

Señor
JUEZ TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO DE BOGOTA
E. S. D.

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA
ACTOR: OSCAR YESID RAMIREZ FORERO Y OTROS
DEMANDADO: NACION FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTRO
RAD. 11001333603820200021600

MARIA DEL ROSARIO OTALORA BELTRAN, mayor de edad, domiciliada en Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 31.936.714 de Cali- Valle y Tarjeta Profesional número 87484 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderada especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, de conformidad con el poder y sus respectivos anexos, respetuosamente y estado dentro del término legal me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** en los siguientes términos:

I.- A LOS HECHOS

Primero: No es cierto, ya que la orden de captura fue dispuesta por el Juzgado 20 Penal Municipal de Garantías .

Segundo: Es cierto, siguiendo los derroteros de la ley 906 de 2004 el Juzgado 27 Penal Municipal Con funciones de Control de Garantías le impartió legalidad a la captura la imputación de cargos y profirió medida de aseguramiento a OSCAR YESID y otros por los delitos de Cohecho propio en concurso por alteración de resultados electorales en grado de tentativa.

Tercero: Es cierto conforme a las actuaciones judiciales aportadas con la demanda.

Cuarto : Es cierto el 7 de febrero de 2013 la fiscalía presento escrito de acusación contra OSCAR YESID RAMIREZ FORERO asunto que fue asignado al Juzgado 20 Penal del Circuito

Quinto: Es cierto el día 15 de febrero el Juzgado 9 Penal del Circuito a petición de la fiscalía declaro la conexidad de su actuación con el juzgado 20 Penal del Circuito con funciones y garantías .

Séxto : Es cierto, el 6 de Marzo de 2013 se efectuó la audiencia de acusación contra OSCAR YESID de acuerdo con lo manifestado en providencias judiciales y el proceso continua con el Juzgado 9 Penal del Circuito con Funciones de garantías.

Séptimo: Es cierto como lo manifesté en el hecho 5

Octavo: Es cierto no obstante se aclara que el 4 de abril de 2013 el Juzgado) del Circuito dejo sin efecto la acumulación de los procesos penales y continuo con la audiencia de formulación de acusación en contra de los demás procesados y el Tribunal Superior de Cali el 16 de mayo de 2013 revoco y dispuso el tramite conjunto de las causas penales

Noveno: No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda conforme al principio del **“onus probandi**.

Décimo: No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda conforme al principio del **“onus probandi**.

Once: Es CIERTO, el Tribunal Superior de Cali el 16 de mayo de 2013 revoco y dispuso el tramite conjunto de las causas penales segun providencia judicial

Doce: Es cierto parcialmente no me constan la fechas relacionadas en este hecho y que hace alusión a reprogramación de fechas y es cierto el Juzgado 9 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali decreta las pruebas entre otras actuaciones .

Trece: No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda conforme al principio del **“onus probandi**

Catorce: Es cierto conforme a la sentencia ordinaria No 012 emitida por el Juzgado 9 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Cali.

Quince: Es cierto según la sentencia proferida por el Tribunal Superior – sala penal de Cali.

Dieciseises: Es cierto conforme lo indica la sentencia de la corte suprema de justicia del 27 de junio del 2018.

Diecisiete y Dieciocho : Es cierto conforme lo indica la sentencia de la Corte Suprema de justicia del 27 de junio del 2018.

Diecinueve: Es cierto conforme la certificación emanada del Coordinador del Centro de Servicios Judiciales

Veinte: No me constan, le corresponde a la parte demandante, conforme lo indica el art 167 probar lo citado y lo que pretende con la demanda conforme al principio del **“onus probandi**

II.- PRETENSIONES

Señor Juez, me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, toda vez que en el sub judice, no se configuran los supuestos de hecho y de derecho que permitan estructurar responsabilidad alguna en contra de la Nación- Fiscalía General de la Nación, puesto que la fiscalía actuó conforme a los presupuestos de la ley 906 de 2004 y en virtud de la investigación de la SIJIN y las pruebas recaudas sobre las presuntas actividades atípicas en las elecciones para elegir gobernador para el departamento del Valle del Cauca el 12 de julio 2012 a favor del candidato FRANCINED CANO RAMIREZ contando con la ayuda de funcionarios públicos de la Registraduría Nacional y el Consejo Electoral con vínculos políticos con el movimiento de inclusión y oportunidades MIO hecho que por si solo da inicio a la investigación

