

Doctor
ASDRUBAL CORREDOR VILLATE
Juez 38 Administrativo Oral de Bogotá D.C.
E. S. D.

ACCIÓN : REPARACIÓN DIRECTA.
ACTOR : OMAR FIGUEROA FONQUE y Otros.
EXPEDIENTE : 11001333603820190019100.
DEMANDADA : FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y otros.

Respetado doctor:

CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.901.561 de Bogotá, D.C., con Tarjeta Profesional No. 240.978 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 **OMAR FIGUEROA FONQUE** y Otros.

1) OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La presente se radica dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., efectuándose la notificación electrónica el 28/09/2020. Por lo que, el término de la norma ibidem fenece el 12/01/2021.

En consecuencia, se radica dentro de la debida oportunidad procesal.

2) A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

RESPECTO DE LOS HECHOS “1 a 3”: Referentes a la conformación del núcleo familiar del accionante y labor desempeñada por este, son situaciones que no le constan a mi representada y deben ser objeto de fijación del litigio.

RESPECTO DE LOS HECHOS “4 a 7”: Alusivos a la solicitud de orden de captura emitida por el Juez 46 Penal Municipal con funciones de control de garantías, imputación de cargos por el delito de **actos sexuales con menor de 14 años**, boleta de libertad del Juzgado 21 Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá en aplicación de una sentencia de la C.S.J., revocatoria de dicha decisión el 08/06/2016 por el Juez 27 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, y, finalmente, legalización de captiura del 21/06/2016 por el Juez 73 Penal Municipal con funciones de control de garantías, son hechos que mí representada tiene por ciertos.

RESPECTO DEL HECHO “8, 9 y 10”: Alusivos al sentido de la decisión absolutoria de 16/08/2017 por el Juez 15 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, declaratoria de desierto del recurso presentado por la Fiscalía y lectura de sentido del fallo, se tiene que son parcialmente ciertos.

Ello por cuanto solo le consta a mi representada que ese día se profirió esa decisión y se da una lectura de fallo más, sin embargo, las razones para arribar a es decisión, no se allegan con el traslado efectuado a mi representada, pudiendo darse el escenario de una absolución en aplicación del in dubio pro reo. Así mismo,

tampoco se allega constancia o providencia que de cuenta de la declaratoria de desierto del recurso; razón por la cual, estos hechos deben ser objeto de fijación de litigio.

RESPECTO DE LOS HECHOS “11, 12 y 13”: Alusivos a aplazamientos, testimonios de testigos, inocencia del accionante, persecución judicial y afectaciones de índole material e inmaterial de los demandantes; son hechos que no le constan a mi representada y que deben ser objeto de fijación de litigio.

Téngase en cuenta que las pruebas y EMP que son puestos de presentes por al Fiscal al Juez de Control de Garantías para imponer una medida provisional, en garantía y protección de unos derechos de un menor los cuales, no sobra decir, priman sobre los del imputado, no requieren un grado de convicción y certeza absoluta de responsabilidad pues en ese estadio la ley procesal penal y el código de infancia y adolescencia tienen unas reglas claras y expeditas para lograr una protección inminente de un menor que está en situación de vulnerabilidad e indefensión. Por ello, la certeza sobre la responsabilidad penal solo se evalúa una vez se agota el debate probatorio mas no en la etapa inicial y desarrollo de audiencias concentradas.

Sin embargo, debo resaltar que esa falencia probatoria benefició en últimas al hoy demandante sin que ello implique un reconocimiento de responsabilidad en cabeza del Estado o reconocimiento de las pretensiones de la demanda, pues efectivamente, ese hecho no implica DESVIRTUAR que la solicitud de imposición de la medida de aseguramiento impuesta por un Juez de Control de Garantías no haya cumplido con las exigencias legales para su solicitud.

Sobre ese punto de las falencias probatorias que benefician al procesado, indicó la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia proferida el 10 de agosto de 2015, dentro del proceso No. 45001233100020000183401 (30134), C. P. Jaime Orlando Santofimio, lo siguiente:

*“... cabe afirmar que las resoluciones con las que se definió la situación jurídica y se acusó a EDGAR RODRÍGUEZ CHARRY, al contrastarlas con la que revocó ésta última, que precluyó la investigación fundada en el principio del in dubio pro reo, **revelan que las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria afectan la decisión de preclusión de la investigación, sin que esto haya afectado las primeras, en especial la resolución que ordenó la medida de aseguramiento de detención preventiva, ya que como lo sostiene la sentencia de la Corte Constitucional C-106 de 1994 “una cosa es detener al individuo contra el cual existen indicios graves acerca de que puede ser responsable penalmente, para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta que, cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio con observancia de todas las garantías, reconocimiento y práctica del derecho de defensa, se llegue por el juez a la convicción de que en realidad existe esa responsabilidad penal”, de tal manera que se cumple con el fin de la restricción permitida convencional y constitucionalmente, que se corrobora con una actuación judicial surtida en todas sus instancias, pero que fue deficiente en el recaudo y valoración probatoria por la segunda instancia ante la que se interpuso el recurso contra la resolución de acusación. Finalmente, las deficiencias en el recaudo y valoración probatoria de la decisión que precluyó la investigación, no implica desvirtuar que la medida de aseguramiento impuesta cumplió con el valor convencional y constitucional de la justicia “como derecho que le es propio tanto a las víctimas de las conductas objeto de sanción penal, como a la sociedad en general, interesada en conservar el orden y la convivencia”.** (Resaltado en negrillas por fuera de texto original).*

RESPECTO DEL HECHO “14”: Alusivos al agotamiento del requisito de procedibilidad con la presentación de la solicitud de conciliación el 12/04/2019 y constancia del 26/06/2019, se tiene que son parcialmente ciertos.

Ello por cuanto con los traslados no se allega constancia de ejecutoria de la sentencia absolutoria por lo que, no es posible verificar que la presente demanda no este afectada por el fenómeno de la caducidad de la acción.

Por lo tanto, solicito a su señoría para que, en aplicación del numeral 6° del artículo 180 del CPACA se requiera al extremo activo o en su defecto al Juzgado 15 Penal del Circuito para que allegue esa documental.

3) LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Manifiesto mi oposición a todas las pretensiones de la demanda, y de una vez solicito a su señoría, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar, comoquiera que de la lectura de la demanda y de sus anexos, se evidencia que la parte demandante pretende el resarcimiento de daños que en su sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación por la privación de la libertad de **OMAR FIGUEROA FONQUE**, sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo como EXCEPCIONES PREVIAS, DE MÉRITO y FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO.

Adicionalmente, téngase en cuenta que en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues siendo una obligación del Estado, procurar la convivencia y coexistencia pacífica de sus asociados, una de las herramientas que tiene el Estado para asegurar esa coexistencia, es la posibilidad de investigar, conductas, asegurar a sus presuntos responsables, en el caso de que la que se investiga en ese momento, sea considerada como delito, hasta tanto o exista certeza de su comisión; por lo cual **al ser la detención preventiva una eventual carga a soportar, no hay lugar a reconocimiento de perjuicio alguno.**

En lo que concierne a la solicitud de condena por perjuicios materiales e inmateriales, debe indicarse que los mismos están por fuera de toda realidad, y de manera desproporcionada e injustificada desbordan los parámetros señalados por la jurisprudencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, especialmente los fijados a partir de la Sentencia de Unificación del 28 de Agosto de 2013, cuando para el efecto, no se otorga en la demanda una explicación que dé cuenta de la generación de esos perjuicios, ni siquiera para el directo afectado con la privación de la libertad, mucho menos, una prueba pertinente y conducente que conduzca a determinarlos lo que traduce, en un desconocimiento flagrante del principio general del derecho de daños que predica, que el mentado, no es fuente de enriquecimiento.

