

Señor
JUEZ TREINTA Y OCHO (38) ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ, D.C.
E. S. D.

ACCIÓN : REPARACION DIRECTA
ACTOR : NELSON PLAZAS HERNÁNDEZ y Otros
EXPEDIENTE : 11001333603820200003600
DEMANDADA : NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACION

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

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 1º de octubre de 2020, mediante correo electrónico.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

- **NO ME CONSTAN** los hechos **1., 2. y 12.**, referente al entorno personal, familiar, laboral, social y económico del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, tampoco los perjuicios que se informan en la demanda le fueron ocasionados al mencionado y su núcleo familiar, con ocasión del proceso penal No. 110016000721201400265 (NI 218074) que se adelantó en su contra, por el delito de *Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado*, en concurso homogéneo y sucesivo; por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor en la demanda.

- **CONFORME** a los hechos **3. a 7., 9. y 10.** de la demanda, los cuales encuentran sustento en los documentos anexos a la misma, particularmente, la copia del **auto** proferido el 24 de septiembre de 2014 por el *Juzgado 13 Penal del Cuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, al igual que la **sentencia** proferida el 9 de noviembre de 2017 por el *Juzgado 2º. Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, en el presente caso, se demuestra que:

1-. Los hechos del proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tuvieron su génesis en la denuncia instaurada el 21 de mayo de 2014 por la Señora **MARIELA CAMPO RIVERA**, manifestando que su hija LVCHC y su sobrino SRC, de 6 y 4 años de edad, respectivamente, ese año de manera repetida venían siendo abusados sexualmente, con tocamientos en sus partes íntimas, por parte del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, aprovechando las ocasiones en que salía de la casa su madre **LUZ MAYERLY ROCHA**, a quien ella había encomendado el cuidado de los menores, en las horas de la tarde, luego de recogerlos del colegio y, a eso de las 6 p.m., eran entregados a su hermana **YERLIS CAMPO RIVERA**, quien el día 18, ante el dicho de los niños, le transmitió lo ocurrido.

2-. El 12 de junio de 2014, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, *el Juzgado 24 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C.*, libró la *Orden de Captura No. 006* contra el Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, la cual se hizo efectiva el 2 de julio de 2014.

3-. En igual fecha, ante el Señor Juez 33 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Bogotá, D.C., se llevaron a cabo las **audiencias preliminares** concentradas de legalización de la captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento, en las cuales se impartió **legalidad** al procedimiento de la **captura** efectuado y se **avaló** la **imputación** realizada por la Fiscalía General de la Nación, por el delito de **Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado**, en concurso homogéneo y sucesivo; no obstante, el Señor Juez se **abstuvo** de imponer **medida de aseguramiento** contra el Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, entre varios aspectos, por considerar que en el examen sexológico practicado a la menor no se encontraron huellas o rastros que llevaran a pensar (sic) una supuesta penetración, al igual que ninguno de los elementos traídos por la Fiscalía apuntaban a su autoría.

4-. La Fiscalía General de la Nación interpuso el recurso de **Apelación** contra la última decisión, en comento, la cual fue **revocada** el 24 de septiembre de 2014 por el **Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, D.C.** y, en su lugar, impuso al Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA** **medida de aseguramiento** consistente en **detención preventiva** en establecimiento carcelario, para lo cual ofició su captura.

Lo anterior, por considerar el *a quem* **imprecisa y desacertada** la decisión del *Juzgado de primera instancia* al negar la imposición de la medida de aseguramiento solicitada, en el sentido que el *a quo* no niega la realización de la conducta punible, esto es, que **"los hechos sí tuvieron ocurrencia"**, pero que no había atribución de autoría, por lo que no se sabía si el individualizado era el mismo que estaba en la audiencia.

Al tenor de lo anterior, argumentó la segunda instancia que, si ello obedeciera a una realidad procesal, sencillamente, no sería lógico que se hubiera decretado legal la captura.

Por lo cual, al superior jerárquico no le quedó duda que se cumplía con los requisitos que consagra el artículo 308 del C.P.P. para imponer la medida de aseguramiento al Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, ya que de los elementos materiales probatorios que presentó la Fiscalía para sustentar dicha petición (*Denuncia de la madre de la víctima, entrevista a la tía de la víctima, entrevista forense a la menor LBCC, entrevista al primo de la menor, registro del señor Plazas Rocha y su progenitora y acta de individualización al capturado*), se establece que el responsable de la conducta es el Señor "Fabian", hijo de la Señora Mayerly, quien era a su vez la encargada de cuidar a la menor LBCC, cuando su madre tenía que trabajar.

