018.

En este contexto es necesario tener en cuenta que bajo los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018, la cual se encuentra directamente relacionada con la Sentencia C-037 de 1996, no es posible hablar de una responsabilidad objetiva contra Entidades como la aquí demandada, por el solo hecho que el sindicato resulte absuelto o se le precluya la investigación. Es claro en estos institutos jurídicos, per se, no hacen injusticia la captura o la medida de aseguramiento de una persona, puesto que en la actualidad se requiere un esfuerzo probatorio y argumentativo mucho mayor, dado que la parte actora le concierne demostrar que la orden impuesta no se avino a los parámetros normativos establecidos con tal fin.

INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO EN EL CASO CONCRETO

Sea lo primero advertir que en el correo de notificación de la presente demanda se indicó un link para la consulta del proceso, al intentar abrirlo y copias las piezas procesales allí obrantes, no fue posible por cuanto sale una alerta que textualmente señala: “*que no se pudo abrir por tratarse de un correo malicioso*”, por lo que solo puede contar con el texto de la demanda”.

Bajo el caso sub examine, se constata que el ciudadano DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, se le procesó con base en una denuncia por los delitos de: peculado por apropiación en beneficio de terceros contenido en el artículo 397 del C.P, falsedad ideológica en documento público, artículo 286, prevaricato por acción artículo 413, prevaricato por omisión artículo 414, contra el aquí demandante y otros funcionarios. La Fiscalía General de la Nación, a raíz de los hechos investigados y con elementos materiales probatorios recaudados hasta ese momento, en especial por las decisiones que obran en el expediente administrativo del proceso administrativo agrario de deslinde que cursó en Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, hoy la Agencia Nacional de Tierras - ANT, por lo que solicitó al Juez de Garantías legalizar la captura e imponer medida de aseguramiento. En este caso se destaca que si bien se impartió legalidad a la captura, la defensa no interpuso recurso alguno. El Juez de Garantías en este caso NO IMPUSO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, con base en el análisis que realizó del artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una inferencia razonable. Sin embargo, las conductas punibles imputadas tienen una pena



superior a cuatro (4) años, por lo que se cumplía uno de los requisitos para imponerla. Dicha decisión se encuentra ajustada a la constitución y la ley.

El aquí demandante permaneció retenido en los calabozos de la Fiscalía ubicada en Los Mártires, en Bogotá, por cinco (5) días, entre el 12 y 16 de agosto de 2014. No se demostró la peligrosidad. Se le informó de la prohibición de enajenar del inmueble de su propiedad, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20529970, medida que fue levantada el 11 de mayo de 2016.

La sentencia C-163 de 2008

Un entendimiento conforme a postulados internacionales[2] sugiere que el control de legalidad de la detención de una persona implica el deber de las autoridades de “llevar”, es decir, trasladar a la persona ante la presencia del juez. La finalidad del control sobre la privación de la libertad (ya sea a través de un habeas corpus o del control judicial del juez de garantías) es la de proteger este bien jurídico; en consecuencia, la audiencia de control de legalidad de la aprehensión requiere que se ponga a disposición del juez, la persona misma del encausado dentro de las 36 horas.

Dicha situación se encuentra conforme con lo dispuesto por organismos internacionales y el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 28 de la Constitución Política¹³, autoriza la restricción del derecho a la libertad, siempre y cuando sea ordenado por la autoridad judicial competente, en cumplimiento de las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley, la cual, a su vez, debe atender criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en tanto en derecho a la libertad no ostenta el carácter de absoluto.

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

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

70. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el

¹³ ARTÍCULO 28. Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.



sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada.”¹⁴

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

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

Las medidas de aseguramiento implican la privación efectiva del derecho a la libertad personal, restricciones a su ejercicio o la imposición de otras obligaciones, con el objeto general de garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas dentro del trámite, la presencia del imputado en el proceso y asegurar la estabilidad y tranquilidad sociales, de modo que se contrarresten hipotéticas e indeseables situaciones como producto del tiempo transcurrido en la adopción de la decisión y las medidas de fondo a que haya lugar.”¹⁵

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

Según la reforma constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, nuestro sistema penal es de tendencia acusatoria, es decir, que radica en la Fiscalía, la obligación de adelantar el ejercicio de la acción penal, y realizar la investigación de los hechos que revistan las

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. INFORME No. 86/09 CASO 12.553 FONDO JORGE, JOSÉ Y DANTE PEIRANO BASSO REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY 6 de agosto de 2009. Misma posición descrita en las siguientes decisiones: Corte I.D.H., Caso López Álvarez. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C Nº 141, párrafo 69; Corte I.D.H., Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nº 137, párrafo 106; Corte I.D.H., Caso Acosta Calderón. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C Nº 129, párrafo 75; Corte I.D.H., Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C Nº 114, párrafo 180; y Corte I.D.H., Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C Nº 35, párrafo 77.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 469 de 2016. M. P. Dr.: Luis Ernesto Vargas Silva.



características de un delito que lleguen a su conocimiento¹⁶, por manera que, no es del resorte del Juez de Garantías resolver, *a motu proprio y ab initio*, sobre la responsabilidad penal del imputado.

Lo que sí compete, inicialmente, al Juez de Garantías es resolver lo atinente a la legalidad de los actos previos de: solicitud de orden de captura, legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento,¹⁷ actuaciones que inician a petición de la Fiscalía, como titular de la acción penal, la cual se sustenta en la información oportuna y legalmente recogida por parte de la policía judicial, bajo su propia coordinación, que habilita la adopción de las medidas necesarias para evitar que la acción penal resulte inane.

Bajo el anterior contexto y conforme a los hechos descritos si bien es cierto el Juez de Control de Garantías impartió control de legalidad a la captura del demandante, formuló la imputación hecha por la Fiscalía, e impuso la medida de aseguramiento por dicho ente solicitada, tales decisiones se produjeron en un momento procesal en el cual el estándar probatorio exigido es el de una inferencia razonable de autoría o participación¹⁸

Conforme a la normatividad citada, el Juez de Control de Garantías, para imponer la medida de aseguramiento debe verificar lo siguiente:

La inferencia de autoría o participación del procesado en la comisión de una conducta punible

En esta etapa procesal no se trata de establecer la responsabilidad penal del procesado, sino de establecer una inferencia sobre su posible participación en la comisión de una conducta que revista las características de delito¹⁹. Así mismo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que el estándar probatorio para imponer y revocar una medida de aseguramiento es básicamente “(...) **la inferencia razonable de autoría o participación que no es otra cosa que la deducción efectuada por el funcionario judicial sobre la probabilidad que existe, en términos lógicos y razonables dentro del espectro de posibilidades serías, que el imputado haya cometido y/o dominado la realización de la conducta ilícita o haya participado en su ejecución, sin que tal operación mental, fundada en el valor demostrativo de las evidencias puestas a su disposición, implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal o equivalga a la certeza sobre el compromiso del procesado.**”²⁰ (Negrilla fuera de texto)

En el caso concreto la Fiscalía contaba con distintos Elementos Materiales Probatorios

¹⁶ Artículo 250 C.P.

¹⁷ Artículos 275 y s.s. del C.P.P.

¹⁸ Ley 906 de 2004. Art. 286.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C 673 de 2005. M. P. Dra. Clara Inés Vargas

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 24 de julio de 2017. Rad.: 47850. M. P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.



(no plena prueba), en especial: El proceso agrario de deslinde que aquí nos ocupa tuvo su origen en: 1).- denuncia de la Comunidad Campesina al INCORA de esa época, la que da cuenta que un particular está cerrando la Ciénaga del 22 noviembre 1993 reiterada en 1994 y 1996. Esta denuncia también fue reiterada a la Procuraduría Judicial, Ambiental y Agraria de Sincelejo – Sucre, del 9 febrero 2005, para su inició se expidió la Resolución No. 174 del mes de noviembre de 1993, las que daban cuenta que el señor Adalberto Bula Bula había efectuado una oclusión particular sobre predios que hacían parte del bien de uso público denominado Ciénaga de Amanzaguapo del Predio la Gloria, solicitó al Gerente Regional del INCORA del Departamento de Sucre, llevar a cabo el deslinde y delimitación de la Ciénaga del DIVIDIVI, cuerpo de agua que en el decurso del proceso se denominó: Ciénagas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI en el Municipio de San Marcos – Sucre, 2).- El 28 febrero 2007 se realizó por el INCODER una primera inspección al predio, concluyendo que en dicho predio NO existe ciénega. 3).- En consecuencia, con base en lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2663 de 1994, mediante la Resolución No. 2437 del 27 de agosto de 2010, suscrita en su oportunidad por José Rodolfo Castro se negó el deslinde por considerar que no existe la ciénega y que el predio es privado. 4).- Esta decisión fue notificada por edicto 22 diciembre de 2010. 5).- Contra la anterior decisión el señor Ricardo Beltrán y otros campesinos de las Parcelas “La Gloria” ubicadas en el Municipio de San Marcos, Departamento de Sucre interpusieron recurso de reposición presentado por los Campesinos del sector, solicitando su revocatoria. 6).- Para decidir dicho recurso el INCODER a través de la Dra. Alexandra Lozano Vergara ordenó una segunda inspección ocular. 6).- El equipo técnico-jurídico del INCODER, pudo constatar, al igual que lo hizo la Corporación Autónoma del Magdalena, que en efecto en el predio objeto de deslinde SÍ existen las Ciénegas de: Amazuapo, Caño Viloria y el Dividivi, suscrito por Cipagauta. 7).- por lo anterior, el INCODER con Resolución No.1986 del 5 agosto 2011 la Dra. Alexandra Lozano, Subgerente de Tierras Rurales para esa época, revocó la resolución inicial y ordenó delimita los predios de la Ciénaga que pertenecen al Estado, actuaciones que según la denuncia, daban cuenta de la posible participación en los punibles de: peculado por apropiación en beneficio de terceros contenido en el artículo 397 del C.P, falsedad ideológica en documento público, artículo 286, prevaricato por acción artículo 413, prevaricato por omisión, artículo 414, contra el aquí demandante y otros funcionarios públicos que participaron en esta actuación administrativa adelantada por en el INCODER.