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:

A. **EXCEPCIONES DE MERITO Y ARGUMENTOS DE DEFENSA PARA DECIDIRSE EN SENTENCIA**

I. **INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO**

Según lo prescribe el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de sus agentes, bien sea bajo los criterios de falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y su imputación, desde el ámbito fáctico y jurídico.

Referente al daño antijurídico, como presupuesto para declarar Responsabilidad del Estado, derivado de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal-, en vigencia de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

En este sentido, de manera general, ha señalado el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que se aplica el régimen objetivo de responsabilidad, y se impone su declaración, en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor cuando, en el proceso que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad, se determine que i) el hecho no existió, ii) el Sindicado no lo cometió y/o iii) la conducta es atípica.

Adicionalmente, la Jurisprudencia de la H. Corporación ha ampliado dicha posibilidad, esto es, que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva, en aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño, aunque el mismo se derive de la aplicación del principio universal ***in dubio pro reo***, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa, correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que si el imputado no resulta condenado, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios.

En el presente caso, se afirma que la absolución de **OMAR FIGUEROA FONQUE**, por el punible de **ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS**, se dio producto de la imposibilidad de desvirtuarse la presunción de inocencia exaltándose, que la duda prevaleció pese al despliegue investigativo que se realizó. Situación que, por sustracción de materia, no daba otro camino distinto al de adoptar una decisión absolutoria si, pero no por plena inocencia como lo pretende hacer ver el extremo activo.

Ahora bien, adelantado el trámite procesal penal una vez mí representa recibe la denuncia por esos tipos penales, correspondía al Señor Juez de Control de Garantías impartir la legalidad del procedimiento e imponer la media restrictiva de la libertad y al Juez con funciones de Conocimiento de Bogotá, con base en el análisis y la valoración de las pruebas practicadas en el proceso, proferir sentencia condenatoria, absolutoria y/o de Preclusión en favor del acusado, en aplicación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual prevé que “... el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena, así como del artículo 381 de la Ley 906 ibídem, que determina, que **para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.** (Subrayo)

Sin embargo, enfatizo que la anterior circunstancia no torna *per se* en ilegales, arbitrarias o injustas las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación en fase instructiva. Debo resaltar que la vinculación al proceso se dio por denuncia que instaurara **la madre del menor – BERENICE FIGUEROA FONQUE**, por el punible de **acto sexual abusivo con menor de 14 años, producto de los hechos denunciados el 18/03/2016 por esa ciudadana que daban cuenta lo relatado por su hija y que alertó a su esposo y su núcleo familiar sobre posibles abusos sexuales por el hoy accionante.**

En la denuncia, se relataron los hechos así:

“(...)

Relato de los hechos:

PREGUNTADO manifieste de forma cronológica en modo tiempo y lugar como sucedieron los hechos a denunciar, al tomar contacto con la denunciante manifiesta lo siguiente CONTESTO; la semana pasada el día 18 de marzo del 2016, en horas de la mañana Salí de mi casa hacer una diligencia, cuando regrese entre 04:00 o 05:00 de la tarde, mi esposo JORGE ENRRIQUE REINA VELAZQUE me dijo que tenía una mala noticia para contarme, me fui para la cocina con él y allí él me dice que siendo más o menos las 02:00 pm de este mismo día, salió a fumar un cigarrito a la entrada de la casa y dejó a mi nieta DAIRA MICHEL REINA FIGUEROA, quedo en la parte de arriba en el segundo piso en mi habitación viendo televisión, cuando mi esposo se encontraba en la entrada mi nieta bajo a buscarlo y entonces se quedó con mi esposo en la entrada de casa cuando paso un gato de la calle y a la niña le dio pesar del gato y entro a la casa a llevarle una coquita con agua, ella para sacar el agua fue al lavadero de la casa el cual está ubicado en la parte de atrás del primer piso y este es compartido con toda la vivienda, cuando la niña fue al lavadero y estaba sacando agua, el tío de ella ósea mi hermano OMAR FIGUEROA esta allí en el lavadero y aprovechando que estaban los dos solos la abrazo de frente y comenzó a darle picos muy morbosos y le comenzó a preguntarle que si sabía besar a lo cual mi nieta le respondió que no sabía y la niña le dijo que no sabía y que le iba a contar todo a nosotros, luego de eso la niña como pudo se soltó de los brazos de él, cuando ella se soltó quedó de espaldas a él y en ese momento es estira los brazos y le pasa sus manos a la niña por los pechos y luego baja las manos rápido y le toca su cola, la niña sale corriendo muy asustada y llego a donde estaba mi esposo y le dijo muy asustada papito papito subamos rápido que me paso algo y tengo que contarle algo que me paso y mi esposo al ver a la niña tan asustada subió a mi habitación y allí la niña le conto todo, luego por la tarde cuando yo llegue a la casa mi esposo me contó lo sucedido, cuando mi esposo escucho esto se fue para la habitación de él hacerle el reclamo y este no estaba en la habitación porque ya se había ido de la casa, ya al otro día salió normal de su habitación y se sentó en las escaleras que dan acceso a mi habitación la niña lo vio y se asustó mucho y me dijo mamita, mamita hay esta OMAR, yo Salí a las escaleras y le hice el reclamos a OMAR pero él no me respondió nada, luego se regresó a la habitación de él y durante estos días siempre sale y nos trata mal diciéndonos malas palabras, hasta el día de ayer logre ir a la comisaria de familia de ciudad bolívar y de allí me mandaron para la uri a colocar la denuncia y por eso solo hasta el día de hoy pude lograr interponer la denuncia; PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si estos hechos que denuncia ya habían pasado en otra ocasión; CONTESTADO; no señor, nunca; PREGUNTADO; manifieste al este despacho que tipo de parentesco tiene usted con el presunto agresor; CONTESTADO; el es mi hermano se llama OMAR FIGUEROA FONTE y la cedula de él es 80.361.466 de Bogotá tiene 54 años de edad; PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si el presunto agresor vive bajo el mismo lugar de residencia con el indiciado; CONTESTADO él vive en la casa porque la casa es una herencia que nos dejaron mis padre quienes ya fallecieron y nosotros vivimos en esa casa desde hace 13 años, mi nieta vive con nosotros porque la mama quien es mi hija me la dejo a mi cuidado porque cuando estaba con ella la niña se estaba enfermado mucho. PREGUNTADO;. Manifieste al despacho donde está ubicada su residencia & CONTESTADO la casa esta ubicada en la CRA 19B BIS N° 60-35 SUR barrio acacia parte baja de la localidad de ciudad bolívar. PREGUNTADO;. Manifieste al despacho que personas viven en la residencia antes mencionada; CONTESTADO vivimos mi hermana ONELIA y su esposo y viven en la

