

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

ACCIÓN : REPARACION DIRECTA
ACTOR : JORGE AVENDAÑO y Otros
EXPEDIENTE : 110013336038-2019-00038-00
DEMANDADA : FISCALÍA GENERAL DE LA NACION y Otra

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

1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 23 de abril de 2021, mediante correo electrónico.

2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

- **NO ME CONSTAN** los hechos **2.1** a **2.9** de la demanda, sobre las circunstancias por las cuales, se refiere en ellos, el Señor **JORGE AVENDAÑO** resultó involucrado en el proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, como presunto auspiciador o colaborador del grupo guerrillero de las FARC; por lo tanto, respecto de estos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

- **CONFORME** a los hechos **2.10** a **2.15** de la demanda, los cuales encuentran sustento en la copia de los documentos anexos a la misma, particularmente, de la resolución proferida el 9 de noviembre de 2009 por la *Fiscalía 304 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Destacada ante el D.A.S.* y del auto proferido el 27 de junio de 2017 por el *Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, D.C.*, en el presente caso se establece que:

1-. Los hechos del proceso penal No. 110013104049 2016-0260 (sumario 68448), el cual se adelantó contra el Señor **JORGE AVENDAÑO** y Otros, por el delito de **Rebelión**, tuvieron su génesis en las labores adelantadas con funcionarios de policía judicial, adscritos al Área de Investigación Especializada del D.A.S., cuyos resultados fueron plasmados en el Informe final DAS.DGO.SIES.GPJU.GIE. No. 325951-133, mediante el cual se dan conocer los audios recopilados de actividades ilícitas desarrolladas por milicianos e integrantes, distinguidos por alias, del Frente 45 de las FARC, liderada por REINEL GUZMAN FLOREZ, alias Rafael Gutiérrez, dedicadas a la extorsión, secuestro, tráfico de material bélico y otras actividades ilícitas en los departamentos de Arauca, Santanderes, Boyacá y Casanare.

2-. Por los anteriores hechos se dispuso la vinculación de veintinueve (29) personas, entre ellas el Señor **JORGE AVENDAÑO** a quien, escuchado en diligencia indagatoria, el 9 de noviembre de 2009 la *Fiscalía 304 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Destacada ante el D.A.S.* de Bogotá, D.C. le definió su *situación jurídica*, profiriendo en su *contra medida de aseguramiento de detención preventiva*, sustituida por **detención domiciliaria**, por las conductas punibles de **Concierto para Delinquir**, en concurso con **Rebelión**.

Lo anterior, con fundamento en los artículos 356 y 357 de la Ley 600 de 2000, entre varios aspectos, por considerar el instructor que si bien los defensores de los procesados, de manera general deprecaron al Despacho el abstenerse de proferir medida de aseguramiento y, algunos, en subsidio, la sustitución de la medida de detención preventiva por la domiciliaria, alegando que la participación de sus prohijados con los grupos guerrilleros se debió a la presión ejercida por los cabecillas de los frentes 45 y 38 de las FARC, lo cual encuadraría en la causal eximente de responsabilidad denominada *insuperable coacción ajena* (num. 8º., art.32 Ley 599 de 2000), dicha situación no se evidenciaba, dado que en los audios recopilados de las interceptaciones de llamadas dispuestas, a lo largo de la instrucción, no se percibía indicio alguno de medio de presión por los subversivos con los investigados y, si por el contrario, en las conversaciones era clara y evidente la familiaridad y receptividad entre las personas que en ellas intervenían. Por otra parte, en torno a las aducidas presiones o amenazas, no encontraba el despacho que los encartados hubieran solicitado la ayuda a entidades del Gobierno -FONDELIBERTAD -para activar los mecanismos de protección y colaboración, tampoco instaurado las respectivas denuncias.

En cambio, con base en las pruebas allegadas, se encontraba demostrado que los investigados, entre ellos el Señor JORGE AVENDAÑO, con el alias de JORGE, formaban parte activa de la organización subversiva FARC, como integrantes activos de las milicias de la red de apoyo logístico y financiero de los frentes 38 y 45 de las FARC, cumpliendo tareas relacionadas con aporte de información a los cabecillas, recolección de dineros producto de las extorsiones, entrega de material logístico, etc., resaltando que en los audios obtenidos de las interceptaciones ordenadas se daba cuenta de las actividades ilícitas por cada una de los involucrados desarrollada.