El proceso penal a medida que avanza exige un grado mayor de conocimiento y de demostrabilidad, con base en el **principio de progresividad**, por ello tratándose de audiencias preliminares unas son los elementos materiales probatorios para imponer una medida de aseguramiento y otras para soportar una sentencia condenatoria. Con razón expone la doctrina especializada que:

“Según vamos avanzando en el proceso penal el grado de conocimiento exigido al funcionario judicial: juez o fiscal según el caso; va



aumentando, de tal suerte que la ausencia de duda en cuanto a la existencia del delito y la atribución de responsabilidad debe ir despejándose a través del tamiz del procedimiento.”²¹

Los fines constitucionales de la medida de aseguramiento – proporcionalidad

El artículo 308 del Código de procedimiento penal establece los fines constitucionales que se debe acreditar para la imposición de una medida de aseguramiento. Los fines constitucionales que se deben acreditar deben ir acompañados de un test de proporcionalidad que debe ser resuelto por el fallador. Así lo ha explicado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“Entonces, el que sea proporcional la medida de aseguramiento, como viene de verse, significa que la limitación del derecho fundamental -la libertad- que implica su imposición, sea: (i) idónea para la satisfacción de alguno de los fines constitucionales que la justifican –seguridad de la sociedad y las víctimas, efectividad de la administración de justicia y comparecencia del implicado-; (ii) necesaria para ese mismo efecto en los términos atrás explicados, y (iii) ponderada, es decir, que la gravedad de su restricción sea de menor o igual entidad en comparación con la satisfacción del principio o los principios que se pretenden beneficiar con los fines fijados; asunto respecto de lo cual ninguna reflexión aportó la apelante.”²²

Aunado a esto, en reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, destacó que junto la inferencia razonable y la necesidad o fines constitucionales de la medida, se debe acudir a la normatividad que en específico permiten la imposición de determinadas medidas de aseguramiento. Al respecto señaló en decisión del año 2019:

“Para ello, deberán tenerse en cuenta: (i) las previsiones normativas aplicables, esto es, las que permiten la imposición de medida de detención en establecimiento carcelario (como el art. 313); (ii) las que prohíben el decreto de una medida distinta a la de privación de la libertad intramuros (v. gr. el art. 199 de la Ley 1098 de 2006); y (iii) si resulta procedente una medida no privativa de la libertad, cuando la misma pueda ser suficiente para alcanzar el fin perseguido (parágrafo 2º del art. 307 y art. 308).”²³

²¹ Suárez Ramírez José Leonardo. Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. Grados de conocimiento en el proceso penal colombiano. Bogotá. Editorial Ibáñez. 2018. Pág.: 15.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 12 de octubre de 2016. Rad.: 46148. M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Decisión del 11 de junio de 2019. Rad.: 104439. M. P. Dra. Patricia Salazar Cuéllar.



Así, es claro que las decisiones adoptadas por el Juez de Control de Garantías se fundaron en la **inferencia razonable** a la cual arribó, de acuerdo a los elementos materiales probatorios que se le presentaron como respaldo a las solicitudes en el momento de la audiencia por parte de la **Fiscalía**, los cuales gozaban de presunción de autenticidad y veracidad.

Tratándose de responsabilidad se debe ser equitativo para reclamar según las actuaciones de las partes: Defensa, Policía, Fiscalía, Juez de Garantías, en este caso la parte actora se limita a endilgar eventuales omisiones del Juez de Garantías, sin observar la casi nula gestión del abogado defensor, lo que contribuyó a que se prolongara la privación del aquí demandante, cuando pudo obtener la libertad de su defendido, en las audiencias preliminares, veamos:

Llama la atención en este caso que la defensa paso por alto la oportunidad que le brinda la ley para cuestionar la legalidad de las decisiones adoptadas por el Juez de Garantías al impartir legalidad a la captura toda vez que en el TÉRMINO DE EJECUTORIA de cada una de estas decisiones, es la oportunidad para debatir la ilegalidad o legalidad de dichas decisiones, no en este proceso de reparación directa, por lo que le correspondía interponer los recursos de ley, por lo que en este caso la tuvo esas oportunidades, para cuestionarlas, pero guardó silencio y dejó precluir dicha oportunidad, por lo que dichas decisiones cobraron ejecutoria y hoy se gozan de presunción de legalidad.

La ley también prevé la posibilidad de instaurar una acción de tutela, un habeas corpus ni propuso una nulidad, por lo que dichas decisiones si estaba absolutamente seguro de la inocencia de su defendido.

Además, el artículo 332 ibídem brinda la oportunidad para gestionar la preclusión en cualquier momento del proceso ante la Fiscalía, sin embargo, la iniciativa no fue de la defensa, por lo que no hubo gestión.

Estas omisiones no pueden ser invocada por la parte actora para reclamar una demora en las decisiones, pues no puede alegar desconocimiento de la norma o invocar su propia culpa para ello, cuando no hay gestión, lo que configura un eximente de responsabilidad denominado CULPA DE LA VÍCTIMA, toda vez que, las decisiones se adoptaron dentro del plazo razonable, incluso existieron aplazamientos no atribuibles al Operador Judicial, lo que rompe el nexo de causalidad respecto a la responsabilidad de la Rama Judicial.

De otra parte, de cara a la compatibilidad de la detención preventiva con la presunción de inocencia, resulta pertinente recordar lo recientemente expuesto por la Honorable Sección Tercera del Consejo de Estado, en la **Sentencia de Unificación** del 15 de agosto de 2018, dentro del radicado No. 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947), Consejero Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante la cual modifica y unifica su jurisprudencia en relación con el régimen de responsabilidad o el título jurídico de imputación aplicable a los casos en los cuales se reclama la reparación



de daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona **a la que, posteriormente, se le revoca dicha medida**, decisión en la cual se indicó sobre el particular:

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1 (sic), de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

“La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”²⁴ (se subraya).

De igual forma, en sentencia C-695 de 2013, en la que decidió acerca de la constitucionalidad de la expresión “o que no cumplirá la sentencia” contenida en el numeral 3 del artículo 308 de la Ley 906 de 2004, dicha Corporación reiteró aquella posición, en los siguientes términos:

“En síntesis, las medidas de aseguramiento tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. No constituyen por ende una sanción como tal, como quiera que su naturaleza siempre será la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, esto es, no debe estar precedida de la culminación de un proceso, pues tal exigencia ... desnaturalizaría su finalidad, se insiste, preventiva”.

No obstante, es necesario rectificar la tesis conforme a la cual la medida de aseguramiento de detención preventiva, aun cuando constitucional, pugna con la presunción de inocencia, en primer lugar, porque la libertad no es un derecho absoluto (como luego se expondrá -ver infra, numeral 4.4.) y, en segundo lugar, por cuanto aquella forma de restricción de la libertad no tiene relación alguna con esta última presunción, ni mucho menos comporta un desconocimiento de la misma, **ya que, en la medida en que durante el**

²⁴ Al respecto, también se puede consultar, entre otras, la sentencia C-774 de 2001.



proceso penal no se profiera una sentencia condenatoria, la inocencia del implicado se mantiene intacta; por consiguiente, si la terminación del proceso responde a su preclusión y si, por igual razón, la inocencia de la persona se sigue presumiendo, no hay cabida a hablar de un daño (mucho menos antijurídico) ni de una privación injusta de la libertad sobre la cual se pueda edificar un deber indemnizatorio fundamentado exclusivamente en la vulneración de dicha presunción.

Sobre el particular, ya la Subsección C de esta Sala, en algunos casos, se ha pronunciado en los siguientes términos (se transcribe literal):

“... la Sala entiende que así no se haya logrado desvirtuar la presunción de inocencia, no en todos los casos procede la indemnización, sin que ello menoscabe el derecho constitucional fundamental a la libertad, comoquiera que la antijuridicidad del daño, como elemento que da derecho a la reparación, no puede confundirse con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, en cuanto presupuestos que probados conjuntamente y con certeza judicial, a toda prueba, convergen para desvirtuar la presunción de inocencia”. (CONSEJO DE ESTADO, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sentencia del 15 de agosto de dos mil dieciocho (2018), expediente No, 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), actor Martha Lucía Ríos Cortés y otros, demandado La Nación - Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación).

Siendo así las cosas, las decisiones adoptadas por el Juez de Garantías se encuentran ajustadas a la constitución y la ley, es decir, fueron proferidas en derecho.

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

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

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



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

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

En dichas condiciones, puede afirmarse que si bien los Jueces gozan de autonomía e independencia judicial para elegir las normas jurídicas aplicables al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en esta labor no les es dable apartarse de los hechos, o dejar de valorar las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y, menos aún, desconocer las disposiciones constitucionales o legales, que rigen el procedimiento que orientan el proceso bajo cuya dirección adelantan, para el caso concreto la Ley 906 de 2004, que obliga al Juez Penal de Conocimiento a emitir una decisión favorable al procesado cuando no sea posible probar más allá de toda duda la responsabilidad del acusado, en atención además al principio de congruencia, en razón de la solicitud de preclusión elevada por el Ente Acusador, lo cual conlleva un efectivo desistimiento del ejercicio de la acción penal.

En consecuencia, en este caso, el Juez de Control de Garantías NO IMPUSO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, por lo que atendió los procedimientos y presupuestos previstos en la Ley 906 de 2004, que le permiten, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no restringir preventivamente el derecho a la libertad, pues, como se dijo, tal decisión se fundó en los Elementos Materiales Probatorios aportados por la Fiscalía (no en plena prueba), toda vez que, el destape probatorio se inicia con audiencia de acusación (art.344 Ley 906) y en este caso no se llegó a ella. Siendo así las cosas, las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una inferencia razonable de que el imputado podría ser autor o partícipe de la conducta delictiva por las cuales se le investiga, por ello continuó vinculado al proceso, No obstante, se reunía uno de los requisitos para imponerla, pues la pena de las conductas punibles imputadas es superior a cuatro (4) años.



Si en este caso no se impuso medida de aseguramiento por el Juez de Garantías, mal puede hablarse de privación injusta de la libertad.

Inexistencia del error judicial

Como quiera que la parte actora cuestiona decisiones adoptadas por el Juez de Garantías, respecto a la negativa de la preclusión de la investigación penal del aquí demandante, es necesario tener en cuenta lo que jurisprudencia ha expresado al respecto.