penal y a solicitar ante el Juez con Función de Control de Garantías la legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento según lo reglado en la ley 906 de 2004 sin que esto signifique automáticamente la producción de un daño antijurídico pues la orden de captura y medida de aseguramiento solicitada por la fiscalía para el señor OSCAR YESID RAMIREZ FORERO fue sometida al Control de legalidad por el Juez Penal de Conocimiento y Funciones de Garantías quien en últimas la profirió conforme a derecho y de acuerdo con las pruebas que obraban para la etapa de instrucción .

Igualmente me opongo a la prosperidad de las pretensiones ya que el demandante no acredita la falla del servicio en cabeza de mi representada como lo cita el ordenamiento constitucional ni acredita la injusta privación de la libertad con ocasión de la conducta punitiva que le fuera endilgada al actor donde inclusive en la primera instancia fue condenado por los delitos de COHECHO PROPIO y otros además las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda y por porque considero que en el presente caso no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar algún tipo de responsabilidad en cabeza de mi representada

De igual manera me opongo en la totalidad a las pretensiones indemnizatorias, pues los perjuicios se encuentran sobreestimados, no existe evidencia y/o prueba del supuesto daño antijurídico sufrido por la parte demandante que respalden lo aducido en la demanda y están por fuera de lo ordenado por El Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, M.P. Hemán Andrade Rincón (E), que tazan los Perjuicios morales derivados de la privación injusta de la libertad .

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

La parte demandante, afirma en los hechos que lo que generó la privación injusta de la libertad le produjo un daño antijurídico, toda vez que después de adelantarse los trámites procesales pertinentes, fue absuelto por la segunda Instancia

No obstante con lo anterior es necesario indicar que el actor no demuestra que las actuaciones desplegadas por la Fiscalía General de la Nación estuvieran por fuera del ordenamiento jurídico es decir de manera ilegal caprichosa extralimitada con violación al debido proceso, para que el Juez pueda declarar la responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, por este título de imputación al contrario se identifica plenamente en la causa penal que la Fiscalía General de la Nación actuó facultada por la ley para vincular a la investigación al demandante y otros conforme al recaudo probatorio existente para el momento de instrucción y así solicitar la legalidad de la captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento ante el funcionario competente.

Tampoco esta demostrando el título de imputación de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia preceptuados en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, que dice que se debe indicar como se materializó el presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; frente a acciones u omisiones, distintas a las providencias judiciales, que son necesarias para adelantar un proceso; debe registrarse si dicha actuación tuvo su origen en la conducta de los funcionarios que conocieron del caso; para que opere el citado título de imputación, era necesario que existiera un defectuoso u anormal funcionamiento, tomando

como referente la comparación de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial.

La Corte Constitucional, al realizar la revisión de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996¹, manifestó sobre el particular, así: *“Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del Juez. Por ello, 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 el Juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y de las pruebas aportadas – según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una vía de hecho.”*

Así las cosas, se debe probar que se violaron flagrantemente los parámetros establecidos en las funciones propias de la administración de justicia, si no fuera así, se estaría vulnerando el principio constitucional de la libre valoración probatoria anudado a lo anterior el artículo 28 de la Constitución consagra el derecho a la libertad, pero prevé también la posibilidad de la privación de este derecho, bien como pena o medida de aseguramiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley. También ha señalado la Corte Constitucional² que la privación de la libertad, como medida de aseguramiento, no contraviene la presunción de inocencia, ni ninguna otra disposición constitucional, en tanto dicha medida tiene carácter preventivo y no sancionatorio, ni desvirtúa la presunción de inocencia, dado su carácter precario, que no permite confundirla con la pena, aunque, por razones de justicia y equidad sea posible computar el tiempo de la detención como parte de la pena. Pero, además de cumplir con las exigencias constitucionalmente señaladas, la detención preventiva debe obedecer a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena (...) Las exigencias señaladas en la Constitución para la procedencia de la medida de aseguramiento armonizan con lo dispuesto en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables en el derecho interno, por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución. Son ellas: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En desarrollo de esas disposiciones de orden superior, el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, establecía que la detención preventiva era procedente *“cuando contra del sindicado resultare por lo menos dos indicios graves de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso”* (...), las consideraciones que sobre la norma se hacen en esta

¹ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

oportunidad están limitadas al contenido del segundo aparte y además, marginadas de cualquiera otra interpretación extensiva o analógica que pudiera hacerse de la misma.