Al efecto, se aclaró en la segunda instancia que:

"(...) la exigencia probatoria de que trata el primer inciso del artículo 308 de la Ley 906 de 2004 para la imposición de la medida de aseguramiento no exige la existencia de un número plural de evidencias, sino que, a partir de estas, sin importar su cantidad, se pueda inferir razonablemente que el imputado pueda ser el autor o partícipe del delito que se investiga.

*Entonces no encuentra este Despacho, razón justificante conforme a criterio jurídico para que el fallador de primera instancia haya negado la solicitud de imposición de medida de aseguramiento, debido a que es evidente, clara y pacífica la inferencia razonable de autoría y participación del procesado en los hechos, **por lo que la imposición de la medida de aseguramiento se torna no solo procedente sino necesaria, porque el Señor NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA, además de ser un peligro para la víctima, lo es para la comunidad, por la extrema gravedad de los delitos que se le endilgan y máxime que ese tipo de delitos en contra de los menores de edad no cuentan con ningún tipo de beneficio conforme a lo establecido en el artículo 199 de la ley 1096 de 2006, razón por la que tendrá que ser relucido en un establecimiento carcelario mientras se adelanta el juicio.**"* (Destaco y subrayo)

Conforme a lo anterior, en el presente caso se demuestra que la orden de captura impartida en razón de la **medida de aseguramiento** de **detención preventiva** que le fue impuesta al Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, por el delito de **Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado**, en concurso homogéneo y sucesivo, la cual **NUNCA** se hizo **efectiva**, vale la pena aclarar, según los hechos **8.** y **11.** de la demanda, porque el mismo la **rehuyó** hasta su absolución, no obstante, la misma fue **LEGAL** y se mantuvo **INCÓLUME** durante todo el proceso.

Se desprende de lo expuesto, que la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política **NO** es absoluta, porque es viable su restricción en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como en los mecanismos de la **CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA**, con fundamento en lo previsto en los artículos 296 a 299, 306 y ss. del C.P.P., vigente para la época de los hechos, los cuales, cabe señalar, precisamente, han sido instituidas para **asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad**, en especial, de las **víctimas**.

5-. El 28 de julio de 2015, ante el *Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, se llevó a cabo la *Audiencia de formulación de Acusación* contra el Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, por el delito de **Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado**, en concurso homogéneo y sucesivo.

Tampoco se demuestra en la demanda que, en esta oportunidad, conforme a las previsiones del artículo 339 del CPP, abierta por el Señor Juez de conocimiento la audiencia y ordenado el traslado a las partes, el Ministerio Público o la defensa expresaran oralmente causal de incompetencia, impedimento, recusación, nulidad u observación alguna sobre el **escrito de acusación**, si este no reunía los requisitos establecidos en el artículo 337 ibídem, para que el fiscal lo aclarara, adicionara o corrigiera de inmediato.

-. **ME OPONGO** al hecho **8.** de la demanda, sobre la **ajenidad** del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA** en los hechos investigados, por el delito de **Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado**, en concurso homogéneo y sucesivo.

Lo anterior, con base en la **sentencia** proferida el 9 de noviembre de 2017 por el *Juzgado 2º. Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C.*, **PORQUE** en el presente caso se demuestra que la **absolución** del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA** se produjo, con base en el análisis y valoración de la pruebas testimoniales y pericial practicadas en el Juicio Oral, al concluir el *juzgador* que no existía prueba que permitiera derruir la **presunción de inocencia** que cobijaba al acusado, por lo que no se logró llevar al juez a la convicción, más allá de toda **duda** razonable, frente a la responsabilidad del mismo en la conducta delictual, por la cual fue llamado a Juicio, siéndole imperativo dar aplicación al artículo 7º del C.P.P

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

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

En este punto, conviene aclarar que si bien el proceso penal es un instrumento creado por el Derecho para juzgar, no lo es necesariamente para condenar, pues también cumple su finalidad constitucional cuando se absuelve al sindicado, como quedó arriba expuesto, a quien en todo momento lo asiste la presunción de inocencia.

3. LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Pretende el actor se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación-, del daño ocasionado a los demandantes, por *defectuoso funcionamiento administración de Justicia y pérdida de oportunidad*, dentro del proceso penal No. 110016000721201400265 (NI 218074) que se adelantó contra el Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, por el delito de *Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado*, en concurso homogéneo y sucesivo, respecto del cual fue absuelto el 9 de noviembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., en estricta aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

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

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES

ME OPONGO a las pretensiones de la presente demanda, respecto de mi representada la Fiscalía General de la Nación, por las siguientes razones:

1-. -. **Inexistencia del daño antijurídico.** Cumplimiento de un deber legal. Ausencia de falla del servicio.