casa con su hija angélica de 24 años y su hija ANGELICA vive con su esposo, ellos viven en el segundo piso de la casa, en la parte de bajo a la entrada vive OMAR mi hermano con su conyugue, en el primer piso también vive JAVIER mi hijo mayor con su esposa y dos hijas de nombres Alejandra de 09 años y Camila de 03 años, en el primer piso en la habitación siguiente vive mi otro hermano LEONARDO GARCIA y en la parte de atrás del segundo piso vivo yo mi esposo, JORGE mi hijo menor, mi suegra la niña mi Sabrina, en mi apartamento o lugar de residencia hay dos habitaciones y en una de ella dormimos mi esposo, yo y la niña y en la otra duerme mi suegra con mi hijo…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho en total cuantas personas viven en la residencia …CONTESTADO vivimos en la casa 15 personas y en mi habitación o apartamento vivimos 05 personas incluyendo a mi sobrina quien nos llama papito y mamita…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho cuales lugares de la casa son áreas comunes de libre acceso para todos…CONTESTADO el único lugar común que todos pueden entrar es el lavadero y la entrada principal de la casa, pero OMAR es el único que no puede entrar por la puerta principal porque no tiene llaves, el entra por la puerta de el independiente y al seguir al interior tiene salida a parte de adentro donde nosotros vivimos.…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho qué relación tiene su nieta con el presunto agresor…CONTESTADO mi hija quien es la madre de la niña es la sobrita de OMAR, pero creo que la niña no tiene ninguna afinidad con OMAR.…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho para el momento en que ocurrieron los hechos quienes se encontraban en la residencia …CONTESTADO NO SEÑOR todos estaban trabajando y estudiando, los únicos que estaban en ese momento en mi casa era mi esposo JORGE, mi nieta DAIRA y OMAR quien toco a mi la niña cuando estaba en el patio, en la casa no habían más personas, solo estaban ellos tres…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho si existe algún testigo de los hechos…CONTESTADO el único testigo sería mi esposo, quien fue la primera persona a la que mi nieta le conto.…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho que le dijo su nieta cuando usted tomo contacto con ella…CONTESTADO cuando yo tome contacto con ella, me abrazo y llorando me dijo que el tío la había tocado y me narro exactamente los mismo que me dijo mi esposo.. …PREGUNTADO…. Manifieste al despacho que partes del cuerpo presunto indiciado le toco a su sobrina…CONTESTADO ella me dijo que el había tocado los pechos bajando la mano y le paso las manos por la cadera y las nalga…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho si estos tocamientos fueron realizados por encima o por debajo de la ropa…CONTESTADO según lo que dijo la niña fueron por encima de la ropa.…PREGUNTADO…. Manifieste al despacho si los hechos ocurrieron el día 18 de marzo, porque motivo solos hasta el día de hoy 23 de marzo usted pone en conocimiento estos hechos …CONTESTADO no había venido porque yo pregunte a nos vecinos que me dijeron que en la fiscalía no trabajaban los fines de semana ni los festivos por ese motivo el día de ayer fui a la comisaria de donde me mandaron para aca a la uri. PREGUNTADO… manifieste a este despacho las características físicas y morfológicas del señor CARLOS…CONTESTADO… el de estatura 1.70 de tés trigüeño, ojos de color negro, cabello negro corto, contextura física delgado y tiene aproximadamente 54 años …PREGUNTADO… manifieste a este despacho a donde se puede ubicar al señor OMAR en caso que la fiscalía lo requiera…CONTESTADO… el actualmente esta vivienda en mi casa o en la casa que nos dejaron mis padre de herencia…PREGUNTADO…la menor victima vive actualmente en la misma residencia con el agresor …CONTESTADO… si señor ella vive con nosotros en el segundo piso al fondo y OMAR vive en el primer piso de la vivienda…PREGUNTADO…manifieste a este despacho si sabe a qué se dedica este señor OMAR…CONTESTADO… EL ES PLOMERO y Hace trabajos por temporadas con empresa, pero actualmente creo que nos esta trabajando…PREGUNTADO…manifieste a este despacho si el señor OMAR

amenazo a su nieta para que no dijera nada;CONTESTADO;el solo le dijo a la menor que no fuera a contar nada que el le iba a enseñar a besar;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si la menor refiere algún tipo de beso en la boca por el presunto agresor;CONTESTADO ella solo me dijo que le dio picos en el cuello y que con los labios le aprisionaba el cuello como si la estuviera mordiendo pero solo con los labios.;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si usted observo alguna marca extraña en si nieta cuando ella le conto lo sucedido;CONTESTADO no señor tenía normal el cuello.;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si estos hechos han ocurrido alguna vez con algún otro miembro de su familia;CONTESTADO SI SEÑOR, la verdad mi hermana ONELIA FIGUEROA quien para la fecha tiene 44 años y actualmente vive en mi casa por la herencia de mis papas, ella un día me conto que OMAR la había violado cuando ella era una adolescente, ella me dijo que no quería que nadie se enterar de esto porque sus hijos ya eran mayores y que no quería que esto se supiera, ella me dijo que no quería ser entrevistada por nadie y que no quería denunciar a estos hechos porque esto ya había pasado hace mucho tiempo, ella también me conto que ella sentía mucho odio y rencor por OMAR porque el se le tiro la vida, incluso me dijo que un día pensó en echarle veneno a la comida de el de la rabia que le tiene, pero luego pensó bien las cosas y decidió dejar todo así. ;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si estos hechos con su hermana actualmente se están presentando o hasta que edad se presentaron estos hechos;CONTESTADO yo no creo que este pasando eso, pero si creo que sucedido durante toda la juventud de mi hermana, porque eso a ella la dejo muy marcada.;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho hace cuanto se enteró usted de lo sucedido con su hermana ;CONTESTADO hace como un mes en una discusión familiar, ella exploto y nos conto toda la verdad de lo que había pasado con OMAR. ;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho que parentesco tiene el señor OMAR con su hermana;CONTESTADO ellos son hermanos, mejor dicho somos hermanos.;PREGUNTADO;. Manifieste al despacho si su hermana hizo algún otro comentario con relación al abuso;CONTESTADO no señor solamente dijo que ella cuando le paso eso pensó en la prostitución y que nunca le había contado a nadie porque tenía miedo .PREGUNTADO;manifieste a este despacho a este despacho si tiene algo más que agregar o corregir a la presente diligencia;CONTESTADO;Si, quiero dejar constancia de que el señor OMAR es una persona muy problemática y conflictiva y por eso nadie va a la casa a hacer ningún arreglo y todos en el sector le tiene miedo, y también quiero dejar constancia que el día domingo en la madrugada llego borracho a la casa a tratamos mal a todos, buscando a mi hermano Guillermo para matarlo o para que lo matara llevando en la mano un cuchillo en lo cual se vieron afectados físicamente mi hijo WILSON JAVIER y JORGE OCTAVIA quien sufrió una puñalada en el brazo por parte de OMAR, esto cuando trataban de calmarlo, tengo miedo porque esta persona es muy peligrosa y tal vez nos pueda llegar hacer algo o ha mi nieta, ya en la comisaria nos van a dar la medida de protección, este señor incluso en vida le pegaba a mi madre y ella le tenía mucho miedo.No siendo otro el motivo de la presente diligencia se da por termina una vez leída y aprobada por los he en ella intervinieron.”