La Ley 270 de 1996 señala en su artículo 66:

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

En relación con este título de imputación existe reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema relacionado con el error jurisdiccional. Al respecto, ha dicho:

“Por la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas - según los criterios que establezca la ley -, y no de conformidad con su propio arbitrio”.

El H. Consejo de Estado, igualmente se ha pronunciado frente a la materia:

“sólo excepcionalmente será admisible la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial cometido por las altas corporaciones de justicia y demás tribunales y juzgados en los eventos en que éste sea absolutamente evidente y no se requiera realizar ninguna labor hermenéutica para hallarlo configurado”.

La misma Corporación, en sentencia de fecha diciembre 5 de 2007, expediente 15128, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, consideró:



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

También citó algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que afirman:

“..en el juicio jurisdiccional fuente de responsabilidad civil para quien lo omite, la culpa implica negligencia o ignorancia y ambas, según sean las circunstancias concretas que rodean cada caso, tienen que ser garrafales, habida consideración que el escueto error de concepto, doctrina o interpretación, aún cuando lo haya, no origina aquella responsabilidad sino en tanto se ponga en evidencia la manifiesta infracción de un precepto legal específico cuya preterintención pueda obedecer sino a descuido o impericia de tal entidad que, para cualquier profesional en las disciplinas jurídicas con rectitud de miras y de mediana experiencia, resulten imperdonables; por fuera de este marco y dada la importancia que la independencia de criterio reviste para el eficaz ejercicio de la función judicial, visto el precario y falible que es el entendimiento humano y por cuanto es en no pocas oportunidades la defectuosa redacción de las leyes el factor desencadenante de desaciertos imputables a los organismos de justicia.”

En el presente caso es necesario tener en cuenta que al Juez de Garantías en las audiencias preliminares no se le hace un destape probatorio con las características de una plena prueba, por cuanto el Fiscal le presenta unos elementos materiales probatorios con los realiza la inferencia razonable que le permitan determinar su posible participación en los hechos. El destape probatorio se inicia con la audiencia de formulación de la acusación como lo señala el artículo 344 de la Ley 906 de 2004. De allí que una es el poder demostrativo del material probatorio para imponer una medida de aseguramiento y otra para soportar una condena. La plena prueba en este nuevo sistema penal acusatorio se obtiene luego que se controvierte del material probatorio allegado se debate en la audiencia de juzgamiento, no antes.

En este caso debía establecerse la razón por la cual un primer concepto administrativo determinó que en el predio objeto de proceso administrativo de deslinde, previa visita al lugar se determinó que NO existían las ciénegas de AMANSA GUAPO CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI en el Municipio de San Marcos



– Sucre y en un segundo concepto luego de una segunda visita al predio, se determinó que SÍ existían los mencionados cuerpos de agua, decisiones en las que participó el aquí demandante. Frente al primer concepto administrativo generó incomodidad e indignación en la comunidad del Municipio de San Marcos, por lo que procedieron a denunciar ante la Procuraduría y Fiscalía por cuanto dichos cuerpos de agua son apreciables a la simple vista, siendo necesario revisar y aclarar si realmente existió o no una irregularidad en la comisión de servicios que se realizó a dicho Municipio, los viáticos cancelados por el Estado y si en el concepto según el cual dichas ciénegas no existían, se estaba faltando o no a la verdad. Con el traslado de la demanda no se aportan estas decisiones lo que impide realizar un análisis de ellas, ni de las piezas procesales que se mencionan en el acápite de pruebas.

De todas maneras, el Juez de Garantías, de la revisión de los elementos materiales probatorios, impartió legalidad a la captura, sin que la defensa haya interpuesto recursos, e infirió que NO se reunían los requisitos para imponer medida de aseguramiento, y así lo dispuso.

En cuanto a la negativa de preclusión, mediante el auto del 10 de febrero de 2017 y revocada el 23 de mayo de 2017, es decir en 3 meses y 13 días y un primer aspecto a tener en cuenta es que las decisiones se profirieron dentro de los plazos razonables, dada la congestión judicial.

Un segundo aspecto está relacionado con la confrontación de las decisiones de primera y segunda instancia se encuentra debidamente motivada y soportada la interpretación y valoración de las pruebas obrantes en el expediente bajo el principio de la “sana crítica”, al amparo de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, sin que se observe que haya incurrido en vía de hecho por defecto fáctico, sustancial o procedimental; precisamente, porque su análisis se realizó de manera objetiva e imparcial, recordando que en este caso NO se decretó medida de aseguramiento, por lo que no puede hablarse de una privación injusta y si bien el parámetro para definir el error es la norma jurídica aplicable al caso, no siempre este arroja resultados hermenéuticos unificados, con lo cual, distintos operadores jurídicos pueden aplicar la misma norma a partir de entendimientos diferentes, con resultados igualmente dispares, siendo válida la autonomía e interpretación del operador judicial, no existiendo error judicial alguno por interpretación, más cuando en el presente caso, además, el sustento de las decisiones guarda compatibilidad con las hipótesis fácticas que de los hechos probados se mostraron en la instancia.

En cuanto a la decisión de segunda instancia, que revocó la primera, es necesario precisar que el Tribunal realiza unos cuestionamientos a la decisión de primera instancia, en momento alguno se cuestiona que se encuentren revestidas de dolo o mala fe o que sean constitutivas de una vía de hecho, toda vez que, un mismo caso, es jurídicamente



posible la existencia de varias soluciones razonables pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el error jurisdiccional, toda vez que la configuración de este ha de tener en cuenta que pueden darse varias interpretaciones o soluciones, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas, además, se profirió de acuerdo con la Constitución, la ley y, según las ritualidades y procedimientos establecidas por las normas legales como garantía del debido proceso de tal manera que, la diversidad de criterio jurídico entre una y otra instancia, es simplemente la expresión del principio constitucional de la autonomía judicial en concordancia con el principio de la doble instancia.

La jurisprudencia constitucional reiteradamente ha decantado su posición de prevalecer y respeta los principios de autonomía e independencia judicial, es así como la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“El principio de autonomía e independencia del poder judicial es una de las expresiones de la separación de poderes. Se ha señalado que este aspecto definitorio de la Constitución implica que los órganos del poder público deben ejercer sus funciones de manera autónoma y dentro de los márgenes que la misma Carta Política determina, ello dentro un marco que admite y promueve la colaboración armónica. Para el caso de los jueces, la autonomía e independencia se reconoce a partir del papel que desempeñan en el Estado, esto es, garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de controversias. Por lo tanto, la separación de poderes respecto de la rama judicial se expresa a través del cumplimiento estricto de la cláusula contenida en el artículo 230 C.P., según la cual los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La jurisprudencia ha comprendido esta cláusula como un límite para las actividades de los demás poderes públicos y los particulares, que exige que los jueces no sean condicionados, coaccionados o incididos, al momento de adoptar sus decisiones, por ningún factor distinto a la aplicación del ordenamiento jurídico y al análisis imparcial y objetivos de los hechos materia de debate judicial. Estos condicionamientos, a su vez, conforman el segundo pilar de la administración de justicia, como es el deber de imparcialidad de los jueces.”

La independencia, como su nombre lo indica, hace alusión a que los funcionarios encargados de administrar justicia no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma Rama Judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales.

La autonomía del juez es, entonces, absoluta. Por ello la Carta Política dispone en el artículo 228 que las decisiones de la administración de justicia “son independientes”, principio que se reitera en el artículo 230 superior cuando se establece que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, donde el término “ley”, al entenderse en su sentido general, comprende en primer lugar a la Constitución Política”. (Apartes de la Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012).



Ahora bien, en fallo reciente de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁵ explica que en algunas oportunidades el juez solo dispone de la “única decisión correcta” para resolver el asunto sometido a su conocimiento. No obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables.

Esto implica demostrar que la posición recogida en la sentencia acusada de verdad carece de una justificación jurídicamente atendible, **bien porque no ofrece una interpretación razonada de las normas jurídicas** o porque adolece de una apreciación probatoria debidamente sustentada por el juez de conocimiento, así lo reiteró basándose en las normas vigentes y la jurisprudencia de la corporación.

En esa lógica, la alta corporación también recordó que situaciones como **la discrepancia entre magistrados de una sala no es señal de que la decisión final esté en contra del Derecho.**

“*Tal entendimiento es abiertamente incompatible con el principio de autonomía judicial y desconoce el sentido que tiene la expresión de opiniones disidentes en el ejercicio de la magistratura*”, agregó el alto tribunal. Lo anterior se considera no para deslegitimar o descalificar la decisión adoptada por la mayoría, **sino para formular una crítica útil a la sentencia o la de expresar un punto de vista jurídico distinto**, que se considera más apropiado

Finalmente se trae a colación un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado²⁶ en el que se afirma que en algunas oportunidades el juez solo dispone de la “única decisión correcta” para resolver el asunto sometido a su conocimiento. No obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables. Así pues, en esta última hipótesis, el juicio de responsabilidad no puede reputar como daño antijurídico la consecuencia adversa a los intereses de una de las partes como consecuencia de la **decisión judicial fundada en argumentos racionales.**

En tal sentido, y con base en el “(PRINCIPIO DE UNIDAD DE RESPUESTA CORRECTA O DE UNIDAD DE SOLUCIÓN JUSTA) es, apenas, una aspiración de los mismos, la cual podrá, en veces, ser alcanzada, mientras que, en otras ocasiones, no acontecerá así. De ello se desprende que, ante un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables —en cuanto correctamente justificadas - pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias

²⁵ (C. P. Jaime Orlando Santofimio) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020020050301 (39846), Nov. 21/17

²⁶ (C. P. Jaime Orlando Santofimio) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020020050301 (39846), Nov. 21/17



interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento - una justificación o argumentación jurídicamente atendible - pueden considerarse incursas en error judicial²⁷. (Subrayado fuera de texto).

Como quiera que el Operador Judicial en este caso, invocó a manera de fundamentación de las decisiones una determinada interpretación o argumentación con base en principios y valores consagrados en la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia aplicable al caso sub-judice, de una forma razonable dentro del contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, además, el sustento de las decisiones guarda compatibilidad con las hipótesis fácticas que de los hechos probados se mostraron en la instancia.