Del texto de la demanda, no se aprecia un extremo de particular importancia, para que se despache favorablemente las pretensiones de la demanda, cual es una falta o falla del servicio de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio imputable a mi representada la Fiscalía General de la Nación, por lo cual no es viable predicar hechos y omisiones que constituyan faltas o fallas en el servicio de la administración de justicia, en consecuencia Señor Juez, mal podría endilgarse responsabilidad alguna a la Entidad que represento.

Si bien es cierto que, a la Nación-Fiscalía General de la Nación le corresponde adelantar la investigación, para que de acuerdo con la prueba obrante en ese momento, solicitar la medida preventiva del sindicado, si lo cree conveniente, le corresponde al juez de garantías, estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, elementos materiales probatorios y evidencias física, para luego establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer.

Como es bien sabido, mediante Acto Legislativo 03 de 2002, se introdujo un cambio radical en el sistema de enjuiciamiento penal en Colombia, erigiendo un sistema de partes que relevó a la Fiscalía General a ser una más dentro del proceso, concentrando las decisiones que afecten los derechos fundamentales, en especial el de libertad, en los jueces de control de garantías en la etapa preliminar. En ningún caso la Fiscalía General de la Nación, o sus delegados, pueden emitir decisiones que afecten el derecho fundamental a la libertad, es una facultad con reserva judicial.

En ese sentido la Constitución Política dispone, en su artículo 250, numeral 1º, que el fiscal, en ejercicio de sus funciones deberá "Solicitar al juez que ejerza funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas."

La responsabilidad por parte del Estado que se pretende con la presente acción, no reúne los requisitos exigidos para el efecto, a saber:

"...Para que pueda condenarse al Estado por culpa aquiliana se requiere que aparezcan demostrados en el expediente los siguientes supuestos:

Existencia del hecho (falla del servicio).

Daño o perjuicio sufrido por el actor.

Relación de causalidad entre el primero y el segundo..."³.

³ Sentencia de 18 de abril de 1967 - Ponente: Dr. Carlos Portocarrero Mutis. Actor: William Bendeck contra la Nación. Anales del Consejo de Estado. Tomo LXML Número 413-414 páginas 257 y ss. Responsabilidad por falta o falla del servicio.

En lo que hace relación a la falla del servicio, la jurisprudencia ha señalado que la falla debe ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo anterior fue manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado, en sentencia de agosto 5 de 1994, Expd. 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

"...Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación...".

"...La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falla. Ella debe ser de tal entidad, que teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente"...".

De acuerdo con lo establecido en el Artículo 90 de la Carta Política, obligan a su reconocimiento de los daños causados, también lo es, que dicha responsabilidad sólo surge cuando se cumplen los mencionados supuestos y/o requisitos, es decir una falta o falla en el servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio; un daño que implique lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho con las características generales que la ley determina para que sea indemnizable, que sea cierto, determinado o determinable, evaluable, etc; una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización.

En efecto, la Ley 906 de 2004 destacó el papel de la FISCALÍA, como un ente netamente investigador y acusador, quitándole la responsabilidad de decidir sobre la libertad de los procesados a través de la medida de aseguramiento, dejando dicha facultad en los jueces de control de garantías, mismos que hacen parte exclusivamente de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL. En ese sentido, al no tener injerencia alguna en la decisión de si se priva o no de la libertad a los sujetos del proceso penal, la Fiscalía General de la Nación no puede ser llamada a responder por las decisiones que toma el juez respecto de las medidas de aseguramiento, ya que es a éste a quien le compete determinar si hay lugar o no para declarar la restricción de la libertad con fundamento en un criterio propio y autónomo, basado en la valoración del material probatorio recaudado por la Fiscalía.

Precisamente, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, razón por la cual, las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por los Jueces que tienen a su cargo el conocimiento del proceso penal, como en efecto ocurrió en este caso, medida proferida por el Juez de Control de Garantías, quien decretó la medida de aseguramiento en contra del actor.