Téngase en cuenta, que tratándose de delitos sexuales con menores de 14 años, **el numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2009 – Código de Infancia y Adolescencia, de manera expresa prohíbe otorgar al autor de delitos contra menores y adolescentes medidas no privativas de la libertad, precisamente, por la gravedad que reviste para la sociedad ese tipo de conductas.** Por lo tanto, no tenía una opción diferente el Fiscal de cara a dicha normatividad, de solicitar la imposición de la medida de aseguramiento.

En este orden, debe resaltarse que la actuación de la Fiscalía siempre estuvo orientada en el respecto del **PRINCIPIO PRO INFANSE**¹ que impone la obligación de actuar en pro de la protección de los menores.

En relación con este principio el Consejo de Estado, señaló:

“En ese orden, el interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans deben sopesarse frente a otras garantías de los intervinientes, dando prelación a los primeros, dada su preponderancia constitucional y el estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos atroces (...)8.2.2. Como se indicó con antelación, cuando normativamente exista un eventual conflicto entre los derechos y garantías de un menor de edad, frente a las de un adulto, hermenéuticamente, atendiendo el interés superior del niño y el principio pro infans, deberá darse prelación a la protección y salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes dada su situación de debilidad manifiesta”².

Por lo tanto, esa Corporación precisó que las autoridades demandadas tienen la obligación de valorar estos aspectos en los procesos de investigación y judicialización que adelantan por delitos sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos:

“En el caso sub judice se incumplió el deber de establecer mecanismos judiciales necesarios, propicios y adecuados para asegurar que la niña objeto de violencia tenga acceso efectivo a una investigación, resarcimiento, reparación del daño³, si hubiera lugar a ello. Los menores tienen un derecho reforzado a la protección de su dignidad humana y al acceso a la administración de justicia, es decir, el Estado les debe garantizar los derechos fundamentales a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Recuérdese que la falta de investigación en casos de violencia sexual contribuye a la impunidad y fomenta la reproducción de la violencia”⁴.

El principio *pro infans* ha sido valorado por el Consejo de Estado en los casos de privación injusta de la libertad que tienen como fundamento investigaciones penales por delitos sexuales contra menores de edad y ha contribuido a proferir decisiones de absolución a favor del Estado, como se advierte en el siguiente caso:

- ✓ En la sentencia del 30 de marzo de 2017⁵, el Consejo de Estado absolvió de responsabilidad a la Nación por considerar que se estructuraba el hecho de la víctima, para lo cual resultó fundamental la aplicación del principio *pro infans*, que en este caso ante la duda sobre la veracidad de los

¹ Siendo así, es claro el dolo del actor contra una menor de edad, respecto de la que existen los inexcusables deberes de i) proteger sus derechos y hacerlos prevalecer sobre los de los demás, para lo cual deben tenerse en cuenta, entre otros, el principio *pro infans* que le imponía la obligación de actuar en pro de la protección de su interés superior y la prohibición de suministrarle bebidas embriagantes que el ordenamiento impone como medida para proteger su integridad –art. 44 constitucional–; ii) considerar su situación de vulnerabilidad e indefensión y iii) no someterla a discriminaciones odiosas en razón del género –artículos 13 y 43 constitucionales–, en especial, abstenerse de actuar prevalecido en estereotipos, así en el medio social y cultural reciban aprobación. Lo anterior acorde con el artículo 21 del Código del Menor, vigente para la época de los hechos.”

² *Ibidem*.

³ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Artículo 7.G.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 1º de agosto de 2016, radicado con el número 20001233100200800263-01, Consejo Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2017. Exp. No. 2008-00317-01 C.P. Danilo Rojas Betancourt).

testimonios de los menores y las declaraciones del presuntos agresor, esa Corporación consideró que debía prevalecer la versión de los primeros que además estaba soportada en los informes de psiquiatría forense⁶.

En concreto, esa Corporación Judicial consideró lo siguiente en dicha providencia: *“Esos principios, aplicados al caso concreto, conducen a la Sala a concluir que debe preferirse la versión proveniente de la menor, debidamente mediada por el psiquiatra forense, sobre la que hace el sindicado, teniendo en cuenta que ellos dos son los únicos testigos presenciales del hecho”*⁷.

Ahora bien, aun cuando el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que el modelo de responsabilidad aplicable es objetivo, se observa que en los procesos de privación de la libertad que involucran una investigación penal por violencia sexual sufrida por menores, para esa Corporación ha sido necesario estudiar la actuación desplegada por la Entidad y las pruebas técnicas que allegó al proceso penal para efectos de estructurar causales exonerativas de responsabilidad como la culpa exclusiva de la víctima. Veamos el siguiente caso:

- En la sentencia del 14 de diciembre de 2016, en la que se puso fin al trámite de segunda instancia del proceso de reparación directa radicado 2008-00305-01(42615), el Consejo de Estado tuvo en cuenta la declaración de la menor víctima y la existencia de pruebas médicas en las cuales se determinó que efectivamente la menor había sido accedida. Estos aspectos analizados en conjunto facilitaron que esa Corporación Judicial advirtiera la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad del Estado consistente en la culpa exclusiva de la víctima.

Así lo precisó esa Corporación Judicial en los siguientes términos: ***“Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de las pruebas, XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar”***.

Finalmente, y no menos importante, el Consejo de Estado ha venido implementando el concepto del dolo civil de la víctima-demandante como causa de exoneración de la responsabilidad administrativa en los asuntos de privación injusta de la libertad que tienen como fundamento investigaciones penales por delitos sexuales contra mujeres y niñas.

Por otro lado, de acuerdo con la sentencia de Casación Penal, N° 32.685 de 2011, con ponencia del Dr. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO, al referirse a los extremos de la figura de la *congruencia* y el evento en que esta se desestabiliza cuando se condena. Si bien el monopolio de la acción penal por mandato constitucional le corresponde al Estado por conducto de la Fiscalía General de la Nación, a través de sus funciones de investigación y acusación –Arts. 249 y ss. C.N-, subrayo y resalto ***“...ello no implica***

⁶ Puntualmente, el Consejo de Estado precisó lo siguiente: “Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estadio la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferior, conforme al relato más consistente del menor, que XXXXX quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño. Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de las pruebas, XXXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

⁷ *Ibíd.*

que en la etapa de juzgamiento cuando el funcionario Delegado del ente instructor asume la calidad de sujeto procesal deba mantener inmodificable su inicial posición de acusador, si en su opinión finalmente colige que el procesado no cometió la conducta punible que se le atribuye, o que el hecho que se le imputa no es constitutivo de delito, es decir, si estima que el presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena no se halla satisfecho.

En igual sentido, señaló que “...***la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación 28.961 del 29 de julio de 2008, con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez, expuso que si la pretensión del Fiscal emanada en la formulación de acusación decae luego de practicadas las pruebas en juicio oral, no le queda más al juzgador que emitir un fallo de carácter absolutorio al presentarse una carencia jurídica de objeto.*** (Subrayo y resalto)

Por lo tanto en el presente caso, la absolución se fundamentó en la falta del presupuesto de certeza que la ley exige para proferir un fallo de condena, reitero, la anterior circunstancia, no torna de manera automática en ilegales las actuaciones de mi representada, tampoco apunta que las mismas fueron arbitrarias, caprichosas o injustas.