En el particular caso del Señor JORGE AVENDAÑO, en la citada providencia se enunciaron, describieron, transcribieron y consignaron los diversos contactos que éste mantuvo con integrantes de las FARC, pues, en los audios de sus comunicaciones, obtenidas de los celulares utilizados por alias "ROGELIO", cabecilla de finanzas del frente 38, se escuchaba, en lenguaje cifrado, que aportaba dinero sin ninguna presión a dicha organización, lo cual demostraba su clara participación a dicho grupo terrorista, lo cual fue corroborado en su diligencia *injurada*, al manifestar haber tenido contacto con integrantes de los grupos armados ilegales, aunque en la ampliación arguyó que todo era por la presión para el pago de extorsiones, pero no daba realmente una explicación sobre el lenguaje cifrado que él mismo utilizaba, cuya exposición se caía de su peso, pues se demostraba de manera clara su grado de colaboración libre y espontánea con el grupo subversivo.

En torno a la medida de aseguramiento de detención preventiva que le fue impuesta, no se demuestra que el Señor JORGE AVENDAÑO o su defensor hubieran formulado objeciones, tampoco ejercitado los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que la misma fue *legal* y se mantuvieron *incólume* durante todo el proceso; luego, no le es dable predicar al actor, ahora, sin fundamento, que la privación de la libertad de su mandante fue injusta.

3-. El Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá. D.C., mediante auto proferido el 27 de junio de 2017, avocó el conocimiento de las diligencias y resolvió declarar *prescrita* la acción penal adelantada por el delito de *Rebelión* y, por ende, *Cesar Procedimiento* a favor del Señor JORGE AVENDAÑO y otros.

Lo anterior, tras discurrir que, ejecutoriada la *resolución de acusación* el 15 de febrero de 2011, se dio lugar a la posterior etapa del Juicio, adelantada inicialmente por el desaparecido Juzgado 31 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento (Rad.2012-0374) y, luego, también por los extintos *Juzgados 31 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento, el Juzgado 1º. Penal del Circuito de Descongestión, el Juzgado 16 Penal del Circuito Adjunto de Descongestión* (Rad.2012-0677) y el *Juzgado 2º. Penal del Circuito de Descongestión* (Rad.2014-0260).

Así mismo, atendiendo que se trataban de acontecimientos ocurridos en el año 2006, de conformidad con lo normado en los artículos 82, 83 y 86 de la Ley 599 de 2000, al verificar que el 15 de Octubre de 2010 la Fiscalía Quinta Especializada de la Unidad Nacional contra el Terrorismo profirió **resolución de acusación** en contra del Señor JORGE AVENDAÑO y otros, como presuntos coautores del delito de *Rebelión*, tipificado en el artículo 467 de la Ley 599 de 200, decisión la cual fue *confirmada* en segunda instancia y cobró **ejecutoria** el 15 de febrero de 2011, por lo cual, desde entonces, habiendo transcurrido mas de cinco (5) años, el término deducido se cumplió el 15 de febrero de 2016 y, en tono con el artículo 39 del C.P.P., precluyó (sic) la oportunidad para la continuación del Juicio, por haber **prescrito** la acción penal.

- **NO ME CONSTAN** los hechos **2.16 a 2.21** de la demanda sobre las condiciones personales, laborales y económicas del Señor JORGE AVENDAÑO, tampoco sus relaciones afectivas y los perjuicios materiales e inmateriales que arguye el actor le fueron ocasionados a los demandantes con ocasión del proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa; por lo tanto, sobre estos aspectos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor con la demanda.

- **ME OPONGO** a los hechos **2.22 y 2.23** de la demanda, sobre la incapacidad de la administración judicial (sic) de juzgar oportunamente al Señor JORGE AVENDAÑO en el citado proceso y de cercenarle su derecho a demostrar su inocencia.

Lo anterior, según se aprecia, porque las circunstancias procesales que conllevaron el acaecimiento del fenómeno prescriptivo de la acción penal, fueron ajenas o externas a las actuaciones de mi representada, por lo cual las mismas no son atribuibles a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, dado que se establece que desde el 15 de Octubre de 2010 la Fiscalía Quinta Especializada de la Unidad Nacional contra el Terrorismo profirió **resolución de acusación** en contra del Señor JORGE AVENDAÑO y otros, como presuntos coautores del delito de *Rebelión*, tipificado en el artículo 467 de la Ley 599 de 200, decisión la cual fue *confirmada* en segunda instancia y cobró **ejecutoria** el 15 de febrero de 2011.

En cambio, en el presente caso se establece plenamente que, según lo dispuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, **CUMPLIÓ** mi representada a cabalidad su labor de investigar las conductas que le fueron puestas en conocimiento, las cuales revestían características de delito, al igual que adoptó las medidas necesarias para lograr la comparecencia del procesado al proceso, el aseguramiento de las prueba y la protección de la comunidad; así mismo, estando dentro de los términos legales establecidos (artículo 329 del C.P.P.), adelantó la instrucción y calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación contra el Señor JORGE AVENDAÑO y los otros presuntos responsables del delito de *Rebelión*, ante la autoridad judicial competente, sin que le sea dable al demandante, por este aspecto, ahora cuestionar o poner en duda sus actuaciones.

3. LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Se declare a la – LA NACION -FISCALIA GENERAL DE LA NACION-RAMA JUDICIAL- administrativa y patrimonialmente responsables del **daño antijurídico** ocasionado a los demandantes, por **privación injusta de la libertad** del Señor **JORGE AVENDAÑO**, entre el 14 de diciembre de 2009 y el 9 de septiembre de 2011, dentro del proceso penal No. 110013104049 2016-0260 (sumario 68448) que se adelantó en su contra y otros, por el delito de **Rebelión**, respecto del cual el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de junio de 2017 ordenó la CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO, por el delito de *Rebelión*, por haber acaecido el fenómeno de la **prescripción** de la acción penal.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita el actor se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios, en la demanda descritos.

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

1- Inexistencia del daño antijurídico.

ME OPONGO a las pretensiones de la demanda, respecto de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, **PORQUE** en el presente caso, como arriba lo expongo, es establece que mi representada actuó en estricto ***cumplimiento de un deber legal***, en torno a la imposición de la medida de aseguramiento impuesta al Señor **JORGE AVENDAÑO**, por el delito de *Rebelión*, con fundamento en los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000.

No se establece que, frente a la anterior medida, el indagado o su defensor objetaran la anterior medida y, por el contrario, se tiene que esta fue **LEGAL** y se mantuvo **INCÓLUME** durante todo el proceso.

Según se aprecia, la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política no es absoluta, porque es viable su restricción en los casos y con las formalidades previstas en el ordenamiento legal, como en los mecanismos de la *captura* y la *medida de aseguramiento de detención preventiva*, los cuales, vale la pena señalar, solo ha sido instituidos para lograr la comparecencia del procesado, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad.

Su carácter provisional no se confunde con la responsabilidad penal, pues solo implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso e impedir las labores que emprenda para entorpecer la actividad probatoria o la continuación de su actividad delictiva.

Por lo tanto, la misma no quebranta en sí misma la presunción de inocencia y su carácter precario no permite confundirla ni comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal, pues, la persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia, pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones previamente contempladas en la ley para mantenerla privada de su libertad mientras se adelante el proceso.

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

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

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

"... una falta por parte del administrador de justicia que conlleve responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de

que al juez, por mandato de la Carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art.228 C.P.). **Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez".** (Subrayo y resalto)

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

"(...)

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

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

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

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

Por el contrario, atendidas las circunstancias que rodearon los hechos, al igual que las personales del Señor **JORGE AVENDAÑO**, se demuestra que en el proceso penal adelantado **SÍ** contaba mi representada con las pruebas necesarias, para la vinculación e imposición de la medida de aseguramiento en su contra, por el delito de Rebelión, con fundamento en los artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000.

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

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

"(...)

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

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

Desde la anterior óptica la aducida privación de la libertad del Señor JORGE AVENDAÑO, en razón de la medida de aseguramiento que le fue impuesta no fue injusta y, en consecuencia, no le es dable al actor predicar que hubo error judicial, falta o falla en las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN dentro del proceso penal que se adelantó contra, pues no explica el alcance o el concepto de violación de las normas que, en su sentir, son atribuibles a mi representada.

Por el contrario, en el presente caso se establece que la **cesación de procedimiento** en favor del Señor JORGE AVENDAÑO se produjo por haber operado el fenómeno de la **prescripción de la acción penal**, en la etapa del Juicio, esto es, por causas no atribuibles a la Fiscalía General de la Nación.

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

Por lo tanto, fuera de los eventos contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una **falla en la prestación del servicio**.

Al efecto, la H. CORTE CONSTITUCIONAL, mediante SENTENCIA SU-072/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, ha señalado que la responsabilidad del Estado, materia de *privación de la libertad*, no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (objetivo o subjetivo), dado que éste debe obedecer a las particularidades de cada caso, y que definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible, a partir de un título de imputación objetivo, cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del **principio in dubio pro reo**-

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

o, incluso en otros eventos, como por ejemplo, **cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva**, el Estado debe ser condenado de manera automática, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, ello transgrede el precedente constitucional, con efecto *erga omnes*, fijado en la sentencia **C-037 de 1996**, acerca del debido entendimiento en los casos de *privación injusta de la libertad* y, de paso, el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cual vulnera los derechos al **debido proceso y a la igualdad**, así como el principio de **sostenibilidad fiscal**.

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

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

Por lo demás, se indica en la citada providencia que si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, **debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño**. (Subrayo y resalto)

En todo caso, finalmente, señala que el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

2- El “hecho de la víctima” como causal excluyente de la responsabilidad del Estado.