Como arriba se expuso, en el presente caso **NO** se demuestra el carácter “**injusto**” del *daño* reclamado en la demanda, por *defectuoso funcionamiento administración de Justicia y pérdida de oportunidad*, dentro del proceso penal No. 110016000721201400265 (NI 218074) que se adelantó contra el Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, por el delito de *Actos Sexuales Abusivos con Menor de Catorce (14) Años, Agravado*, en concurso homogéneo y sucesivo, respecto del cual fue absuelto el 9 de noviembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., en estricta aplicación del principio universal de *in dubio pro reo*.

Lo anterior, porque tratándose de los *derechos prevalentes* de los menores afectados con las conductas atentatorias contra el pudor y la libertad sexuales denunciados, según la **Sentencia C-177 de 2014**, el asunto en concreto merecía resolverse a la luz del principio “*pro infans*”, derivado de la Carta Política (**artículo 44**), el cual impone la obligación de aplicar las disposiciones del ordenamiento jurídico, en consonancia con la protección del *interés superior* del niño y la *medida de aseguramiento* consistente en *detención preventiva* en establecimiento carcelario era obligatoria, según las previsiones del **artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia)**.

En el caso de estudio, así lo dispuso el 24 de septiembre de 2014 el **Juzgado 13 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, D.C.**, luego, contrario a lo afirmado en la demanda, por lo tanto, se tiene que mi representada desde el inicio **SÍ** tuvo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho, sino más bien ajustados al ordenamiento jurídico vigente para la solicitud de imposición de la medida, y resultaría cuando menos injusto que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta con los mentados sustentos constitucionales y legales, arriba descritos.

En torno a la imposición de la medida de aseguramiento de *detención preventiva*, conviene señalar que la H. Corte Constitucional, en sentencia C-774 de 2001, ha explicado que la detención preventiva, la cual implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, con los

fines arriba indicados, como su nombre lo indica, constituye un acto jurisdiccional de naturaleza perentoria, preventiva y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley consagran.

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

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

Por lo tanto, conforme al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, correspondía al Señor Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado decretar la medida de aseguramiento, si de la información legalmente obtenida se podía inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva investigada, y se cumplía alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia. 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima. 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

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

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

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

"...el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria. (Subrayo y resalto)

Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión del patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados." (Subrayo y resalto)

"... una falta por parte del administrador de justicia que conlleve responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art.228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez". _"(Subrayo y resalto)

En igual sentido, referente al concepto daño antijurídico, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dentro del Expediente con radicación 73001-23-31-000-2002-01099-01 (30.079), en Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014, señaló al respecto:

"(...)

*El **daño antijurídico** comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) **aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable** i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)"* (Resalto y subrayo)

En el caso de estudio, **NO** demuestra el actor en los hechos de la demanda que frente a la *medida de aseguramiento de detención preventiva* impuesta, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos al Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**.

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

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

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

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

"(...)

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

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

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

De otro lado, en el presente caso se demuestra que del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA** fue absuelto el 9 de noviembre de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá, D.C., en estricta aplicación del principio universal de ***in dubio pro reo***.

Lo anterior, al desglosar el dicho de la menor afectada y de su madre, por considerar el ***a quem*** que surgían **dudas sustanciales** frente a la existencia del hecho delictivo, por lo que se imponía aplicar el principio universal de ***in dubio pro reo***.

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

Por lo tanto, fuera de los eventos contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una ***falla en la prestación del servicio***, lo cual, como arriba se expone, en el presente caso no está demostrado.

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

Al efecto, la H. CORTE CONSTITUCIONAL, mediante SENTENCIA SU-072/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, ha señalado que la responsabilidad del Estado, materia de ***privación de la libertad***,

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

no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (objetivo o subjetivo), dado que éste debe obedecer a las particularidades de cada caso, y que definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible, a partir de un título de imputación objetivo, cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio ***in dubio pro reo***-o, incluso en otros eventos, como por ejemplo, **cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva**, el Estado debe ser condenado de manera automática, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, ello transgrede el precedente constitucional, con efecto *erga omnes*, fijado en la sentencia **C-037 de 1996**, acerca del debido entendimiento en los casos de *privación injusta de la libertad* y, de paso, el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cual vulnera los derechos al **debido proceso y a la igualdad**, así como el principio de **sostenibilidad fiscal**.