Por el contrario, si las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se ajustaron al marco de la normatividad vigente al momento de la ocurrencia de los ellos, resultan infundadas las críticas de las actuaciones de mi representada, contenidas en la presente demanda, pues, es claro, que el *daño antijurídico* reclamado, entendido como aquel que el administrado no está en el deber de soportar, bajo el título de imputación *privación injusta de la libertad*, es inexistente, pues debe analizarse a la luz de los criterios contenidos de la **Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996**, donde se prescribe que:

(...)

"...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.

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."

"... 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 dicho sentido, el Honorable Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la referida 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.

***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 in dubio 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)

En este sentido dejo expuesta mi aclaración de voto en torno a un criterio que en la sentencia no es relevante, toda vez que, en el sub júdece, la parte actora no tenía que demostrar la ilicitud de la detención preventiva que afectó al señor John Carlos Peña Viscaya, ya que la justicia penal lo exoneró de responsabilidad, por cuanto no cometió los delitos imputados.”

En el caso de estudio, **NO** se encuentra demostrado que hubo falencias en la actividad probatoria, **TAMPOCO** explica el demandante el concepto del incumplimiento o cumplimiento parcial del ordenamiento legal establecido, tampoco las normas aplicables para el caso concreto, o de lo que, en su criterio, debió ser un adecuado ejercicio de las funciones atribuidas a la Fiscalía General de la Nación en el proceso adelantado contra **OMAR FIGUEROA FONQUE**; en suma, **no se demuestra que la privación de su libertad, en razón DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO QUE LE FUE IMPUESTA POR EL JUEZ DE GARANTÍAS, NO FUE APROPIADA, NI RAZONADA, NI CONFORME A LOS PROCEDIMIENTOS LEGALES ESTABLECIDOS.**

En efecto, no está probado con la documental aportada por el actor con la demanda, que hubo falta o *fallas del servicio de administración de justicia*, por falencias en la actividad probatoria durante la investigación, **TAMPOCO explica el demandante concepto de violación o trasgresión de las normas aplicables, o el incumplimiento de las obligaciones a cargo de mi representada.**

Por otro aspecto, referente al concepto de *imputación*, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270/96- Capítulo VI del Título III), reguló lo relacionado con la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:

- Error jurisdiccional (art. 67)
- Privación injusta de la libertad (art. 68).
- Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69).

En el caso concreto, no se demuestra alguno de los anteriores presupuestos para atribuir responsabilidad administrativa en cabeza de mi representada, en primer término, referente al *error jurisdiccional* y la *privación injusta de la libertad*, porque en el sistema penal oral acusatorio que regula la Ley 906 de 2004, de manera

general, la Fiscalía General de la Nación no tiene facultad jurisdiccional y, por tanto, reitero, carece de facultad dispositiva acerca de la libertad de las personas.

Así mismo, en torno al concepto daño antijurídico, en la Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014 por 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), se señaló lo siguiente:

(...)

*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)*

Así las cosas, puede concluirse que en este caso no se configuran los elementos de un DAÑO ANTIJURÍDICO en lo respecta con la investigación adelantada por mi representada, pues el proceso penal es una carga pública que se atribuye a todos los asociados como un deber jurídico de soportar. Esta situación se fundamente en las apreciaciones del H. Consejo de Estado en sentencias de:

- Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C; C.P. Dr. **GUILLERMO SANCHEZ LUQUE**, del 26/09/2016, Rad.: **08001-23-31-000-2009-00305-01(43848)**, Pues es una carga pública que tiene el deber de soportar, así:

"Así las cosas, como la orden de captura fue ordenada por una autoridad competente, se ajustó a los presupuestos previstos en la ley, la sindicada fue escuchado en indagatoria y se resolvió su situación jurídica en el sentido de no imponer medida de aseguramiento, el daño alegado en la demanda por la privación que sufrió Licette Elena Acevedo no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que ésta estaba en el deber jurídico de soportar."

- Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 26/04/2017, C.P. **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**, expediente **73001-23-31-000-2008-00655-01(41326)**, donde indicó:

*"La Sala observa de la interpretación de la demanda que los actores alegan como un segundo daño antijurídico, el haber tenido que soportar el proceso penal adelantado en contra [los señores] (...) como presuntos coautores de los delitos de fraude procesal en concurso con falso testimonio. En este sentido, **la Sala recuerda que la carga de asumir un proceso penal por sí sola no constituye un daño antijurídico, por el contrario es sabido que esta es una carga pública que deben asumir todos los ciudadanos colombianos, salvo en aquellos casos en que de este hecho se deriven daños***

significativos que ameriten una indemnización por parte del Estado y no configuren meras molestias bagatelares. Al respecto, la Sala resalta que de la lectura de los hechos narrados en la demanda y los medios probatorios que obran en el plenario, esto es, las providencias anteriormente mencionadas y los interrogatorios de parte realizados a [los señores] no demuestran que la carga procesal de haber asumido el proceso penal adelantado en su contra les haya acarreado a los demandantes un daño significativo, más allá de la mera molestia, que merezca una indemnización por parte de las entidades demandadas.” (Resaltado y negrilla fuera del texto)

Conforme a lo anterior, en el caso de estudio **NO** se demuestra que 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 a **OMAR FIGUEROA FONQUE**.

En cambio, atendidas las circunstancias procesales que rodearon los hechos y ante la naturaleza de los hechos punibles investigados, **se debe apreciar que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, y en el caso, en la prevalencia de los derechos de una menor de edad.**

Por lo tanto, en el presente caso, referente al daño reclamado, considero que NO hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor **OMAR FIGUEROA FONQUE** más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.

II. AUSENCIA DEL NEXO CAUSAL ENTRE LAS ACTUACIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO RECLAMADO EN LA DEMANDA

Conforme al artículo 308 de la Ley 906 de 2004, corresponde al Señor Juez de Control de Garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 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.

Según el artículo 287 *ibidem*, por su parte, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN cumple su función de formular la imputación fáctica y, así mismo, de ser procedente, en los términos de este código, se resalta, **puede** solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

Por lo tanto, referente al daño antijurídico reclamado en la presente demanda, faltan los requisitos de **INMEDIATEZ Y EFICIENCIA** de las actuaciones de mi representada porque, como arriba se expuso, la potestad de postular o solicitar la imposición de la medida de aseguramiento es **limitada**, pues no es una facultad **exclusiva** de la Fiscalía General de la Nación, tampoco es **suficiente** para determinar su imposición por el Juez de Control de Garantías, como autoridad judicial, quien siempre decide de manera autónoma e independiente, de acuerdo con las exigencias y fines legales arriba descritos.

Luego, es claro que en el proceso penal adelantado en contra de **OMAR FIGUEROA FONQUE**, objeto del presente medio de control de reparación directa, correspondió al Señor Juez con funciones de Control de Garantías impartir **legalidad** a las actuaciones de mi representada y, adicionalmente, con base en los elementos materiales probatorios o evidencias físicas existentes, **verificar y decidir**, él mismo, el

cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales exigidos para imponer a los imputados medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Por lo tanto, las decisiones judiciales en referencia **NO** pueden objetivamente ser atribuidas a mi representada, pues, en el actual Sistema Penal Oral Acusatorio, de tipo adversarial, reitero que 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, querrela 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, decide al momento de impartir legalidad 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 el caso descrito en la presente demanda, correspondió entonces al **JUEZ CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS** examinar si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales de **OMAR FIGUEROA FONQUE**, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, eran o no **LEGALES**; por otro aspecto, si eran o no **PROPORCIONALES** o adecuadas para contribuir a la obtención fines constitucionalmente legítimos, si eran 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.