La actuación de la Fiscalía General de la Nación, se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no es ajustado a derecho predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni falla en el servicio, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor OSCAR YESID RAMIREZ FORERO y otros

Retomando el artículo 90 de la Constitución Política el consagra el fundamento jurídico de la responsabilidad administrativa señala: *"El Estado responderá patrimonialmente por la daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas"*.

En estos términos, la disposición Constitucional fija los presupuestos para que sea viable la declaración de responsabilidad estatal por una actuación que haya dado lugar a la producción de un daño. Estos requisitos son: a) el daño antijurídico; y b) la imputación del mismo al Estado.

No podemos decir que el hecho no existió porque dentro de la causa penal está demostrado que al señor OSCAR YESID RAMIREZ FORERO le fue dictada la medida de aseguramiento y que incluso en la primera instancia fue condenado a 86 meses de prisión por los delitos de COHECHO PROPIO Y ALTERACION DE RESULTADOS ELECTORALES EN GRADO DE TENTATIVA conforme a los indicios y a las pruebas que entre otras estuvieron acogidas por el principio de la progresividad de la prueba respetando los derechos humanos, gradualmente para lograr su pleno cumplimiento y dentro del cumplimiento de estos derechos se requería la toma de decisiones por parte del Juez de Control y Garantías lo mas expedita y eficazmente posible actuaciones apegadas la Ley y la Constitución como se realizó todo el tiempo en la causa penal y que dentro del proceso que nos ocupa pueden ser verificadas

Por lo tanto no podemos hablar que la Fiscalía haya actuado fuera de las orbitas del derecho, ni está probado dentro de este proceso que la Fiscalía haya incurrido en una acción o omisión dentro de la investigación de los hechos y la captura de OSCAR YESID quien fue capturado por orden judicial el día 29 de Noviembre de 2012 amparado en las pruebas recopiladas y siguiendo los derroteros del nuevo sistema penal acusatorio mi representada solicita ante el Juez de garantías la legalización de la captura, imputación de cargos e imposición de la medida de aseguramiento, sustento el escrito de acusación y el Juez de la primera etapa en juicio declaro fallo condenatorio que posteriormente fue revocado por el Tribunal Superior Sala Penal a favor del hoy demandante por considerar que las pruebas reunidas y debatidas en el juicio oral arrojaban duda probatoria a pesar de haber sido apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana critica y los criterios establecidos en el artículo 380 del procedimiento penal, precisaron dudas razonables sobre la responsabilidad del sindicado a tal punto que el Magistrado en el ejercicio de sus funciones y la búsqueda de la verdad procesal resolviera solicitar la absolver al actor de los cargos sin que esto constituya por si solo un daño antijuridico imputable a las entidades demandas hoy.

El demandante amparado en la sentencia absolutoria solicita se declaren como responsables de la privación injusta de la libertad y en consecuencia se condene a las entidades demandadas a pagar la indemnización de los perjuicios morales y materiales irrogados, lo que desde ya considero no deben de prosperar por que en

ningún momento la medida de aseguramiento fue ilegal, arbitraria o desproporcionada o que le hubiere sido llevado un proceso penal fuera del ordenamiento legal y menos aun cuando es un hecho cierto y probado dentro de la causa penal la captura en flagrancia, allí le fueron respetadas las garantías al debido proceso artículo 29 de la C.P. el cual consagra el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas y una de las maneras de materializar esa controversia es mediante el ejercicio de las oposiciones, por cuanto estos son los mecanismos o los medios que la ley han dispuesto para que las partes controlen el proceso de producción de la verdad que se realiza y que están ligado intrínsecamente a la teoría del caso de cada parte y es un hecho cierto y probado que la sustancia psicoactiva incautada diera positivo para cocaína, al momento de impartir la legalidad de la captura el Juez de Garantías el cual fue incorporado al expediente penal .

Es decir que en la etapa instructiva se tenían elementos probatorios haya y entonces para señalar al demandante como el responsable del delito de cohecho propio y otros para formular las peticiones de la legalización de la captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento ante el ante el juez de conocimiento .

Frente a la detención preventiva de la libertad el actual sistema penal acusatorio en su procedimiento regula, que es la Fiscalía General de la Nación quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede **EXIMIDA** de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues el respectivo juez competente la judicializo .

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad.

Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

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

29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...)”.