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

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

En el anterior sentido, ya el Honorable Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la Sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó:

“(…)

“Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que, si bien acompañé la providencia mediante la cual se declaró la responsabilidad de la Rama Judicial por la privación de la libertad del señor John Carlos Peña Viscaya, por los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, de los cuales fue exonerado, por cuanto no los cometió, no comparto el criterio según el cual hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado no solo cuando la persona privada de la libertad es exonerada en el proceso penal porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no

constituía hecho punible, sino también cuando lo es en virtud del principio del indubio pro reo.

En mí sentir, los únicos supuestos que permiten inferir objetivamente que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, son los señalados por el derogado artículo 414 del C. de P.P., pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio. (Subrayo y resalto)

El legislador fue claro y enfático en establecer únicamente esos tres eventos como aquellos en los cuales la persona que sufre una detención preventiva y luego es exonerada de responsabilidad penal tiene derecho a ser indemnizada, sin entrar a hacer calificaciones o elucubraciones de índole alguna, salvo que dicha medida obedezca a una actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, evento en el cual hay lugar a exonerar de responsabilidad a la demandada. (Subrayo y resalto)

De hecho, pueden darse múltiples ejemplos de casos en los que la exoneración de responsabilidad penal se dé por razones distintas a las tres que la norma en cita consagra como generadoras de responsabilidad de la administración, como cuando opera una causal eximente de antijuricidad o de culpabilidad, o cuando la detención se produce por delitos cuya acción se encuentra prescrita, o por una conducta que la legislación haya dejado de considerar delictiva, o cuando la detención se produce en un proceso promovido de oficio frente a un delito que exija querrela de parte, o cuando la medida restrictiva de la libertad se produce sin fundamento legal o razonable o ésta resulta desproporcionada en consideración al delito de que se trate, casos en que la responsabilidad que obliga a indemnizar se resuelve bajo el título de falla en la prestación del servicio y ante los cuales no se ve razón válida alguna para dar un tratamiento diferente al del indubio pro reo. (Subrayo y resalto)

Como se sabe, a medida que transcurre el proceso penal la exigencia de la prueba sobre la responsabilidad en la comisión de un hecho punible es mayor, de modo que, para proferir una medida de aseguramiento de detención preventiva, basta que obre en contra de la persona sindicada del hecho punible un indicio grave de responsabilidad penal, pero dicha carga cobra mayor exigencia a la hora de proferir sentencia condenatoria, pues, al efecto, se requiere plena prueba de la responsabilidad; por consiguiente, puede llegar a ocurrir que estén reunidas las condiciones objetivas para resolver la situación jurídica del procesado con medida de aseguramiento de detención preventiva y que, finalmente, la prueba recaudada resulte insuficiente para establecer la responsabilidad definitiva, caso en el cual debe prevalecer la presunción de inocencia y, por ende, la decisión debe sujetarse al principio del in dubio pro reo, situación que no implica, por sí misma, que los elementos de juicio que permitieron decretar la medida de aseguramiento hayan sido desvirtuados en el proceso penal y que la privación de la libertad fuera injusta, desproporcionada o carente de fundamento legal. (Subrayo y resalto)

Efectivamente, unas son las circunstancias en las que a la decisión absolutoria se arriba como consecuencia de la ausencia total de pruebas en contra del sindicado, lo que afecta, sin duda, la legalidad de la orden de detención preventiva, pues no puede aceptarse de ninguna manera que la falta de actividad probatoria por parte del Estado la tengan que soportar las personas privadas de la libertad, cuando precisamente del cumplimiento a cabalidad de dicha función depende el buen éxito de la investigación; otras, en cambio, son las que tendrían lugar cuando, a pesar de haberse recaudado diligentemente la

*prueba necesaria para proferir medida de aseguramiento y, luego, resolución de acusación en contra del sindicado, existe duda para proferir sentencia condenatoria, evento en el cual, para que surja la responsabilidad del Estado, debe acreditarse que la privación de la libertad fue injusta, **pues si hay duda de la culpabilidad es porque también la hay de la inocencia** y, en este caso, a mi juicio, es claro que se deben soportar a cabalidad las consecuencias de la investigación penal, sin que esto se entienda, como pudiera pensarse, en que se parte, entonces, de la presunción de culpabilidad de la persona, pues de donde se parte es del hecho de que hubo elementos de juicio suficientes, válidos, no arbitrarios, ni errados, ni desproporcionados, ni contrarios a derecho y más bien ajustados al ordenamiento jurídico, para privarla de la libertad en forma, por ende, no injusta.*