En el presente caso se establece que los hechos que dieron origen al proceso penal adelantado contra el Señor JORGE AVENDAÑO tuvieron su génesis en las labores adelantadas con funcionarios de policía judicial, adscritos al Área de Investigación Especializada del D.A.S., cuyos resultados fueron plasmados en el Informe final DAS.DGO.SIES.GPJU.GIE. No. 325951-133, mediante el cual se dan conocer los audios recopilados de actividades ilícitas desarrolladas por milicianos e integrantes, distinguidos por alias, del Frente 45 de las FARC, liderada por REINEL GUZMAN FLOREZ, alias Rafael Gutiérrez, dedicadas a la extorsión, secuestro, tráfico de material bélico y otras actividades ilícitas en los departamentos de Arauca, Santanderes, Boyacá y Casanare.

Así mismo, en torno a la participación del Señor JORGE AVENDAÑO, se establece que en la resolución de definición de la situación jurídica se enunciaron, describieron, transcribieron y consignaron los diversos contactos que éste mantuvo con integrantes de las FARC, pues, en los audios de sus comunicaciones, obtenidas de los celulares utilizados por alias "ROGELIO", cabecilla de finanzas del frente 38, se escuchaba, en lenguaje cifrado, que aportaba dinero sin ninguna presión a dicha organización, lo cual demostraba su clara participación a dicho grupo terrorista, lo cual fue corroborado en su diligencia *injurada*, al manifestar haber tenido contacto con integrantes de los grupos armados ilegales, aunque en la ampliación arguyó que todo era por la presión para el pago de extorsiones, pero no daba realmente una explicación sobre el lenguaje cifrado que él mismo utilizaba, cuya exposición se caía de su peso, pues se demostraba de manera clara su grado de colaboración libre y espontánea con el grupo subversivo.

Por lo tanto, refulge que la vinculación al proceso penal del Señor JORGE AVENDAÑO tuvo como fundamento los diversos contactos que éste mantuvo con integrantes de las FARC, por fuera de los estándares de insospechabilidad de la conducta que se le imponían a todas las personas para la vida en sociedad, lo cual impide realizar el juicio de imputación al Estado, en tanto que el daño, visto desde la óptica del derecho civil, obedeció al *dolo* o *culpa grave* del actor en sus vínculos con el grupo insurgente.

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

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

En torno a la exequibilidad de la norma en comento, la H. Corte Constitucional en la Sentencia de exequibilidad C-037-96 de 5 de febrero de 1996, consideró que la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual "*nadie puede sacar provecho de su propia culpa*"

La anterior disposición, tiene su arraigo en un principio básico del derecho, según el cual "*nadie puede sacar ventaja de su propia torpeza*" [*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*], que además tiene su sustento en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y, en el ordenamiento interno, en los arts. 83, 90 y 95 de la Constitución Política de 1991.

Respecto del **juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima**, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado³, ha señalado que:

"El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, "en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de

² *Que a la sazón reza:*"Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la *persona* que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (...)". (se resalta).

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B; C. P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., Catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) -Radicado No.: 20001-23-31-000-2010-00235-01(42771)

oficio"⁴. **Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta** (Subrayo y resalto), que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. **De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos**(Subrayo y resalto).

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que **la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C.⁵, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente**(Subrayo y resalto).

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que "los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos"⁶. En esa medida, **la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance** (Subrayo y resalto):

Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales; i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprehensible, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad⁷."

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

*"(...). La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues **solamente originan***

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵ ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁶ Exp. 42.376, op.cit.

⁷ Exp. 42.376, Op.cit.

el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta).

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

Luego, en el caso concreto, el daño pretendido en la presente demanda no puede ser indemnizado, porque fue propiciado, auspiciado, avalado u originado por la propia víctima.

En efecto; conforme a lo expuesto, en el presente caso es clara la falta el **NEXO CAUSAL** de las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación con el **daño antijurídico** pretendido en la demanda, pues, conforme a las circunstancias que rodearon los hechos, arriba expuestas, fueron los propios comportamientos de Señor JORGE AVENDAÑO los que determinaron su captura y vinculación al proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa.

Por lo tanto, la privación de la libertad del del Señor JORGE AVENDAÑO, aunque tuvo su causa material e inmediata en la actividad de la Administración de Justicia, fue propiciada por las conductas pre procesales y procesales asumidas por él mismo, las cuales constituyeron la **causa eficiente o adecuada** para la producción del **daño** reclamado, el cual pretende ahora, sin justificación, ver resarcido a través del presente medio de control directa.

Con base en los argumentos expuestos, solicito a su Señoría **DESPACHAR DESFAVORABLEMENTE** las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

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

Del Señor Juez,



JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA
C. C. 19.390.977 Bogotá
T. P. 83.468 del C.S.J.