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas”. Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

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

No podía pedírsele al Ente Instructor, que definiera de una vez por todas, todo el sentido de la investigación, de tal suerte que **la medida de aseguramiento como instrumento provisional**, previo a una decisión de fondo no sería procedente, aun cuando, así está estatuido, precisamente cuando hay criterios fijados por la ley por la gravedad de la conducta que se le endilgaba.

Sobre el tema de responsabilidad del estado el Artículo 90 de la carta de cartas ha determinado los requisitos para que se pueda determinar la responsabilidad patrimonial así:

- i) Un daño antijurídico, ii) acción u omisión de la administración y iii) un nexo de causalidad, es decir que el daño le sea imputable al estado

Inexistencia del Daño Antijurídico:

Dentro del caso no está probado que el demandante sufrió un daño antijurídico, presupuesto esencial para accionar al Estado debe probarse de acuerdo a los siguientes postulados:

1-La Antijuridicidad del Daño. 2-Examinar si se incurrió en el daño a título de dolo o culpa grave. 3-Determinar la autoridad que infringió el daño si este ya está probado.

Antijuridicidad del daño:

"consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar". En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (...) De acuerdo con lo que ha establecido esta Sección, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de "realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado".⁴

Acción u omisión de la administración

El demandante no prueba cual fue la acción o omisión en que incurrió la fiscalía, si la medida de aseguramiento esta por fuera del ordenamiento legal o si la fiscalía incurrió en una extralimitación de poderes.

Nexo Causal

El demandante no establece el nexo causal entre el daño y la acción y omisión de la entidad demanda, en este caso Es importante precisar, que para que pueda condenarse al Estado, deben demostrarse en el proceso los siguientes supuestos: (i) Existencia del hecho (falla en el servicio), (ii) Daño o perjuicio sufrido por el actor, y (iii) **Relación de causalidad entre el primero y el segundo.**

Bajo esta óptica miremos el daño como el primer elemento a establecer la responsabilidad del Estado, (I) la privación de la libertad de OSCAR YESID RAMIREZ FORERO y otros (II) la medida de aseguramiento impuesta, así las cosas efectivamente tenemos que el demandante estuvo privado de la libertad, lo que acreditaría el daño, ahora habrá de estudiarse el segundo elemento (ii) antijuricidad del daño, este punto en materia de responsabilidad directa se concreta según la sentencia de unificación de la Corte Constitucional parte de **la injusticia de la limitación al derecho de la libertad**, pero también dice que esta injusticia debe ser demostrada y apoyada en norma procesal penal, las finalidades constitucionales de la medida y el material probatorio.

Tenemos entonces el artículo 308 del estatuto penal que impone al juez de control de garantías decretar la medida cuando "de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonadamente que el imputado puede ser el autor o participe de la conducta delictiva que se investiga" por qué (i) que la medida se muestra necesaria para evitar la obstrucción al debido ejercicio de la justicia (ii) que el sujeto de la medida constituye peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y (iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Bajo los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, que deben orientar la decisión del juez al momento de decidir si se impone o no.

A partir del recaudo probatorio en este caso se tiene la captura de OSCAR YESID el día 29 de Noviembre de 2012 estuvo por orden de captura expedida por el Juez

⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 18 de febrero de 2010; Exp. 17885

de función y garantías luego no podemos hablar de un daño antijurídico en cabeza de mi representada .

La Fiscalía puede formular la acusación o preclusión de la investigación, decisión que es adoptada por el juez de conocimiento -art. 331 Ley 906 de 2004-; es decir, el juez es el destinatario de toda la actividad probatoria y adopta las decisiones relacionadas con la privación de la libertad y absolución o condena a los procesados. Por lo tanto, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnica sobre la investigación y las actividades de policía judicial; sin embargo, no tiene la facultad de privar de la libertad a las personas, salvo las excepciones contempladas en la ley (artículo 300), pues dicha función le corresponde al Juez de Control de Garantías por solicitud del Fiscal, como se establece en su artículo 297 y siguientes, y por tal en vigencia del nuevo sistema penal acusatorio, Ley 906 de 2004, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarlas a los jueces con función de control de garantías, ya sea al legalizar una captura cuando ésta ha sido efectuada por otra autoridad, incluso en aquellos eventos en que el Fiscal hace uso de la facultad excepcional conferida en el artículo 300, o al ordenar la imposición de una medida de aseguramiento.