Lo acabado de expresar cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por otra parte, que el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política obliga a la Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requieran para asegurar que el imputado comparezca al proceso penal, que es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva. (Subrayo y resalto)

A lo anterior se añade que resultaría cuando menos absurdo que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta, incluso, con el mencionado sustento constitucional. (Subrayo y resalto)

El artículo 414 del anterior Código de Procedimiento Penal establece, en su parte inicial, un título de imputación genérico para la indemnización por privación injusta de la libertad, caso en el cual el interesado en la indemnización debe acreditar lo injusto de la medida, por ejemplo, demostrando su falta de proporcionalidad, su arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la misma. A renglón seguido, la misma norma define o identifica unos casos en los que parte de la injusticia de la medida, con base en la absolución por uno de los supuestos señalados en la norma: el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no es un hecho punible. Siendo ello así, es claro, a mi juicio, que no puede otorgarse el mismo efecto a ambas partes de la norma, para derivar de ellas un derecho a la reparación, con base en la simple constatación de que no se dictó sentencia condenatoria en contra del procesado.

Así las cosas, la enumeración de unos casos determinados en que el legislador (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) califica a priori la detención preventiva como injusta significa que, en los demás supuestos, es decir, en los que se subsumen en la primera parte de la norma en cita, como cuando la absolución deviene como consecuencia de la aplicación del principio del indubio pro reo, para que surja la responsabilidad del Estado el demandante debe acreditar la injusticia, la falta de proporcionalidad, la arbitrariedad, la ilegalidad o lo errado de la medida de aseguramiento de detención preventiva, para lo cual no basta acreditar que no hubo condena en el proceso penal.

Así, por ejemplo, puede suceder que la duda se configure porque es la desidia o la ineficiencia del Estado lo que no permite desvirtuar la presunción de inocencia del encartado, como cuando aquél no asume con diligencia y seriedad la carga que le corresponde, en aras de establecer la responsabilidad del sindicado, caso en el cual es evidente que la privación de la libertad se torna injusta, ya que la medida restrictiva impuesta no cumple la finalidad para la cual fue diseñada y es entonces cuando emerge clara la responsabilidad del Estado, por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. (Subrayo y resalto)

Si se considera que en todos los casos en que la sentencia absolutoria o la providencia equivalente a la misma da derecho a indemnización en favor de la

persona que hubiera sido sindicada del delito y sometida a detención preventiva, sin que sea necesario establecer si la medida fue o no ilegal, desproporcionada, errada, arbitraria o, en fin, injusta, resulta necesario concluir que ningún efecto jurídico tiene el hecho de que la decisión absolutoria se produzca con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, o bien con un fundamento diferente.
(Subrayo y resalto).

2-. En el presente caso se presentan la “culpa de la víctima” como causal excluyente de la responsabilidad del Estado.

En el caso concreto, se establece Los hechos del proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, tuvieron su génesis en la denuncia instaurada el 21 de mayo de 2014 por la Señora **MARIELA CAMPO RIVERA**, manifestando que su hija LVCHC y su sobrino SRC, de 6 y 4 años de edad, respectivamente, ese año de manera repetida venían siendo abusados sexualmente, con tocamientos en sus partes íntimas, por parte del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, aprovechando las ocasiones en que salía de la casa su madre **LUZ MAYERLY ROCHA**, a quien ella había encomendado el cuidado de los menores, en las horas de la tarde, luego de recogerlos del colegio y, a eso de las 6 p.m., eran entregados a su hermana **YERLIS CAMPO RIVERA**, quien el día 18, ante el dicho de los niños, le transmitió lo ocurrido.

Así mismo, que por los anteriores hechos se cumplieron los requisitos que consagra el artículo 308 del C.P.P. para imponer la medida de aseguramiento al Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, ya que de los elementos materiales probatorios que presentó la Fiscalía para sustentar dicha petición (*Denuncia de la madre de la víctima, entrevista a la tía de la víctima, entrevista forense a la menor LBCC, entrevista al primo de la menor, registro del señor Plazas Rocha y su progenitora y acta de individualización al capturado*), se establecía que el presunto responsable de la conducta era el Señor “Fabian”, hijo de la Señora Mayerly, quien era a su vez la encargada de cuidar a la menor LBCC, cuando su madre tenía que trabajar.