En efecto, la labor de interpretación jurisdiccional, 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 tal y como ocurrió en el caso sub - lite.

Aunado a lo anterior, las decisiones judiciales se encuentran revestidas de la doble presunción de acierto y legalidad, lo cual equivale, a que no se incurrió en un desacierto evidente, lo que permite colegir que mientras las inferencias del Juez sean lógicas, razonadas y aceptables, como en efecto lo fueron, las resoluciones judiciales quedan cobijadas por el doble amparo presuntivo de legalidad (en tanto formalmente emitida), y acierto (en la medida que la argumentación y razonamientos expuestos fueron correctos en las dos instancias), motivo por el cual, tampoco se evidencia configurada la falla en el servicio reclamada.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia de fecha 29 de julio de 2019, radicado 52001-23-31-000-2009-00257-03(45171), Magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, indicó que *el análisis de las providencias respecto de las cuales se juzga la comisión de error jurisdiccional no puede afectar la cosa juzgada, y que **el proceso contencioso administrativo no constituye una instancia adicional.*** (Negrilla fuera de texto).

Lo anteriormente expuesto se ratifica si se tiene en cuenta que el aquí demandante en momento alguno ha demostrado que las decisiones adoptadas del Juez de conocimiento, sean caprichosas arbitrarias o proferidas por fuera de los procedimientos legales, según lo dispuesto en la sentencia C - 037 de 1996, ni constitutivas de una vía de hecho.

Acorde con lo transcrito es evidente que no puede usarse este medio de control para

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007. Expediente No. 15776. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



revivir estadios procesales ya ejecutoriados, ni puede emplearse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como instrumento para obtener una segunda instancia, pues es evidente que lo que pretende el actor es someter a un nuevo estudio procesal lo que ya fue probado y debidamente fallado, por lo que las pretensiones del convocante no están llamadas a prosperar.

Bajo esta perspectiva en el presente caso se configura una causa extraña que impide que el daño antijurídico reclamado sea imputable a la Rama Judicial.

Culpa de la víctima

En este contexto, se resalta que la causa determinante del daño que aquí se reclama fueron las decisiones adoptadas por el aquí demandante DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA como Director Técnico en la Subgerencia de Tierras Rurales, Dirección Técnica de Procesos Agrarios de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER actuó dentro del proceso de deslinde de las denominadas ciénagas de AMANSA GUAPO CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI ubicadas en el Municipio de San Marcos – Sucre, en especial la contenida en la Resolución No. 2437 del 27 de agosto de 2010, suscrita en su oportunidad por José Rodolfo Castro se negó el deslinde por considerar que no existe la ciénaga y que el predio es privado, en su parte resolutive se consignó:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que no hay lugar a decretar el deslinde de los terrenos que en parte conforman el área de la división denominada AMANZAGUAPO en extensión de 271 Has., más 0065 mts², de las 914 Hectáreas. más 8.500 mts² que conforman en su totalidad la hacienda MATA DE COROZO de propiedad del señor ADALBERTO JOSÉ BULA BULA, en razón a que en el mismo no existen las Ciénagas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA Y EL DIVIDIVI, jurisdicción del municipio de SAN MARCOS, departamento de SUCRE.”

Esta decisión incomodó a la Comunidad y se solicitó a la Fiscalía investigara lo que estaba sucediendo, por cuanto dicha Comunidad si daba fe de la existencia de las ciénegas, en cambio la delegación enviada al Municipio de San Marcos – Sucre a realizar la inspección del lugar determinó que NO existían dichos cuerpos de agua, concepto que quedó plasmado en un informe de comisión, el cual constituye documento público y que sirvió de base para expedir la mencionada Resolución No. 2437 del 27 de agosto de 2010, que negó el deslinde de los terrenos, lo que hacía necesaria en la investigación penal la revisión, tanto de la comisión de servicios conferida, como del informe de la misma, para determinar si se configuraba una falsedad en documento público o se configuraba otro tipo penal.

Como contra esta decisión se interpuso recurso de reposición y ante la insistencia de la existencia de las ciénegas, para decidirlo, fue necesaria una segunda visita, por lo que



surgen los interrogantes: que pasó con la primera comisión de servicios y el informe de la misma, contenía errores, imprecisiones, falta de claridad o una falsedad, se configura un detrimento patrimonial del Estado por el pago de viáticos de la primera comisión, los empleados que participaron en la visita, pues al parecer en la visita no vieron un cuerpo de agua que es notorio en la región, dicho informe indujo en error al expedir la Resolución No. 2437 del 27 de agosto de 2010, que negó el deslinde?. Interrogantes que dieron lugar a iniciar un proceso penal para aclararlo.

En este contexto, de haber existido la claridad meridiana y la objetividad en el informe de comisión de servicios, cuyo objetivo era ir a verificar la existencia y la ubicación de las ciénegas, establecer las coordenadas, respecto al inmueble del propiedad del señor ADALBERTO JOSÉ BULA BULA y ante las eventuales falencias en la primera comisión fue necesaria una segunda, cuyo concepto fue contrario al primero, porque ahora si aparecieron las ciénegas y pudieron dar fe de la presencia de las Ciénegas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA y EL DIVIDIVI, en la jurisdicción del Municipio de San Marcos, Departamento de Sucre. De no haberse presentado dichas omisiones, no habría surgido la necesidad de esta investigación penal y todo se habría resuelto al interior del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, hoy la Agencia Nacional de Tierras – ANT.

Es por lo anterior que, así el aquí demandante haya sido absuelto, a partir de lo prescrito por el artículo 63 del Código Civil, la culpa es la conducta reprochable de la víctima, por violación del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos. Reviste el carácter de culpa grave aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar daño a una persona o a su patrimonio.

Por lo anterior, se destaca que el aquí demandante siendo un servidor público tenía el deber de observar el cumplimiento de cada uno de los procedimientos y las funciones administrativas al interior del INCODER, relacionadas con la expedición de actos administrativos, su notificación oportuna. **(En el recurso de reposición del 30 de noviembre de 2010, como en la parte motiva del citado auto, se acusó del vicio de procedimiento por falta de notificación a los interesados de la diligencia de inspección ocular, razón por la cual se entiende que se busque una nueva inspección ocular)**, otorgamiento de comisión de servicios, pago de viáticos, e informes de comisión, devolución de viáticos cuando la comisión no cumple los objetivos, ordenar investigaciones disciplinarias cuando hay falencias, entre otras.

La finalidad en el proceso de deslinde que nos ocupa era definir si el área que estaba siendo objeto de cerramiento por parte del ciudadano ADALBERTO JOSÉ BULA BULA, era determinar si realmente correspondía o no a su propiedad privada, y de ser así, podía disponer la explotación o uso de ellas, o si se trata de una ciénega. Como el concepto



primero daba cuenta de la inexistencia de ellas, le daba vía libre al ciudadano a incluirlas dentro de sus linderos y disponer de ellas, e impidiendo a la Comunidad del Sector, beneficiarse de esos cuerpos de aguas.

Se desconoce el expediente administrativo del proceso de deslinde, pero no sobra recordar que para expedir la Resolución No. 2437 de 2010, no solo era necesario tener en cuenta el informe de la visita técnica al sector, sino también el certificado de tradición, mapas del sector y el mapa cartográfico georreferenciado de Colombia que fue publicado en el año 2003, por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

“Es publicado el Mapa de Suelos de Colombia a escala 1:500.000, presenta recopila la información disponible relacionada con: Levantamiento de Suelos, geología, geomorfología, clima, vegetación, cartografía básica, productos de sensores remotos entre otras. Modifica el mapa elaborado por el Instituto en el año 1982”

“En el 2006, entró en funcionamiento el Geoportal de Colombia, con el objetivo de fortalecer la producción de información geoespacial en las diferentes entidades del Estado y promover su intercambio, acceso y uso. Así lograr que el país cuente con información geográfica armonizada y estandarizada”.

El Geoportal Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) es una herramienta web interactiva que dispone a la ciudadanía diferentes productos de información georreferenciada que produce el instituto. En la sección de visores geográficos puede encontrar información como: Mapa de Cartografía básica; Mapa de Cartografía Básica con Relieve; Mapa de Sistema Nacional Catastral; Mapa dinámico de Líneas de Vuelo; Mapa de Emergencia Invernal; Mapa de la Subdirección de Agrología; Consulta de Planchas a nivel Nacional; Consulta de Planchas a escala 1:2.000 para Bogotá; Socios Internacionales del IGAC; Visor de Patrones Corine Land Cover y Consulta de Aerofotografías a Color.

Lo anterior permite concluir que, con esta herramienta de fotografías georreferenciadas, de nuestro territorio Colombiano, permite ubicar en detalle los diferentes aspectos del relieve, por departamentos y municipios, solo era necesario oficiar. La visita técnica inicial realizada tenía como objetivo la ubicación de las ciénegas y establecer los linderos respecto del predio del señor ADALBERTO JOSÉ BULA BULA, pero como el concepto expresó la inexistencia de las mismas, tampoco se precisaron los linderos. Por lo anterior el INCODER negó el proceso de deslinde, pudiendo disponer el señor BULA BULA como de su propiedad de unas ciénegas que legalmente pertenecen al Estado.

Esta decisión generó malestar en la Comunidad y trajo como consecuencia quejas ante la Procuraduría y denuncia penal ante la Fiscalía. Lo anterior permite concluir que el proceso penal se inició como consecuencia de estas omisiones.

Se desconoce si por estos hechos el INCODER inicio proceso disciplinario y su resultado, en la demanda no se menciona.



El Consejo de Estado respecto a la responsabilidad de los Servidores Públicos, con Ponencia del Consejero Ponente Dr. Danilo Rojas Betancourth en sentencia del 2 de mayo de 2016, Radicado con el No. 520013310002002-01573-0 NI. 38303 Actor: Edgar Ricardo Zambrano y Otros, Demandadas: Nación Rama Judicial, Fiscalía General de la Nación en esta materia ha expresado:

“Teniendo en cuenta el fundamento normativo citado, y lo señalado por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado ha indicado que el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad se origina cuando el suceso causalmente vinculado a la producción del daño no es predicable de la administración, sino del proceder -activo u omisivo- de la propia víctima, al respecto ha dicho:

(...) Cabe recordar que la culpa exclusiva de la víctima, entendida como la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado, exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño. (...).

Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta. Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción.

(...)

Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa



de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)»²⁸.

20.4. De conformidad con lo dicho, el hecho de la víctima se configura cuando esta dio lugar causalmente a la producción del daño, por haber actuado de forma dolosa o culposa²⁹, esto es, con incumplimiento de los deberes de conducta que le eran exigibles. Si bien es cierto que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política³⁰ los particulares sólo son responsables por infringir las prohibiciones contenidas en normas legales, en tratándose de servidores públicos, aquellos son responsables por la omisión o extralimitación en el cumplimiento de sus funciones.

20.5. Por esa circunstancia, cuando la privación se produce como consecuencia de una investigación adelantada contra un servidor público por un punible que presuntamente se produjo con ocasión del ejercicio de su cargo, para efectos de verificar si se configuró de un hecho de la víctima es preciso determinar cuáles eran sus funciones y obligaciones y establecer si el incumplimiento de alguna de ellas fue determinante para motivar a la Fiscalía a imponer la medida de aseguramiento²⁵.

Ahora, es preciso aclarar que dicho análisis de la conducta del servidor público no guarda identidad con el adelantado por las autoridades penales al momento de estudiar la culpabilidad del sindicado, teniendo en cuenta que para desentrañar los conceptos de dolo o culpa en sede de responsabilidad del Estado debe acudir a las normas propias del derecho civil. Al respecto, ha dicho esta Corporación³¹:

Para responder el anterior asunto cabe recordar que la Sala³² ha determinado que cuando se trata de acciones de responsabilidad patrimonial, el dolo o culpa grave que allí se considera, se rige por los criterios establecidos en el

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, exp. 13744, C.P. María Elena Giraldo, reiterada en las sentencias de 11 de abril de 2012, exp. 23513, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 9 de octubre de 2013, exp. 33564, C.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁹ En este punto se retoman las consideraciones vertidas en la sentencia de la Subsección B de 30 de abril de 2014, exp. 27414, con ponencia de quien proyecta este fallo.

³⁰ “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”.

³¹ Op. cit., sentencia de 30 de abril de 2014, exp. 27414.

³² [23] “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2010, rad. 52001-23-31-000-1997-08394-01(17933), C.P. Ruth Stella Correa Palacio”.



derecho civil, artículo 63 del Código Civil, que no se corresponden con los del derecho penal: (...)³³.

Sobre la noción de culpa y dolo, en esa oportunidad también consideró, en criterio que aquí se reitera que, culpa se ha dicho que es la reprochable conducta de un agente que generó un daño antijurídico (injusto) no querido por él pero producido por la omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado que le era exigible de acuerdo a sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó; o sea, la conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente o imperita, a la de quien de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, siguiendo la tradición romanista, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens paterfamilias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levísima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo²⁸.

En el *sub lite*, se observa que la conducta del señor fue determinante en la producción del daño, pues se demostró que la vinculación al proceso penal se produjo como consecuencia directa del incumplimiento a título de culpa grave de los deberes que tenía a su cargo como servidor público, es decir, como DIRECTOR TÉCNICO Código 0100 Grado 19 de, en la Subgerencia de Tierras Rurales, Dirección Técnica de Procesos Agrarios de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER. **El que esta conducta no haya generado responsabilidad penal no implica que sea irrelevante la solución del problema jurídico planteado, lo que**



exige examinar los deberes que le eran exigibles en función del cargo que ejercía en el momento de los hechos.

Para el efecto, es preciso recordar que la Ley 160 de 1994, reglamentado por los Decretos 2663 y 2664 de 1994, que regula la funciones del INCODER, hoy la AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS – ANT, por medio de los cuales se regulan sus funciones,

El artículo 48 de la Ley 160 de 1994, señala:

“ARTICULO 48. De conformidad y para efectos de lo establecido en los numerales 14, 15 y 16 del artículo 12 de la presente Ley, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, previa obtención de la información necesaria, adelantará los procedimientos tendientes a:

- 1.- Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, con el fin de determinar si han salido o no del dominio del Estado.*
- 2.- Delimitar las tierras de propiedad de la Nación de las de los particulares.*
- 3. Determinar cuándo hay indebida ocupación de terrenos baldíos”.*

Decreto 2363 de 1994, por el cual se reglamentan los Capítulos X y IVX de la Ley 160 de 1994, en lo relativo a los procedimientos de clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, de delimitación o deslinde de las tierras de dominio de la Nación y los relacionados con los resguardos indígenas y las tierras de comunidades negras

Artículo 1º. Competencia. En cumplimiento de las funciones consagradas en los numerales 15 y 16 del artículo 12 de la Ley 160 de 1994, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria adelantará de oficio o a solicitud de los procuradores agrarios, de las comunidades campesinas, indígenas o negras, o de las entidades públicas correspondientes, los siguientes procedimientos administrativos:

1. De clarificación de la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, para los fines que se indican a continuación:

- a) Identificar las que pertenecen al Estado, determinar si han salido o no de su dominio y facilitar el saneamiento de la propiedad privada;
- b) Establecer la vigencia legal de los títulos de los resguardos indígenas, teniendo en cuenta para ello, además, las normas especiales que los rigen.

2. Delimitar o deslindar las tierras pertenecientes a la Nación, de las de propiedad privada de los particulares, en los eventos previstos en este Decreto y en las leyes vigentes, y en



especial, cuando hayan quedado al descubierto por desecación provocada o artificial de lagos, lagunas, ríos, ciénagas o depósitos naturales de agua.

3. Deslindar las tierras de propiedad de los resguardos indígenas, y las adjudicadas a las comunidades negras, conforme a la Ley 70 de 1993, de las que pertenecieran a los particulares.

4. Regular el uso y manejo de los playones y sabanas comunales.

Parágrafo. La Junta Directiva determinará los casos en virtud de los cuales pueda adelantarse el procedimiento de clarificación de la propiedad, a solicitud del presunto propietario, con el propósito de facilitar el saneamiento de la propiedad privada, siempre que asuma los costos que demande la actuación del Instituto.

CAPITULO II.

Procedimiento de clarificación de la propiedad

Artículo 2º. Etapa previa. Antes de expedir la resolución por la cual se inicia el procedimiento de clarificación de la propiedad, el Instituto dispondrá:

1. El estudio de los documentos que suministren los presuntos propietarios, los interesados en que el procedimiento se adelante y los que se obtengan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 160 de 1994.

2. La práctica de una visita previa al inmueble, de la cual se dejará constancia en un acta, en la que se consignará el estado de explotación económica y la presencia de otros ocupantes diferentes al presunto propietario, y las demás diligencias que se consideren necesarias para complementar la información, y permitan establecer la viabilidad legal de iniciar las actuaciones administrativas, u otro procedimiento agrario.

Artículo 3º. Resolución inicial. Si de la información obtenida no resulta plenamente establecido el derecho de propiedad privada sobre el inmueble, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 160 de 1994, el Gerente General del Instituto o su delegado, mediante resolución motivada ordenará iniciar el procedimiento de clarificación de la propiedad.

Artículo 4º. Inscripción de la resolución. Para fines de publicidad, la resolución que disponga adelantar el procedimiento de clarificación de la propiedad se inscribirá en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente, si el predio se hallare inscrito. En caso contrario el Instituto solicitará la apertura de la respectiva matrícula inmobiliaria, con base en dicha resolución. El registro se efectuará a más tardar al día



siguiente de la fecha de recibo en la mencionada oficina. Los registradores devolverán el original de la resolución al Instituto con la respectiva constancia de anotación.

Artículo 5. El artículo 15 del Decreto 2664 de 1994, quedará así:

“Artículo 15. Planos del terreno objeto de la solicitud de adjudicación. El Incora realizará por medio de sus funcionarios o con personas naturales o jurídicas vinculadas por contrato, la identificación predial de los terrenos baldíos.

El Incora podrá aceptar los planos aportados, elaborados por particulares o por otros organismos públicos, siempre que se ajusten a las normas técnicas expedidas por su Junta Directiva. FORMALIZACIÓN Y LEGISLACIÓN AGRARIA De conformidad con lo establecido en el artículo 78 de la Ley 160 de 1994, por los servicios de titulación se cobrará a los adjudicatarios las tarifas máximas que señale la Junta Directiva del Incora, las cuales podrán incluir el costo de las diversas actividades de titulación, considerando dentro de éstas la publicación de los avisos correspondientes”

El Decreto 982 de 1996, reglamentario del Decreto 2664 de 1994, precisa:

“Artículo 7. El artículo 17 del Decreto 2664 de 1994, quedará así: “Artículo 17. Inspección ocular. Publicada la solicitud, se procederá a realizar, por un funcionario del Incora, la diligencia de inspección ocular, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 2664 de 1994, modificado por el artículo 8º de este Decreto. Si en desarrollo de la diligencia de inspección ocular el funcionario del Incora establece la existencia de otros colindantes, distintos de aquellos que señaló el peticionario en su solicitud y que no tienen el carácter de sucesores o causahabientes de estos últimos, se procederá a hacerles entrega del aviso de que trata el artículo 16 del Decreto 2664 de 1994, modificado por el artículo 6º del presente Decreto, con el FORMALIZACIÓN Y LEGISLACIÓN AGRARIA fin de que se integren a la actuación. En caso de que éstos no estuvieren presentes se les remitirá dicho aviso, una vez concluida la diligencia. Practicada la inspección ocular, se continuará con el trámite previsto en el artículo 20 y siguientes del Decreto 2664 de 1994”.