Bajo esta óptica mi representada cumplió a todo momento con la ley vigente para la época de los hechos y la observancia de la constitución en cada juicio, esto es, con los recursos y oportunidades que guardan estrecha relación con el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción protegidos por nuestro legislador, dicho de otra manera la Fiscalía General de Nación cumplió con el deber legal impuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, artículo el cual indica taxativamente las funciones de mi representada y que son de obligatorio cumplimiento, que de no haber cumplido la fiscalía con dicha funciones otro sería el escenario y otras las cargas a responder por que tratándose de responsabilidad del Estado indica la carta que los servidores públicos no solo son responsables por la infracción a la constitución y a la ley sino por su omisión o extralimitación de sus funciones, .

De frente a lo anterior mi representada cumplió a todo momento con la ley vigente para la época de los hechos y la observancia de la constitución en cada juicio, esto es, con los recursos y oportunidades que guardan estrecha relación con el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción protegidos por nuestro

IV EXCEPCIONES

FALTA DE LEGIMITACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:

Al no corresponder a la Fiscalía General de la Nación, con el nuevo Estatuto de Procedimiento Penal, imponer la medida de aseguramiento, ya que como se dijo anteriormente, le corresponde a la Fiscalía adelantar la investigación, para de acuerdo con la prueba obrante en ese momento procesal, solicitar, como medida preventiva la detención del sindicado, si lo considera conveniente, **correspondiéndole al Juez de Garantías estudiar dicha solicitud, analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía, y decretar las que estime procedentes**, para luego si establecer la viabilidad o no de decretar la medida de aseguramiento, **es decir, que en últimas, si todo se ajusta a derecho, es el juez**

de garantías quien decide y decreta la medida de aseguramiento a imponer. Y siendo ello así no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por “detención ilegal”, **ya que si bien es cierto se dio esta medida, ella no fue proferida por mi representada.**

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

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

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

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

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

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

Frente a la detención de acuerdo a lo previsto por el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la **Ley 906 de 2004**, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que el presente caso la Fiscalía quede **EXIMIDA** de responsabilidad frente a una detención calificada por los solicitantes como falla del servicio, pues la legalidad fue avalada por el respectivo juez competente.

El sistema penal acusatorio vigente en casos como el que nos ocupa, impide que sea la Fiscalía quien decida sobre la detención, al punto que, como se vislumbra de la norma jurídica y lo enseñado por la jurisprudencia, la solicitud del fiscal de imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad debe ser avalada y controlada por el Juez de Garantías, y posteriormente también advierte la eventual responsabilidad de éste y del juez de conocimiento en una posible irregularidad. Así lo advierte la H. Corte Constitucional, quien con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad en la que se examinaron las características esenciales de la figura del juez de control de garantías, señaló:

(...) “En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, el juez a cargo del control no legitima la actuación de aquella y, lo que es más importante, los elementos de prueba recaudados se reputan inexistentes y no podrán ser luego admitidos como prueba, ni mucho menos valorados como tal. En consecuencia, no se podrá, a partir de esa actuación, llevar a cabo la promoción de una investigación penal, como tampoco podrá ser llevada ante el juez de conocimiento para efectos de la promoción de un juzgamiento; efectos éstos armónicos con la previsión del artículo 29 superior, conforme al cual es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso. Por el contrario, si el juez de control de garantías advierte que la Fiscalía, en ejercicio de esas facultades, no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida esa gestión y el ente investigador podrá entonces continuar con su labor investigativa, formular una imputación, plantear una acusación y pretender la condena del procesado. Es cierto que en este supuesto la facultad del juez de control de garantías no implica un pronunciamiento sobre las implicaciones que los elementos de prueba recaudados tengan sobre la responsabilidad del investigado ya que ésta será una tarea que se adelanta en el debate público y oral de la etapa de juzgamiento. (...)”