En el presente caso se demuestra que la **absolución** del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA** se produjo, con base en el análisis y valoración de la pruebas testimoniales y pericial practicadas en el Juicio Oral, al concluir el *juzgador* que no existía prueba que permitiera derruir la *presunción de inocencia* que cobijaba al acusado, por lo que no se logró llevar al juez a la convicción, más allá de toda **duda** razonable, frente a la responsabilidad del mismo en la conducta delictual, por la cual fue llamado a Juicio. Sin embargo, si al final hubo duda sobre su culpabilidad, es porque también la hubo sobre su inocencia, pues, sin ejercitar los mecanismos legales que tuvo a su alcance, rehuyó el accionar de las autoridades y la medida de aseguramiento que le fue impuesta, por lo cual, en el presente caso, se encuentra el mismo en el deber de soportar las consecuencias del proceso penal seguido en su contra.

Sobre la “culpa de la víctima” como causante del “daño”, prevé el Artículo 70 de la ley 270 de 1996:

*“ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima **cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo**, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”* (Subrayo y resalto).

En torno a la exequibilidad de la norma en comento, la H. Corte Constitucional en la Sentencia de exequibilidad C-037-96 de 5 de febrero de 1996, consideró que:

*“Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. **Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual 'nadie puede sacar provecho de su propia culpa'**” (subrayo y resalto).*

En dicho sentido, el H. Consejo de Estado ha señalado que así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser el mismo indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones legales y legítimas de los particulares.

En efecto; referente al **daño antijurídico y el hecho de la víctima**, el H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, en Sentencia de 5 de diciembre 2.005, Radicación número: 41001- 23-31-000-1990-05732-01(12158), ha expresado que este debe reunir dos características básicas, específicamente:

*“(…). La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues **solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad.** Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta).*

*(...). La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que **solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.**”(Resaltado fuera de texto)*

Respecto del **juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima**, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado², ha señalado que:

"El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, "en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio"¹³. Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta (Subrayo y resalto), que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos(Subrayo y resalto).

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C.⁴, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exige a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente(Subrayo y resalto).

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que "los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos"¹⁵. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance."

Conforme a lo anterior, en el presente caso se observa que la privación de la libertad del Señor **NELSON FABIAN PLAZAS ROCHA**, aunque tuvo su causa material e inmediata en la actividad de la Administración de Justicia, a través de la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra, la misma fue propiciada por sus propios comportamientos, por fuera de los estándares de conducta que se imponen a los asociados, para la vida en comunidad; es decir, que fue su conducta la **"causa eficiente" o "adecuada"** del daño reclamado en la demanda, por el proceso penal seguido en su contra por el delito de Actos Sexuales Abusivos, lo cual constituye la **"culpa de la víctima, la cual impide el juicio de imputación o de responsabilidad del Estado.**

¹³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B; C. P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., Catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) -Radicado No.: 20001-23-31-000-2010-00235-01(42771)

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴ ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁵ Exp. 42.376, op.cit.

3-. Falta de legitimación en la causa por pasiva de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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

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

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

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

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

En el anterior sentido, recientemente el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, cuando al respecto expresó:

(...)

*A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal⁶ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento.** Subrayo y resalto)*

⁶ Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el anterior sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., mediante Sentencia de veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, al respecto expresó:

“
(...)

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

En efecto, la adopción y desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Penal Acusatorio, mediante el acto legislativo 3 del 19 de diciembre de 2002⁷ y la Ley 906 de 2004, implicó un replanteamiento de las facultades de la Fiscalía General de la Nación, al punto de relevarla de las que la habilitaban para "asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento⁸, competencias que fueron asignadas a los Jueces de Control de Garantías, de ahí que la actuación del ente acusador se limite a la presentación de la solicitud en virtud de la cual la autoridad judicial debe resolver sobre estos asuntos. Al respecto, el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política, prevé:

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

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

⁷ De conformidad con la Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005 de la Corte Constitucional M.P.

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

⁸ De conformidad con lo previsto, con anterioridad a su reforma, por el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política.