Artículo 8. El artículo 19 del Decreto 2664 de 1994, quedará así:

*“Artículo 19. Práctica de la diligencia de inspección ocular: En la diligencia de inspección ocular que se practique se observarán las siguientes reglas:
1. En la fecha y hora señaladas, con base en el plano aceptable para el Incora, si el mismo existe, y el expediente que se hubiere conformado, el funcionario que presida la diligencia, en asocio del peticionario, los colindantes, el Agente del Ministerio Público Agrario o su comisionado, y el*



funcionario que represente la entidad perteneciente al Sistema Nacional Ambiental en el nivel regional, si concurrieren, procederá al examen y reconocimiento del predio para verificar, entre otros, los siguientes hechos:

a) Nombre y localización del inmueble, con indicación del departamento municipio, inspección de policía y vereda o fracción donde se encuentre;

b) Los linderos del predio, con sujeción a los puntos cardinales, y el nombre e identificación de los colindantes suministrados por el peticionario, confrontándolos con el plano que para el efecto se haya elaborado o aportado y, en todo caso, verificándolos directamente en el curso de la diligencia.

c) La clase de explotación del predio, señalando si ésta es adelantada directamente por el peticionario a sus expensas con indicación de la porción ocupada o cultivada y la inculca, su grado de conservación, naturaleza de los cultivos, edificaciones, número y clase de ganados, extensión y estado de los crecimientos y demás mejoras instaladas en el fundo;

d) La explotación adelantada en el inmueble, para determinar si corresponde a la aptitud agropecuaria de los suelos que se establezca en la diligencia.

e) El tiempo de ocupación y aprovechamiento económico del predio se determinará teniendo en cuenta las evidencias de intervención sobre suelos, por el período vegetativo de los cultivos permanentes y sempiternamente, la composición del hato ganadero, el registro de marcas, las adecuaciones para ganadería, la existencia de pastos mejorados, y otros medios de orden técnico que sean pertinentes.

f) La clase de bosques, señalando si pertenecen a especies maderables de valor comercial; si las fuentes de corrientes de agua son objeto de la protección vegetal exigida por la ley; si es necesario repoblar o conservar los bosques existentes, o si éstos pueden aprovecharse de conformidad con las disposiciones vigentes;

g) Las áreas dedicadas a la conservación de la vegetación protectora, así como las destinadas al uso forestal racional, situadas fuera de las zonas decretadas como reservas forestales o de bosques nacionales; determinar, además, si en el predio hay bosques de páramo, de galería, morcillas, humerales, ciénagas, marismas y otros espacios bióticos;



h) Si el predio tiene márgenes o laderas con pendientes superiores a cuarenta y cinco grados (45°);

i) Si el predio está comprendido o no en una zona reservada por el instituto u otra entidad pública, o por la ley; o se hallan establecidas comunidades indígenas, o se hayan destinadas a la titulación colectiva en beneficio de las comunidades negras, según las prescripciones de la Ley 70 de 1993 y sus reglamentos.

Determinar si el predio hace parte de playones y sabanas comunales, o playones nacionales, o madre viejas desecadas naturalmente de los ríos, lagos, lagunas y ciénagas de propiedad nacional, así como también si se halla dentro de las reservas territoriales del Estado, o comprende bienes de uso público,

k) Indicar si el predio se halla situado dentro de un radio de cinco (5) kilómetros alrededor de las zonas donde se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables,

l) Establecer si el predio es aledaño a Parques Nacionales Naturales constituidos;

m) Determinar si el predio se encuentra dentro de las zonas seleccionadas o reservadas por entidades públicas, para adelantar planes viales u otros de igual significación económica y social para la región o el país;

n) Si se hallan establecidas en el fundo personas diferentes al peticionario, indicando a qué título y la extensión aproximada que ocupan. Para tal efecto, podrá recibir los testimonios o documentos que sean pertinentes;

ñ) Los demás datos o hechos que el Incora considere necesario hacer constar en el acta respectiva.

2. Dentro de las diligencias se recibirán los testimonios de los colindantes, los documentos que se presenten y cualquier otra prueba conducente, teniendo en cuenta que todas ellas deben referirse a los hechos objeto de la inspección ocular.

3. En el curso de la diligencia de inspección ocular cualquier tercero podrá formular oposición a la adjudicación, en forma verbal o escrita, de todo lo cual se dejará constancia en el acta. El funcionario que presida la diligencia procederá a instruir al opositor para que, durante el término



correspondiente, presente por escrito los fundamentos y las pruebas que acrediten su pretensión.

4. De la diligencia se dejará constancia en un acta, en la cual se indicarán las personas que intervinieron, los hechos y casos examinados y se incorporarán los testimonios, documentos, constancias y oposiciones que se formulen. El acta será firmada por quienes tomaron parte en la diligencia, dejando anotación de quienes no asistieron habiéndole sido comunicada la actuación.

5. Simultáneamente se realizará la identificación predial, cuando no se haya aportado a la actuación el plano a que hace referencia el inciso 2º del artículo 15 del Decreto 2664 de 1994, modificado por el artículo 5º de este Decreto. En el evento en que no sea posible terminar las actividades de identificación predial durante la diligencia de inspección ocular, podrá culminarse esta diligencia sin perjuicio de que se continúe con la identificación predial. Una vez se encuentre elaborado el plano correspondiente, el mismo se incorporará al expediente.

Parágrafo 1. Para verificar si el predio se explota de acuerdo con las normas sobre protección y utilización racional de los recursos naturales renovables, y si corresponde a la aptitud del suelo establecido en la inspección ocular, se deberá diligenciar el formulario que para el efecto adopte el Incora en coordinación con el Ministerio del Medio Ambiente. Igualmente, para verificar el uso del suelo, se diligenciará el formulario que señale el Incora. Con base en la información contenida en los formularios mencionados, se adoptará la decisión correspondiente.

Cuando la explotación económica adelantada sobre el terreno baldío no corresponda a la aptitud agropecuaria de los suelos que se establezca en la inspección ocular, se dejará constancia de ello en el expediente y se ordenará suspender el procedimiento, hasta cuando el peticionario adopte un plan gradual de reconversión. Si existiere controversia o duda por parte del Incora, relacionada con el cumplimiento de las normas sobre FORMALIZACIÓN Y LEGISLACIÓN AGRARIA protección y utilización racional de los recursos naturales, se solicitará el concepto respectivo a la entidad perteneciente al Sistema Nacional Ambiental en el nivel regional. Si el concepto de la entidad correspondiente del Sistema Nacional Ambiental fuere desfavorable, se archivará el expediente. Parágrafo 2. En los casos en que la Junta Directiva del Incora autorice la titulación de un área distinta a la Unidad Agrícola Familiar (UAF), en la diligencia de inspección ocular se verificará que el predio objeto de adjudicación, cumpla con las condiciones determinadas por dicha Junta Directiva”.



Artículo 9º. El artículo 20 del Decreto 2664 de 1994, quedará así: “Artículo 20. Aclaración de la inspección ocular y fijación del negocio en lista. Practicada la diligencia de inspección ocular, se dispondrá publicar un aviso por una vez en una emisora radial con cubrimiento en el lugar de ubicación del predio, entre las 7 de la mañana y las diez de la noche, o en su defecto, en un periódico de amplia circulación en la región en donde se encuentre situado el terreno. En este aviso se señalará: a) El nombre del peticionario y su identificación; b) El nombre del predio solicitado en adjudicación; c) La extensión superficial; d) Su ubicación; e) Los linderos y nombres de los colindantes; y, f) La circunstancia de que se pueden solicitar aclaraciones a la inspección ocular y que el negocio se fijará en lista. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la publicación del aviso, los interesados podrán solicitar por escrito la aclaración de la inspección ocular. Igualmente, los terceros a los cuales se haya enviado el aviso al que se refiere el artículo 16 del Decreto 2664 de 1994, modificado por el artículo 6 de este Decreto, podrán pedir aclaraciones dentro del mismo término o dentro de los tres (3) días siguientes al envío del aviso respectivo. Vencido el término anterior se fijará el negocio en lista por cinco (5) días hábiles, en la Oficina del Incora que adelanta el procedimiento”.

En materia disciplinaria, la ley 734 de 2002 en comento, en su artículo 34 numerales 4 y 15, dispuso los deberes de todo servidor público, precisando las obligaciones de:

“4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

15.- Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

A la luz de estas normas se concluye que el señor David Leonardo Montaña García faltó a sus deberes como DIRECTOR TÉCNICO Código 0100 Grado 19 de, en la Subgerencia de Tierras Rurales, Dirección Técnica de Procesos Agrarios de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, toda vez que, debía tenía la obligación de:

1.- *Clarificar la situación de las tierras desde el punto de vista de la propiedad, con*



el fin de determinar si han salido o no del dominio del Estado.

2.- Delimitar las tierras de propiedad de la Nación de las de los particulares.

Pero como en la primera visita existieron omisiones y que así hayan sido subsanadas con la segunda, fue la causa de la inconformidad e inició de la investigación penal.

En este contexto, se rompió el nexo de causalidad respecto a la responsabilidad de la Rama Judicial.

El Hecho de un tercero:

Como quiera que frente a las omisiones del acápite anterior, la Comunidad instauró e insistió en quejas y denuncias con el fin de defender los derechos de su comunidad Municipio de San Marcos en el Departamento de Sucre, por cuanto los servidores públicos que realizaron la visita no evidenciaron las Ciénagas AMANZAGUAPO, CAÑO VILORIA y EL DIVIDIVI, con grave perjuicios para la Comunidad.

En este contexto, otro hecho determinante del daño que aquí se reclama lo constituyen las denuncias instauradas por la Comunidad Campesina al INCORA de esa época, la que da cuenta que un particular está cerrando la Ciénaga del 22 noviembre 1993 reiterada en 1994 y 1996. Esta denuncia también fue reiterada a la Procuraduría Judicial, Ambiental y Agraria de Sincelejo – Sucre, del 9 febrero 2005, lo que dio lugar a que se iniciara proceso penal en contra del aquí demandante y otros servidores públicos que participaron en el proceso administrativo de deslinde.

El hecho de un tercero ha sido definido por el Consejo de Estado, de la siguiente forma:

“En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culpososino que constituya la causa exclusiva del daño³⁴.” (Subrayas propias).

³⁴ Expediente 25000-23-26-000-1993-09409-01(16927). M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 25 de febrero de 2009.