Ante el juez de conocimiento, por su parte, se presenta el escrito de acusación con el fin de dar inicio al juicio público, oral, con inmediación de la prueba, contradictorio, concentrado y con todas las garantías; se solicita la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar; y se demanda la adopción de las

medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas".
Sentencia C-1092 de 2003, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Conforme a las anteriores enseñanzas y a otras similares que están recogidas en las sentencias C-873 de 2003, C-591 de 2005 y C-730 de 2005, que refieren a los elementos esenciales y las principales características del nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, introducido mediante el acto legislativo 03 de 2002, que reformó los artículos 116, 250 y 251 de la Constitución, se concluye que ya la Fiscalía no puede resultar responsable por los daños antijurídicos que se le imputen por "detención injusta", sencillamente porque esta Entidad no es la encargada de asegurar la comparecencia al proceso de los presuntos infractores de la ley penal. En el último fallo aludido (sentencia C-730 de 2005), la Corte Constitucional dijo que la Fiscalía General de la Nación, "ahora únicamente puede solicitar la adopción de dichas medidas al juez que ejerza las funciones de control de garantías, con la misma finalidad de asegurar la comparecencia de los imputados, así como para garantizar la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en particular de las víctimas. Se trata, así, de una atribución que ha sido trasladada por el constituyente a un funcionario judicial independiente".

INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

El artículo 90 de la Carta Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, en ella se señala expresamente que son los denominados ANTIJURÍDICOS, agregando además "que le sean imputables", causados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas.

Así, la responsabilidad estatal está construida a partir de la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y que excede las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad, en el caso específico de la privación injusta de la libertad, tales argumentos se dirigen a quienes ostentan facultad para ello, pero que lo hacen sin los presupuestos de la ley, y los que reciben sentencias condenatorias en ausencia de la certeza legal objetiva que demanda la norma procedimental penal para que el juez proceda de tal manera, circunstancias que no se ajustan al caso en concreto.

AUSENCIA DE FALLA DEL SERVICIO

Como es bien sabido, para que se configure responsabilidad patrimonial de las entidades del Estado por sus acciones u omisiones constitutivas de falla del servicio -entendiéndose este título de imputación como una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio, no personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración-, es necesario identificar o determinar claramente las obligaciones que desde el punto de vista legal, están llamadas a cumplir, constituyendo este aspecto la piedra angular para poder establecer si frente a un caso concreto una entidad tiene el deber jurídico de asumir patrimonialmente, las consecuencias de su actividad judicial, reguladas y permitidas por el ordenamiento jurídico.

Al analizarse el caso específico a la luz de los principios y criterios que informan la falla del servicio, se tiene que ésta no se presenta

Es necesario recordar que la jurisprudencia ha señalado que para que exista indemnización de perjuicios la falla ha de ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo cual fue manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

“...Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el estado con su obligación...”
“La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, 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 pueda considerarse como “anormalmente deficiente”.

En punto de los requisitos necesarios para que se presente la Falla, el Consejo de Estado ha dicho:

“...Cuando el Estado en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada “falta o falla del servicio”, o mejor aún falta o falla de la administración, tratándose de simples actuaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

- a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, la falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración;*
- b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;*
- c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo etc, con las características generales predicadas en el derecho privado para que el daño sea indemnizable como que sea cierto, determinado o determinable, etc ;*
- d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización.”⁵*

Por lo tanto, dicha decisión judicial **NO** puede ser materialmente atribuida a mi representada, pues, en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversaria, la **Fiscalía General de la Nación ES SOLO UNA PARTE EN EL PROCESO** y, conforme con las funciones misionales de la Constitución Política, le corresponde adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo tan es así que no tiene la potestad de cambiar, suspender, interrumpir, ni renunciar a la

⁵ Bogotá D.E., 28 DE OCTUBRE DE 1976 Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Consejero Ponente : Dr. Jorge Valencia Arango. Ref. Exp 1482.

persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

V. ANEXOS

1. Poder debidamente conferido al suscrito
2. Copia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos
3. Copia de la Resolución número la Resolución No. 0303 del 20 de marzo de 2018 "Por medio de la cual se delega la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la FGN la Dirección Jurídica".

VI-NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Primer Piso del Edificio Nuevo, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación o en la Secretaría del despacho. Correos para notificaciones judiciales: jur.novedades@fiscalia.gov.co o al correo electrónico institucional del suscrito: maria.otalora@fiscalia.gov.co.

Atentamente



MARIA DEL ROSARIO OTALORA BELTRAN

C. C. 31.936.714 de Cali

T. P. No. 87484 del C. S. de la J.