"1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal⁹, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

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

En concordancia con lo anterior, el artículo 297 de la Ley 906 de 2004 señala que para "la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivos razonablemente fundados", decisión que, de manera excepcional, podrá ser adoptada por la Fiscalía General de la Nación, en los términos previstos en el artículo 300 ejusdem¹⁰.(Subrayo y resalto)

A su vez, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal¹¹ establece que los jueces penales con funciones de control de garantías se encuentran facultados para resolver, **a petición del ente acusador o de la víctima, sobre la procedencia de las medidas de aseguramiento**. Subrayo y resalto)

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

⁹ Facultad ratificada por el legislador en el numeral 8 del artículo 114 de la Ley 906 de 2004, que señala que a la Fiscalía General de la Nación le corresponde "[solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas".

¹⁰ "ARTICULO 300. CAPTURA EXCEPCIONAL POR ORDEN DE LA FISCALÍA. El Fiscal General de la Nación o su delegado podrá proferir excepcionalmente orden de captura escrita y motivada en los eventos en los que proceda ja detención preventiva, cuando no se encuentre un juez que pueda ordenarla, siempre que existan elementos materiales probatorios, evidencia física o información que permitan inferir razonablemente que el indiciado es autor o partícipe de la conducta investigada, y concurra cualquiera de las siguientes causales:

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

"2. Probabilidad fundada de alterar los medios probatorios.

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

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

¹¹ Norma que para la época de ocurrencia de los hechos, esto es, sin las modificaciones introducidas por el artículo 59 de la Ley 1453 de 2011, señalaba:

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

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

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

verificar si se cumplen o no los presupuestos de procedencia establecidos en los artículos 297 y 308 de la Ley 906 de 2004. (Subrayo y resalto)

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

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

Así las cosas, sostengo la ausencia del **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y con el daño antijurídico reclamado en la demanda, pues en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero, **la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN ES SOLO UNA PARTE EN EL PROCESO** y, conforme al artículo 250 de la Constitución Política, cumple su funciones concentradas de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No puede, en cambio, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

El Señor Juez con funciones de Control de Garantías, por su parte, ejerce control de legalidad previo y posterior a las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual se apoya en reglas jurídicas que deben establecer no sólo la legalidad, sino además la proporcionalidad, la razonabilidad, y la necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas.

En consecuencia, le corresponde al señor Juez de Control de Garantías examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, son o no **LEGALES**; por otro aspecto, si son o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si son o no **NECESARIAS** para alcanzar los fines propuestos y, finalmente, si el objetivo perseguido con la intervención compensaba los sacrificios que la medida comporta para el procesado y la sociedad, en especial, las víctimas del delito investigado.

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

MEDIDA Y SU URGENCIA, LOS CUALES SE EVALÚAN EN AUDIENCIA, PERMITIENDO A LA DEFENSA EJERCER EL CONTRADICTORIO.

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

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

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

*(...) Sobre el particular, la Sala estima necesario precisar que si bien cada una de las entidades demandadas ostentan la representación de la Nación en casos en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por hechos imputables a la Administración de Justicia (inciso segundo del artículo 49 de la Ley 446 de 1998 y numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996), **lo cierto es que las decisiones que se discuten en el presente litigio y que habrían ocasionado el daño cuya indemnización se reclama, fueron proferidas por la Rama Judicial, razón por la cual una vez efectuado el recuento probatorio, se concretará si el aludido daño antijurídico reclamado se encuentra acreditado y, de estarlo, se establecerá si el mismo le resulta imputable a la Rama Judicial,** (la cual fue debidamente notificada y representada), de lo contrario habrá lugar a confirmar la decisión apelada.*

En efecto, con la expedición de la Ley 96 de 2004- Código de procedimiento Penal- el legislador articuló el proceso penal de tal manera que buscó fortalecer la función investigativa de la Fiscalía General de la Nación, como es instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar dentro de la acción penal, por lo que, suprimió del ente investigador- Fiscalía- la facultad jurisdiccional, la cual venía ejerciendo por disposición del antiguo código de procedimiento penal- ley 600 de 2000-.

*Así las cosas, a la luz de las nuevas disposiciones del procedimiento penal, la facultad jurisdiccional quedó en cabeza de la Rama Judicial, razón por la cual, **las decisiones que impliquen una privación de la libertad, son proferidas por las Jueces que tiene a sus cargo el conocimiento del proceso penal,** como en efecto ocurrió en este caso mediante el auto proferido el 18 de noviembre de 2005 por el Juez segundo Penal Municipal con Funciones de Garantías que decretó la medida de aseguramiento contra el actor*