La misma corporación, en reciente fallo, ha determinado los elementos que configuran su existencia como eximente de responsabilidad estatal, siendo estos, los siguientes:

“Se destaca en particular, para los efectos de esta providencia, que el hecho del tercero será causa extraña que exonere de responsabilidad a la entidad demandada, cuando reúna los siguientes requisitos: (i) Que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño, porque si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño existiría solidaridad entre éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le dará derecho a éste para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien pague se subrogará en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención. (ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado. (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina “sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor”³⁵.

Lo anterior permite concluir que la vinculación del señor Daniel Rivera González, al proceso penal tuvo su origen en la sindicación directa que en su contra realizaron los señores: Carlos Andrés Sánchez Holguín, Diamir Darío Soto Mesa: Édisson Alexander Ortiz Torres, Elkin de Jesús Amaya Londoño, Jhon Jairo Sanmartín Tabares y Luis Felipe Soto González, más no el Juez de Garantías, quien se limitó a dar cumplimiento a la ley verificando el cumplimiento de los requisitos para imponer la medida de aseguramiento.

Deficiencia probatoria

Tratándose de casos como el presente, debe tenerse en cuenta que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal (Art. 250 Constitución Política) y en consecuencia es esta institución a través de sus delegados quien tiene la facultad de investigar, recaudar elementos materiales probatorios e imputar y solicitar medida de aseguramiento ante los jueces de control de garantías.

³⁵ Expediente 25000-23-26-000-1998-00668-01(19287). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 18 de marzo de 2010.



La formulación de imputación es definida por el legislador de la siguiente manera: “*La formulación de imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías.*”³⁶

Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y reciente jurisprudencia se ha encargado de identificar las características o consecuencias prácticas de esta figura en la Ley 906 de 2004, destacando entre otras que se trata de una potestad exclusiva de la Fiscalía, que no tiene control material por parte del Juez y que es relevante para la solicitud de medida de aseguramiento. En este orden de ideas ha mencionado esta Corporación al hacer estudio del artículo 308 de la Ley 906 de 2004:

*“De esta norma se desprende lo siguiente: (i) mientras el **“juicio de imputación”** le está asignado al fiscal, sin posibilidades de control material por parte de los jueces, la determinación de la inferencia razonable sobre la autoría o participación del imputado frente al que se solicita la medida cautelar le corresponde al juez; (ii) a diferencia de la imputación, la solicitud de medida de aseguramiento implica la obligación de presentar y explicar las evidencias que sirven de soporte a la inferencia razonable de autoría o participación, sin perjuicio de lo atinente a los fines de la medida cautelar; (iii) la medida de aseguramiento se analiza a la luz de uno o varios delitos en particular, entre otras cosas porque, según el artículo 313 ídem, la prisión preventiva está reservada a unas determinadas conductas punibles; y (iv) por tanto, **el estudio de esta temática solo puede realizarse a partir de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes debidamente estructurada.**”³⁷*

De lo anterior se colige que la formulación de imputación limita o determina el debate propio de la medida de aseguramiento y si bien es cierto corresponde al Juez de Control de Garantías imponer la medida de aseguramiento, esta decisión se encuentra supeditada a la solicitud de imputación cuya carga corresponde al Ente Acusador. En tal sentido, es responsabilidad de la Fiscalía realizar los actos de investigación idóneos para llevar al Juez a un grado de conocimiento, en inferencia razonable, sobre la responsabilidad del procesado.

Es pertinente resaltar que el proceso penal colombiano se caracteriza porque rige o se reconocido, entre otros, el **principio de progresividad**. Este ha sido reconocido y desarrollado por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que precisamente es

³⁶ Ley 906 de 2004. Art. 286

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación verificar si para imputar (y consecuentemente solicitar una medida de aseguramiento) se encuentran los presupuestos exigidos por la Ley procesal penal. En tal sentido ha expresado la Sala Penal:

*“Afirmar que la acción penal es técnicamente un ius ut procedatur o derecho a que se proceda no es una mera formulación teórica, sino que **en la práctica supone reconocer la existencia de determinados momentos en el iter procedimental donde se va depurando la acusación.** Precisamente por esta razón **la acción penal, a diferencia de la civil, se caracteriza por ese desarrollo progresivo y escalonado, donde a través de una serie de opciones y decisiones jurisdiccionales se efectúa el control de la consistencia y fundamentación de la acusación.**”*

***En los diversos «escalones» del proceso penal la Fiscalía debe examinar previamente su fundabilidad. El primero de estos momentos o «escalones» viene constituido por el control jurisdiccional efectuado sobre los actos procesales de iniciación que determinan una imputación de parte. El grado de verosimilitud en que se funda este escalón es una simple posibilidad. Por ello el artículo 287 de la Ley 906 señala que la imputación se eleva cuando, de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiere razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. La imputación formal no sólo es una exigencia que posibilite el derecho de defensa (art. 290 ibídem), sino que cumple la función garantista de evitar, en un primer estadio, las acusaciones infundadas.”**³⁸ (negrilla fuera de texto)*

Bajo el caso objeto de estudio, puede encontrarse que la Fiscalía General de la Nación en el desarrollo del plan metodológico previsto en el artículo 207 de la Ley 906 de 2004, no adelanto las labores investigativas respecto a la imputación formulada, por los punibles de: peculado por apropiación en beneficio de terceros contenido en el artículo 397 del C.P, falsedad ideológica en documento público, artículo 286, prevaricato por acción artículo 413, prevaricato por omisión artículo 414,

Por lo anterior le correspondía a la Fiscalía a través de sus representantes realizar las respectivas labores de investigación para poder obtener material probatorio sólido y suficiente que permitiera al Juez de Garantías y de Conocimiento obtener un grado de

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de abril de 2007. Rad.: 26309. M. P. Dr.: Yesid Ramírez Bastidas. Posición reiterada en: Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Penal. Decisión del 5 de junio de 2019. Rad.: 51007 M. P. Dra.: Patricia Salazar Cuéllar



convencimiento sobre la responsabilidad penal del acusado, para imponer una medida de aseguramiento y/o proferir un fallo de fondo, situación que en el caso concreto no ocurrió.

Pero tal como se evidencia en este caso, la Fiscalía no pudo llegar a la etapa de juicio elementos de convicción que permitieran establecer la responsabilidad del aquí demandante, por lo que solicitó la preclusión, por cuanto no se probó ni la materialidad ni la responsabilidad. Además, si bien es cierto solicitó la imposición de la medida de aseguramiento, con base en los elementos materiales probatorios inicialmente allegados y también es cierto que el Juez de Garantías no tuvo elementos suficientes para decretarla, por lo que debió hacer un esfuerzo mayor en su investigación para llevar al Juez a un convencimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad del acusado.

Lo anterior permite concluir que hubo falencias por parte de la Fiscalía en cuanto a la investigación y las solicitudes probatorias resultaron deficientes. Se desconoció el siguiente precepto:

“Durante la audiencia el juez dará la palabra a la fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

(...)

Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.”

Conforme a lo anterior se colige que la Fiscalía General de la Nación siendo la parte legitimada para solicitar las pruebas que sustenten su petición de condena, debía hacerlo en debida forma. De manera que teniendo el Ente Acusador la carga procesal de demostrar la responsabilidad penal con elementos materiales de prueba admisibles y con el poder suasorio suficiente, por lo que se evidencia el desconocimiento del principio de progresividad en el caso concreto, pues antes de realizar los actos procesales de imputación, acusación y petición de condena en juicio oral, la Fiscalía examinar la fundabilidad de estos, tal como lo ha desarrollado la jurisprudencia.

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia del 23 de mayo de 2017 al revocar el auto que negó la preclusión. En tal sentido debe tenerse en cuenta que, en sentencia de unificación de la Corte Constitucional, se realizaron una serie de precisiones sobre la responsabilidad del Estado cuando se constata en el proceso penal la aplicación de este principio. Al respecto en sentencia SU - 072 de 2018 manifestó:

“Así las cosas, los otros dos eventos definidos por el Consejo de Estado como causas de responsabilidad estatal objetiva –el procesado no cometió la



conducta y la aplicación del in dubio pro reo- exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

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

(...)

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

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

(...)

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



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

*“...Si la presunción de inocencia es un estado garantizado constitucional y legalmente a toda persona que se le inicie un proceso en nuestro territorio patrio, desprendiéndose la regla del **in dubio pro reo** en el sentido de que toda duda debe resolverse a favor del procesado, y que al aplicarse por los funcionarios judiciales conduce indefectiblemente a la declaratoria de NO RESPONSABILIDAD, bien a través de la preclusión de la investigación o de la sentencia absolutoria, de ninguna manera puede equipararse con la declaratoria de INOCENCIA, habida cuenta que si la DUDA se entiende como carencia de CERTEZA, deviene como lógica reflexión en los casos en que se considere, **no la aseveración de que se juzgó a un inocente, sino la IMPOSIBILIDAD PROBATORIA** para que se dictara sentencia condenatoria...”³⁹*

Bajo el anterior criterio, resulta evidente que los hechos del caso en concreto permiten establecer que no se puede atribuir responsabilidad por el simple hecho de que haya una decisión de carácter absolutorio. En efecto, no se descartó la materialidad de la conducta, solamente que, debido a la insuficiencia de la Fiscalía en la actividad probatoria, no se pudo llegar a un conocimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad penal.

Es por lo anterior que, cuando la Fiscalía incumple sus deberes probatorios, lo cual da lugar a que se deba absolver a la procesada no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, toda vez que, la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el Ente investigador, en los que, por las deficiencias allí consignadas, el proceso no contó con las pruebas suficientes para ser tenidos como plena prueba y soportar una decisión condenatoria contra la aquí demandante

En conclusión, la Corte Constitucional sentencia de unificación 072 de 2018, además de exponer que **la antijuridicidad del daño está determinada por una decisión restrictiva de la libertad abiertamente ilegal, desproporcionada, irracional, inapropiada o arbitraria**, precisó que bajo los derroteros del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, no puede aplicarse un régimen de responsabilidad riguroso e inmutable (objetivo) de manera general para los casos en que se alegue la privación injusta de la libertad, pues corresponde al juez de lo Contencioso Administrativo valorar el régimen de imputación aplicable de acuerdo a las particularidades del caso,

³⁹ Corte suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 2003. Rad.: 17866. M. P. Dr.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Posición reiterada en decisión del 13 de junio de 2012. Rad.: 35331.



considerando que el de falla del servicio (subjetivo) es el preponderante y general, y que el objetivo es excepcional y residual y solo aplica si el subjetivo resulta insuficiente para declarar la responsabilidad del Estado, pero, en todo caso, éste último debe aplicarse en casos en que la **absolución se funde en el principio de *in dubio pro reo*** o en la atipicidad subjetiva.