Luego, de acuerdo con la ley sustancial (Ley 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.**

Valga señalar las características del procedimiento penal acusatorio, las cuales han sido reiteradas 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 inculcado o acusado y de los derechos de las víctimas, así como garante del deber constitucional de perseguir y punir el delito (...).

Según se aprecia, dentro del procedimiento penal oral acusatorio, de tipo adversarial, 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, en especial, de las víctimas.

Sin embargo, reitero, **su facultad de postulación NO ES VINCULANTE para el Juez**, quien decide siempre, de manera neutral, autónoma e independiente.

Por lo tanto, es el Juez de Control de Garantías, la autoridad judicial de quien se debe pregonar la **reserva judicial** para restringir el fundamental derecho.

Por lo tanto, **NO se establece el NEXO CAUSAL de las actuaciones de mi representada, con el daño antijurídico reclamado en la demanda.**

Sobre la relación causal entre las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación y la medida privativa de la libertad de las personas, cabe resaltar que el H. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, Sala de Decisión No. 12 de Descongestión, en fallo del 15 de mayo de 2015, Acción: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA, Radicación N°150012331003-2012-00164-00, Actor: Rosa Helena Monroy de Mayorga y Otros, Demandado: Nación - Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, expresó:

“(…)

Ahora bien, en lo que atañe a la autoridad llamada a responder por el daño, o al sujeto a quién le es imputable mismo, esta colegiatura acudirá al análisis ya efectuado en un caso de similares contornos resuelto por parte de este Tribunal Administrativo de Descongestión, en donde se indicó frente a la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva", propuesta por la Rama Judicial, exceptiva que también fue propuesta en este proceso, con el argumento de que la Fiscalía de conocimiento fue la que ordenó la detención del señor ..., y que por ende es ésta quien debe responder por los perjuicios morales y materiales causados con ocasión de la medida de aseguramiento de la que fue objeto, siendo entonces la única entidad que debe estar vinculada en la presente acción.

Pues bien, de la lectura de las pruebas allegadas al plenario, se pudo determinar que, contrario a lo señalado por el apoderado si es posible endilgarle responsabilidad a la Rama Judicial, pues de la providencia proferida el 23 de marzo de 2006 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, se pudo determinar que allí se procedió a legalizar la captura de los señores ...imputándoles el delito de Hurto Agravado, siendo en la misma audiencia impuesta la referida medida de aseguramiento y legalizada la incautación de 3 mordazas de cobre electrolítico y un vehículo....

De lo que claramente se colige que quien profirió la medida de aseguramiento al señor..., fue el Juzgado Promiscuo Municipal de Tuta, con Función de Control de Garantías, es decir, que fue ésta (Rama Judicial) por intermedio de dicho Despacho Judicial quien decidió privar de la libertad al demandante, por lo tanto la legitimación en la causa por pasiva es evidente pues dicha actuación es determinante en los daños irrogados a los actores con la privación de la libertad del citado señor.

La Fiscalía General de la Nación, por su parte dirige sus alegatos de conclusión a indicar que conforme al 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 mas no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a esta entidad para que quede eximida de responsabilidad frente a una detención injusta, argumento que acoge la Sala pues en efecto, en este caso no está llamada a responder la Fiscalía por la condena que se imponga en la presente sentencia, pues acorde con lo expuesto en párrafos precedentes, esta Entidad no fue la encargada de adoptar la medida privativa de la libertad.

Aunado a lo anterior, debe decirse que **desde la perspectiva de la imputación y la relación causal, de conformidad con el procedimiento penal acusatorio implementado desde la reforma del artículo 250 constitucional y la Ley 906 de 2004, la fuente del daño alegado se deriva estrictamente de las decisiones adoptadas por los jueces de la República** (resalto y subrayo)

Si bien es cierto que la Nación puede ser representada y comprometida en procesos de responsabilidad, tanto por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, como por el Fiscal General de la Nación, ya que cuentan con autonomía administrativa y presupuestal propia. Sin embargo, en criterio de la Sala, en este caso corresponderá a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial responder por las decisiones adoptadas por sus funcionarios (Juez Promiscuo Municipal de Tuta), con el propósito de restringir la libertad del señor Oscar Iván Mayorga.

Cabe afirmar, que si bien, en casos de responsabilidad estatal derivada de la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha procedido a dividir la proporción que las entidades deben aportar para la reparación, bajo el entendido que la obligación es divisible²⁰, sin que ello desdibuje la naturaleza solidaria de la obligación, cuya virtud es la de poder exigir todo el cumplimiento de la obligación a uno o a todos los deudores, en este caso las teorías esbozadas frente a dicha proporcionalidad no son aplicables en el caso concreto, pues desde la implementación del sistema acusatorio, sustrajo las facultades de disposición con las que contaba la Fiscalía General de la Nación y las fijó todas en cabeza del juez penal.

En criterio de la Sala, como la medida restrictiva, se dio en el sub lite, en virtud del proceso penal implementado por la Ley 906 de 2004 (Sistema Penal Acusatorio), es preciso que la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial responda por el cien por ciento (100%) de la condena impuesta.

Debe tenerse presente que la Fiscalía, como representante del Estado, es la titular de la acción penal y que tiene la función constitucional y legal de acusar y demostrar la culpabilidad del presunto infractor de la ley penal, de manera que es válido aceptar que el proceso penal depende de su diligencia.

No obstante, lo anterior, los poderes del Fiscal no son de índole dispositiva, sino que se reducen, simplemente a solicitar al respectivo juez, la toma de las diferentes decisiones que se derivan de la actuación penal, así lo establece el artículo 66 de la ley 906 de 2004, cuando establece que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y sus funciones se encuentran desarrolladas en los artículos 114 y 116 íbidem, las cuales le imponen el deber, no solo de adelantar la investigación, sino también de formular las diferentes imputaciones y acusaciones a que hayan lugar, de igual manera podrá solicitar las diferentes medidas restrictivas de la libertad, sin que el juez esté facultado para adoptar medidas de forma oficiosa. (subrayo y resalto).

En concordancia con lo anterior, el mismo Código de Procedimiento Penal, prevé en sus artículos 306 y siguientes, los requisitos que rigen la captura y la solicitud de la medida de aseguramiento, que si bien no puede ordenar el Juez, motu proprio, sí corresponden a sus facultades dispositivas, por lo cual es el único funcionario autorizado para adoptar medidas o tomar decisiones en Las cuales se restringe la libertad de los individuos (subrayo y resalto).

(...)

De acuerdo a lo anterior, se debe concluir indefectiblemente que los Jueces de la República son los únicos facultados constitucional y legalmente para la imposición de medidas restrictivas de la libertad en el sistema penal implementado por la Ley 906 de 2004 (subrayo y resalto), razón por la cual, si bien es cierto, no hay lugar a declarar probada la excepción propuesta por la Fiscalía en cuanto a la falta de legitimación, conforme a los criterios expuestos en precedencia, deberá indicarse en la parte resolutive que la Nación - Fiscalía General de la Nación, no es responsable de los prejuicios derivados de la privación injusta del señor Oscar Iván Mayorga y, en consecuencia, se condenará a la Nación - Rama Judicial -, al pago de la indemnización...