***Así pues, en el sub examine las decisiones que llevaron a la privación de la libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz, si bien es cierto fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación, lo cierto es que dicho ente no tenía la potestad de decidir sobre la privación de la libertad del hoy actor,** cosa que sí le correspondía a la Rama judicial, por encontrarse dentro de sus funciones jurisdiccionales, razón por la cual, forzoso resulta concluir que en el presente asunto y, a la luz de las nuevas disposiciones penales, **no es posible endilgarle responsabilidad alguna a la Fiscalía General de la Nación, razón por la cual se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva** por la privación de la*

libertad del señor Carlos Julián Tuñón Gálviz” (negrilla cursiva y subrayado fuera de texto)

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

“(…)

....La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, está llamada a prosperar. Premisa que encuentra fundamento central en el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de emitirse la orden de captura y librar detención preventiva contra el señor HELBER PARDO PARDO, como quiera que al enlistar sus atribuciones, excluye la de proferir medida de aseguramiento y solo por excepción la de capturar, conforme decanto antes, y contrastada la realidad procesal del sub-lite, se tiene que la orden de captura del Señor ..., fue expedida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander, en cumplimiento de la cual, fue capturado por la policía judicial... y colocado a disposición del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cimitarra Santander con Funciones de control de Garantías, autoridad que legalizó la captura e impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro carcelario, que se prolongó hasta el 29 de mayo de 2012, fecha en la que se profiere sentencia absolutoria a favor del señor ...y se ordena su libertad inmediata. Ello es, estuvo privado de la libertad por orden del Juez de Control de Garantías, por lapso de 7 meses y cinco días.

De manera, que en el presente asunto se tendrán por acreditados los hechos constitutivos de la excepción de “Falta de Legitimación por pasiva”; prosperando por tanto el medio exceptivo alegado por la Fiscalía General de la Nación...”

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

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

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

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

El juez de control de garantías determinará, particularmente, la legalidad de las capturas en flagrancia, las realizadas por la Fiscalía de manera excepcional en los casos previstos por la ley, sin previa orden judicial y, en especial, tendrá la facultad de decidir sobre la imposición de las medidas de aseguramiento que demande la Fiscalía, cuando de los

elementos materiales probatorios o de la información obtenida a través de las pesquisas, aparezcan fundados motivos para inferir que la persona es autora o partícipe de la conducta que se indaga. (Subrayo y resalto).

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

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

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

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

Valga referir las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido señaladas en la Sentencia C-144 proferida el 3 de marzo de 2010, así:

“... 24. Un desarrollo más detallado de los ingredientes descriptivos del procedimiento penal se encuentra en la sentencia C-396 de 2007, en la cual se señaló:

“Ahora bien, de la interpretación teleológica y sistemática del Acto Legislativo número 3 de 2002 y de la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en sostener que dentro de las características claras del sistema penal acusatorio se encuentran, entre otras, las siguientes:

“i) **Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento** (subrayo y resalto). Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...).

“ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos (subrayo y resalto). Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego (...).

“iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7).

“iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público.

“v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada.

“vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso (subrayo y resalto)”.

25. Todos estos elementos han permitido señalar que el sistema procesal penal adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano recoge un modelo propio, singular, específico[25]. En efecto, lo que se ha concebido es un sistema mixto[26], pero esta vez, conforme al Acto legislativo No. 03 de 2002 y a su desarrollo normativo a partir de la Ley 906 de 2004, con tendencia acusatoria[27]. Un sistema en el que se procura la separación clara entre la etapa de investigación y la del juicio, la sujeción a ciertos principios de actuación que pretenden asegurar las mejores condiciones para que la decisión que se adopte sea a la vez respetuosa de los derechos fundamentales del inculpado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito (...).’’

Conforme a lo anterior, en el sistema penal oral acusatorio, el rol de la Fiscalía General de la Nación es limitado y sus funciones son sustancialmente distintas a las señaladas en la Ley 600 de 2000.

Así, bajo el esquema de la ley 906 de 2004, como lo he venido señalando a lo largo del presente escrito, la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal e investigar los hechos que tengan las características de una violación de la ley penal, puestos en su conocimiento y, en tal virtud, no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, excepto en los casos previstos en la ley para el principio de oportunidad.

Igualmente, con motivos fundados en los elementos materiales probatorios existentes o evidencia física, debe **solicitar** al Señor Juez con funciones de control de garantías la adopción de las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, la

conservación de las pruebas y la protección de la comunidad y, en este caso, en especial, de las víctimas.

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

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

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a su Señoría despachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

6. NOTIFICACIONES

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

Del Señor Juez,



JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA

C. C. 19.390.977 Bogotá

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

CONTACTO: CEL. 3112502983