En el presente caso, es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías en especial la NO imposición de la medida de aseguramiento, se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una **inferencia razonable**, soportada además en los elementos materiales probatorios que le fueron presentados por parte de la Fiscalía, al momento de las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, por lo que el acto jurisdiccional que ordenó la no enajenación de sus inmueble fue en un todo legal y proporcional, consecuencia de la inferencia razonable, con lo que la decisión se reputa legítima y legal.

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

Finalmente, con base en lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C - 037 de 1996, en la que se determinó, como COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL lo que realmente constituye el DAÑO ANTIJURIDICO, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término **"INJUSTAMENTE" para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi)**, razón por la cual, corresponde a la parte actora asumir la carga procesal de acreditar la ilegalidad de las decisiones, aspecto que en este caso no se encuentra acreditado, lo que desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD deprecada.

4.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

La parte actora solicita indemnización de perjuicios, materiales, morales, a la vida de



relación, los cuales no hay lugar a su reconocimiento, con base en los argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos.

Por daño emergente, respecto al pago de honorarios del abogado defensor reclama la suma de \$120'000.000, aportando como prueba un contrato de prestación de servicios profesionales, sin embargo dicha prueba no cumple con las exigencia del Consejo de Estado en esta materia, cuando expresa:

*“En lo tocante a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la Sala encuentra que estos se limitan a los gastos de defensa que tuvo que asumir la demandante en el proceso penal (...) [L]a Sala no tomará el valor que aparece en la certificación aportada por la parte demandante porque **no se allegaron los soportes tributarios** de los alegados pagos, tales como los comprobantes de retención en la fuente o las declaraciones de renta que den certera cuenta del ingreso de dicho capital al patrimonio del beneficiario y de su salida del de la víctima. En esta oportunidad se tendrá en cuenta el valor certificado por la Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos”. (Consejo de Estado, Consejero ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, del 30 de noviembre de 2017, radicación No. 44001-23-31-000-2009-00079-01(45081), actor: Yiseth Bivian Oñate Perpiñan y otros, demandado: nación - fiscalía general de la nación y otros).*

Lo anterior por cuanto es deber de los abogados litigantes dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 392 del Estatuto Tributario, respecto a los honorarios recibidos, para acreditar que no son evasores, razón por la cual, no hay lugar a su reconocimiento.

No sobra destacar lo exagerados honorarios cobrados en este caso por cuanto supera los topes fijados por el Consejo Superior de la Judicatura, para dos (2) abogados defensores, sin que sus actuaciones se evidencien en el plenario, pues no se observa un recurso, una nulidad, un habeas corpus y la iniciativa de la preclusión fue de la Fiscalía.

Perjuicios morales y a la vida de relación son excluyentes no acumulativos

El Consejo de Estado ha prohibido el doble pago de perjuicios morales y los relacionados con la vida de relación, como lo establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, Expediente 26251, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor Ana Rita Alarcón, demandado Municipio de Pereira, por cuanto son excluyentes y no acumulativos.

Perjuicios para tíos, sobrinos, cuñados



Frente a la pretensión indemnizatoria de los sobrinos y tíos del demandante el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), no reconoce perjuicios morales a favor de tíos y sobrinos de la víctima, ya que respecto de los mismos no opera la presunción de aflicción que ha trazado la jurisprudencia de esa Corporación.

En relación con el perjuicio moral, el Consejo de Estado ha señalado que este tipo de daño se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. De allí que, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que señala que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con los daños irrogados a uno de sus miembros, lo cual es constitutivo de un perjuicio moral.

Pruebas de la parte demandada

Teniendo en cuenta que en la demanda el apoderado del aquí demandante no menciona el número de radicación del proceso penal, hecho que imposibilita oficiar para solicitarlo, razón por la cual, en vista de la carga procesal que debe asumir, de acreditar los hechos, la Rama Judicial en el presente caso se abstiene de solicitar dicho proceso.

5.- ANEXOS

1.- Copia de la Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, por medio de la cual el Director Ejecutivo delega la función de Representación Judicial de la Nación - Rama Judicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal y Copia de la Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se nombra en propiedad a la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE como Directora Administrativa de la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y Acta de posesión del 30 de noviembre de 2016.

6.- NOTIFICACIONES

Ministerio Público: Procurador Judicial 79 Administrativa Dra. Martha Leonor Ferreira Esparza: procjudadm80@procuraduria.gov.co

Apoderado de la parte actora: abogado Sergio Augusto Hernández Moreno, correo: Hernandezconsulting@hotmail.com, celular: 301-7023338 y teléfono fijo en Bucaramanga: 6884430.

Fiscalía General de la Nación: jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co.
Instituto Nacional de Medicina Legal, correo: notificacionesjudiciales@medicinalegal.gov.co.



La Rama Judicial recibirá las notificaciones personales las recibirá en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No.7 - 96 Piso 8º. Tel. 3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. o en el buzón electrónico de notificaciones: Correo electrónico: notifdeaj@deaj.ramajudicial.gov.co o al mi correo institucional: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 320-4685184.

Del Señor Juez,

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ

C.C. No 10'539.319 de Popayán.
T.P. No 43.870 del C. S. de la J.
Correo: jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co
Cel: 320-4685184.

Respecto de ALEXANDRA LOZANO VERGARA, señaló el A Quo que el calidad de Subgerente de Tierras del INCODER profirió un Auto mediante el cual decretó de oficio la práctica de una nueva inspección ocular dentro del trámite del recurso de reposición contra la Resolución 2437 de 2010, contrariando, en su criterio, los principios de debido proceso y celeridad. También indica que se elaboró la Resolución No. 01968 de 2011, proyectada por LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, revisada por DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA y firmada por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, lo cual fue todos actuaron de mala fe. Respecto de DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, señaló el A Quo que el Auto proferido por ALEXANDRA LOZANO VERGARA en calidad de Subgerente de Tierras del INCODER mediante el cual decretó de oficio la práctica de una nueva inspección ocular dentro del trámite del recurso de reposición contra la Resolución 2437 de 2010, en su criterio contrarió los principios de debido proceso y celeridad, fue revisado por DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA.

También indica que se elaboró la Resolución No. 01968 de 2011, proyectada por LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, revisada por DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA y firmada por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, lo cual fue reprochado por el fiscal del caso, al no decretar la Nulidad y que por el contrario todos actuaron de mala fe.

Con el fin de definir la situación jurídica de ALEXANDRA LOZANO VERGARA, LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, DAVID ANDRÉS GOMESCASSERES



ACUÑA y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, el Juzgado de Conocimiento consideró que: “(...) ninguna de las manifestaciones de la fe pública, puede ser creación artificiosa de los funcionarios del ESTADO, sino que tiene su sustento en la confianza que El Estado se encarga de proveer a través de sus funcionarios, por lo que en este evento, es posible que haya una vulneración a los bienes jurídicos tutelados contra la fe pública y administraciones públicas,” En ese orden de ideas, estimó que los delitos pudieron ser cometidos por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, LEONARDO FIDEL GUERRA-ACERO OSPINA, DAVID ANDRÉS GOMESCASSERES ACUÑA y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, negándoles la preclusión.

Tal como lo señaló el Juzgado de Conocimiento, le correspondía a la Fiscalía solicitar la preclusión de la investigación, antes de la Audiencia de Acusación, como efectivamente lo hizo. Aduce igualmente el Tribunal, que el A quo no presentó la debida motivación y carga argumentativa, limitándose a transcribir apartes del escrito de acusación, sin que exista una conexión entre unos y otros. Igualmente indica que: “No obstante, una vez revisado el plenario encuentra esta sala que, como bien señaló DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, no existe pronunciamiento alguno de la inactividad entre el año de 1993 y 2007, año en que se profiere la Resolución 174; así mismo, se advierte la ausencia de valoración integral de los medios de prueba allegados pues si es por la demora presente entre el año 2007, fecha en que se inició proceso tendiente al deslinde de los predios, y el 2009 fecha en que el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Seccional Sucre – avoca conocimiento, debe también reconocer que el doce (12) de diciembre de 2007 se envía el expediente a la Unidad Nacional de Tierras para que se avoque.” Posteriormente, frente a los delitos imputados a ALEXANDRA LOZANO VERGARA, es importante traer a colación los siguientes apartes considerativos del Tribunal: “(...) si bien es cierto existió un periodo de seis meses en que no se pronunció la administración sobre el recurso interpuesto contra la resolución número 2437 de 2010, no se observa que exista irregularidad manifiesta en su proveído. Toda vez que, aunque llama la atención sobre el auto recriminado del 20 de mayo de 2011, proferido por la implicada, en el cual se hace referencia a un escrito radicado el 1 de diciembre de 2010, (...) por los cargos que allí se enuncian y quienes lo presentaron, se encuentra correspondencia con el escrito radicado el 30 de noviembre de 2010 (...) por medio del cual se interpone el recurso horizontal contra la misma resolución.

En todo caso, permite colegir a esta corporación que existió la causa jurídica que generó el proferimiento de dicho auto y, además, tampoco puede sostenerse que en la mencionada providencia se viole el derecho al debido proceso:

(...)” Debe entonces señalarse que, tanto el cargo reseñado en el recurso de reposición del 30 de noviembre de 2010, como en la parte motiva del citado auto, **se acusó del vicio de procedimiento por falta de notificación a los interesados de la diligencia de inspección ocular, razón por la cual se entiende que se busque una nueva inspección ocular** en la que se saneen las irregularidades deprecadas. Si ello es así, al respecto concluye esta



Sala, no se encuentran configurados los elementos objetivos de los tipos penales de prevaricato por acción o por omisión. De igual manera, no se encuentra que ALEXANDRA LOZANO VERGARA tuviese algún bien, en el caso de estudio, del cual se pueda predicar la apropiación bien haya sido en provecho propio o de un tercero, que permita configurar el tipo penal de peculado.