En conclusión se dirá, que el juez de control de garantías es el competente para pronunciarse sobre las condiciones fácticas y jurídicas que sustentan la solicitud del Fiscal, y determinar si tal solicitud resulta razonable, adecuada necesaria y proporcional y en caso de que así sea, autorizar la medida de aseguramiento como lo establece el artículo 250 de la Constitución (subrayo y resalto)..."

La anterior posición, como arriba se expresó, ha sido acogida 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.

III. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Con base en la Sentencia del 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, cuyos apartes fueron arriba transcritos, referente a la presente demanda se debe reconocer que **la Fiscalía General de la Nación no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, dado que estos, por las razones expuestas, no le son imputables.**

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 participe 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 el anterior aspecto, 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).

El H. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, en la sentencia proferida el seis (6) de febrero de 2013 Magistrado Ponente Dra. Carmen Amparo Ponce Delgado, Referencia: Reparación Directa; Radicación: 19001230000120100008200; Demandante: Marcia Milagros Valencia Landa y Otros; Demandado: Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, sobre la legitimación en la causa por pasiva, al respecto expresó:

“(…)

7. La legitimación en la causa

(…)

7.2 Por pasiva:

Según se advirtió en acápites anteriores, está probado en el expediente que **la imposición de la medida de aseguramiento respecto de la demandante Marcia Milagros Valencia Landa corrió por cuenta de la decisión adoptada en audiencia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Suarez Cauca con funciones de control de garantías** (resalto). Ninguna duda hay entonces de que el proceso penal se tramitó en vigencia del actual sistema penal acusatorio, esto es la Ley 906 de 2.004.

Al punto, debe reiterarse que en este nuevo sistema a la Fiscalía General de la Nación y sus delegadas les corresponde detectar, proteger e identificar los elementos físicos de las evidencias y conseguir información general sobre un hecho delictivo o en general diseñar el programa metodológico de la investigación con el propósito de inferir que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga y proceder a formular una imputación ante el juez de control de garantías (art. 286). En ese momento, la Fiscalía debe describir al imputado, dar su nombre y/o número de identificación y condiciones civiles como profesión, estado civil, nombre de los padres, ciudad donde es oriundo y demás, para identificarlo plenamente. Así mismo, relatar claramente los hechos y solicitar la medida de aseguramiento que le corresponde imponer al juez de control de garantías, como lo señala el artículo 306 de la Ley 906 de 2.004.

Posteriormente, 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 2.004-; 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** (resalto).

Por lo tanto, el Fiscal dirige, coordina, controla y ejerce verificación técnico científica 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 2.004, las decisiones que impliquen la privación de la libertad de una persona, únicamente corresponde adoptarlas a los jueces en 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. (Resalto)

Es preciso advertir, que a pesar de no tener la Fiscalía General de la Nación, bajo el nuevo Código de Procedimiento Penal, la facultad de decidir sobre la restricción de la libertad de una persona implicada en un proceso penal, ésta entidad puede en el ejercicio de la facultad excepcional antes referida (art. 300 C.P.P.), o en el ejercicio de sus funciones como ente instructor, encaminar la decisión que pueda adoptar el juez en relación con la privación de la libertad de un sindicado, y por tal, eventualmente, puede incluso llevar o inducir a error al juez, hipótesis en la cual cabría el análisis de corresponsabilidad; por ello siempre será necesario verificar en cada caso a quién le resulta atribuible el daño alegado.

(...)

*Pues bien, en el caso bajo estudio el proceso penal iniciado en contra de la actora se adelantó en vigencia de la Ley 906 de 2.004, por lo que precisamente en la audiencia preliminar celebrada el 30 de marzo de 2.008 (fl. 313 ss c.pbas), **la legalización de la captura y la imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, la realizó el Juez Promiscuo Municipal de Suarez(C) con funciones de control de garantía, previa solicitud del Fiscal correspondiente; es decir, que la decisión relacionada con la privación de la libertad, es privativa del funcionario judicial, lo cual nos lleva a concluir que la responsabilidad sobre la restricción de la libertad finalmente estuvo en cabeza de la Nación- Rama Judicial- Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial**(resalto); además, la lectura del proceso penal no permite colegir que en la determinación de la procedencia e imposición de la medida de aseguramiento, la Fiscalía hubiera podido inducir en error al Juez.*

Por tanto, en el presente asunto se negarán las pretensiones respecto de la Fiscalía General de la Nación. (...)

Los anteriores planteamientos fueron acogidos por el H. CONSEJO DE ESTADO en 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)

Del anterior texto se extrae 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.**

Cumple pues la FISCALIA GENERAL DE LA NACION su obligación constitucional y legal de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

En seguimiento de lo anterior, igualmente cumple sus funciones de solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

Por lo tanto, 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.

IV. EXISTENCIA DE VARIOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO QUE REFIEREN A QUE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN NO ES LA LLAMADA A RESPONDER EN ASUNTOS DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD:

Valga finalmente recordar que en el anterior sentido, la Jurisprudencia del H. CONSEJO DE ESTADO ha sido reiterada en casos similares, al señalar que la Fiscalía General de la Nación, NO es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, así:

1. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 18 de abril de 2016, exp. 40217, C.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA,
2. Sentencia proferida el veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), por el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, dentro de la Radicación número: 63001-23-31-000-2009-00025-01(41573), Actor: PEDRO PABLO PALACIO MOLINA Y OTROS, Demandado: NACIÓN -

- RAMA JUDICIAL Y OTROS, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)
3. Sentencia proferida por el Consejo de Estado (SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A de fecha 30 de junio del año 2016 dentro del proceso de reparación directa propuesto por FABIAN AUGUSTO CHICA Y OTROS contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN RAMA JUDICIAL Y RAD: 63001233100020090002201(41604) M.P. Dra. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ, en la que señaló:
 4. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42476, C.P. MARTA NUBIA VELASQUEZ.
 5. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 14 de julio de 2016, exp. 42555, C.P. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.
 6. Sentencia del Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Sentencia del 21 de julio de 2016, exp. 41608, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
 7. 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.

Incluso, 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, ha considerado:

“(…)

*...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...”

V. PRESENCIA DE UN EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD

PRIMERO: SE SOLICITA SE ESTUDIE EL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE UN TERCERO ASÍ:

Se solicita a su señoría contemple para decidir de fondo la presente causa, que:

- (i) En el proceso penal, no se realizó cuestionamiento alguno sobre la ilegalidad de los EMP tenidos como base para solicitar la medida de aseguramiento.
- (ii) Que, la actividad probatoria y su progresividad no es la causa eficiente del daño pues precisamente, en eso consiste el debate probatorio que en caso contó con la entrevista de los menores.
- (iii) Que tal y como lo refiere el propio extremo activo en el hecho 11: “(...) el mismo I.C.B.F., en pruebas psicológicas que le practicaron a la supuesta víctima, se pudo verificar por concepto de las pruebas que la niña estaba coaccionada para acusar a dicho señor.”

En este orden, debe indicarse que, contrastando el presente caso con una situación similar y que fue conocida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, subsección A, fallo del 28/11/2016, C.P.: Dr. Juan Carlos Garzón Martínez, Expediente 2013-0508 donde se indicó:

“3.7. No discute la sala, que quien recauda las pruebas, solicita y decide las medidas restrictivas de la libertad, en efecto, tanto la Fiscalía General de la Nación como el respectivo Juez de Control de Garantías, no obstante en el caso concreto es claro que la causa determinante de dicha restricción, fue el relato expuesto por la presunta víctima ante la Comisaría de Familia de Nilo y no la propia actividad judicial, pues contrario a lo afirmado por la parte recurrente se observa que la demás evidencia física y probatoria, hacia inferir razonablemente la posible comisión del delito como la afectación de los derechos de la menor y daban los presupuestos para solicitar y proferir la medida de aseguramiento.”

3.8. Es así, que del recaudo de la investigación realizada por la Fiscalía General de la Nación, se hubiera dado una valoración equivocada a las manifestaciones de abuso de la menor, como tampoco por parte del Juez de Control de Garantías, pues se reitera fue el relato por ella expuesto, como las valoraciones psicológicas a ella realizadas, las que advertían que la menor era posible víctima de abuso sexual, máxime cuando coincidían las versiones rendidas ante el Comisario de Familia de Nilo, la Psicóloga de la misma Comisaría, los Galenos que realizaron la valoración física, aunado al antecedente dado por el DAS, que refirió que el señor JAIRO ANTONIO VALENCIA JURADO, le figuraba una sentencia condenatoria de 26 meses de prisión por el delito de Acceso Carnal (fl.2 c.7. Pruebas)

3.9. Se considera entonces, que no le asiste razón, al apoderado de la parte actora en referir que en el proceso las pruebas aportadas por la fiscalía en nada comprometían al demandante (...) y que se produjo un actuar injusto y arbitrario en el actuar de la justicia, pues como se ha transcrito, **el testimonio de la menor** si fue acompañado de otras pruebas lo cual al ser valorado en su conjunto podían inferir la posible autoría en la comisión del ilícito.

(...)

3.12. Se observa entonces que no existe prueba alguna que demuestre que la orden de captura y la medida de aseguramiento, no haya sido legalmente impuesta y que se haya desconocido su **presunción de inocencia**, habida cuenta que **en las investigaciones**

penales referentes a hechos que posiblemente constituyen delitos contra la libertad y formación sexual de los menores, los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre dicho derecho y en el caso concreto fue la conducta de la menor, se reitera la que incidió en la restricción de la libertad impuesta al demandante, tal como lo advirtió el a quo al señalar que obedeció a la existencia de indicios graves de responsabilidad que se dedujeron del señalamiento hecho por la víctima, y si bien existió retractación, no puede entrar a responder el Estado cuando la incidencia de esta medida no se tornó arbitraria ni injusta.

3.13. Así las cosas, las pruebas allegadas a la actuación penal por sí solas tenían la aptitud para generar la restricción de la garantía fundamental a la libertad del señor Jairo Antonio Valencia Jurado.

3.14. En gracia de discusión, se tuviera por acreditada una falla de las entidades demandadas en atención a la falta de valoración de material probatorio y valoración de la denuncia, así como de la retractación de la misma por parte de la menor, y que conllevó a la restricción de la libertad, téngase en cuenta que esta falencia, no fue la causa de la restricción de la libertad, pues como se refirió para el momento en que se solicitó la orden de captura, se pidió la medida de aseguramiento y se impuso la misma, las pruebas permitían inferir que podía ser autor del delito, acreditando los presupuestos señalados en el artículo 306 y ss de la Ley 906 de 2004 y fue la denuncia la causa exclusiva y determinante de la restricción de la libertad, por lo tanto ante la existencia de un eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, también serían negadas las pretensiones.”

Por lo anterior, es claro que la única causa eficiente y directa del daño deprecado por el accionante es el comportamiento de la madre denunciante y los señalamientos del menor hacia este; utilizando el aparato judicial como una forma de retaliación señalando contundentemente al accionante; situación que, originó el daño deprecado por el hoy demandante y no la propia actuación lícita de las entidades demandadas, que como se indicó, no podía el Fiscal dejar de investigar una conducta punible denunciada y aplicar la norma especial del Código de Infancia y Adolescencia **numeral 8 del artículo 199 de la Ley 1098 de 2009**.

VI. GENÉRICA

Propongo como excepción la genérica, con base en las previsiones contenidas en el inciso 2° del Art. 187 del CPACA, las que se desprendan de los hechos, de las pruebas y las normas legales pertinentes. Por lo que, una vez se agote el debate probatorio referiré nuevamente a la caducidad del medio de control y eximentes de responsabilidad diferentes al planteado en la contestación.

5) PRUEBAS

Las que se aportan:

1. Copia de los múltiples registros SPOA donde se relaciona al hoy accionante en la investigación por actos sexuales con menor de 14 años objeto de esta Litis, y otras en las que es denunciado por injuria, daño en bien ajeno e inasistencia alimentaria.
2. Petición efectuada al RUAF – Registro Único de Afiliados del Ministerio de Salud y Protección Social para que informe las cotizaciones que registran al Sistema de Salud, Pensiones y Riesgos Laborales de abril, mayo y junio de 2016.

Las que se solicitan:

1. Interrogatorio de parte: Con base en las previsiones del artículo 198 del CGP sírvase su señoría decretar el interrogatorio de OMAR FIGUEROA FONQUE para interrógale verbalmente o en formulario sellado, sobre los hechos y pretensiones de la presente demanda.
2. Solo en caso de no recibir respuesta de las peticiones efectuadas, sírvase su señoría oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social para que atiendan lo peticionado.

OBJECCIÓN A LA DOCUMENTAL APORTADA POR EL EXTREMO ACTIVO:

Referente a la "constancia" expedida por Antonio José Sánchez Zambrano con base en las previsiones del artículo 272 del C.G.P., manifiesto a su señoría que desconozco dicho documento por falsedad ideológica al no intervenir en su elaboración ningún funcionario adscrito a la entidad que represento.

El motivo de la tacha se funda en la ausencia en los traslados de los documentos que sirvieron como base para su elaboración por lo que, en concordancia con las previsiones del artículo 235 ibidem y del 220 del CPACA, se plantea la objeción error grave de esa constancia de Dictámenes Periciales Especializados, por lo que, solicito la comparecencia a juicio del ciudadano que elaboró dicho documento.

6) PETICIÓN

Principal: Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a su Señoría despachar negativamente las pretensiones de la presente demanda, en favor de la Nación - Fiscalía General de la Nación debido a que el daño predicado por la parte activa no tiene la connotación de ser antijurídico y por lo mismo no es indemnizable. En todo caso se condene en costas y agencias en derecho al extremo activo.

7) ANEXOS

Anexo poder para actuar, y anexos de este.

8) NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Piso 3 del Edificio C, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo solicito a este Despacho se sirva tener los correos electrónicos jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co y carlos.ramosq@fiscalia.gov.co.

Con la más alta deferencia,



CARLOS ALBERTO RAMOS GARZÓN
Cc N° 80.901.561 de Bogotá
Tp N° 240.978 del C. S. de la J.