

Señor

JUEZ TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DE BOGOTA

E. S. D.

ACCIÓN: REPARACION DIRECTA

ACTOR: GERMAN ANTONIO TOVAR VIRGUEZ Y OTROS

**DEMANDADO: NACION FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTRO
RAD. 11001333603420200018000**

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

I.- A LOS HECHOS

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

Segundo : Es cierto conforme lo narra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito especializada de Bogotá

Tercero: Es cierto parcialmente, es cierto que la Fiscalía en investigo los hecho perpetrados el 29 de enero de 2011, pero fue con ocasión a la denuncia realizada por la señora Rubiela Fajardo Cuadros, rectora del colegio Rosario de Santo Domingo y varios testimonios recaudados a lo largo de las etapas procesales en la causa penal donde manifestaron que un grupo de hombres amados – Catorce personas portando pistolas, subametralladoras, mini uzi y fusiles en escolares las instalaciones del colegio , durante una feria que promovía venta de libros

Cuarta :. Es cierto según los hechos narrados por el Juzgado Tercero Penal del Circuito especializada de Bogotá

Quinto: Es cierto la delegada de la fiscalía inicio conforme a su rol y funciones la investigación de los hechos denunciados

Séxto: Es cierto la fiscalía siguiendo los derroteros de la ley 906 de 2004 y las pruebas recaudas dentro de la investigación solicita ante el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá por ser el competente para decidir.

Séptimo: Es cierto en audiencia concentrada el ente acusador solicitó ante el Juez Penal, la legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento de acuerdo con la naturaleza de los delitos con el fin de que el Juez Penal impartiera la legalidad de las solicitudes siendo el competente para decidir de acuerdo a las funciones otorgadas en la ley 906 de 2004.

Octavo, Noveno y Decimo: son ciertos conforme lo señala la sentencia del 12 de abril de 2011

Decimo Primero: es cierto el Juez de Conocimiento penal absolvió al demandante y otros en aplicación del principio del In Dubio Pro Reo y no por la certeza de la inocencia de las personas involucradas en los hechos dl 29 de enero de 2011

Decimo Segundo: Es cierto la sentencia absolutoria fue objeto del recurso de alzada

Decimo Tercero: No es un hecho es una transcripción de apartes de la sentencia y por ende me atengo a lo que se pruebe en este proceso y el alcance jurídico que pretenda con este .

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

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

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

Decimo Octavo: No es un hecho es una interpretación subjetiva del actor

Décimo Noveno Vigésimo, Vigésimo Primero y Vigésimo Segundo : No son hechos son requisitos de procedibilidad y ley informado al despacho por el demandante que produjo su efecto jurídico en la admisión de la demanda

II.- PRETENSIONES

Señor Juez, me opongo a todas y cada una de las pretensiones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, toda vez que en el sub judice, no se configuran los supuestos de hecho y de derecho que permitan estructurar responsabilidad alguna contra la Fiscalía, puesto que la fiscalía conforme a los presupuestos de la ley 906 de 2004 tiene las funciones asignadas en la Constitución de Colombia y las reglamentadas en la ley 906 de 2004, ya que es la ley aplicable al caso penal según la época de los hechos y conforme a esta la Fiscalía solicita ante el Juez Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, legalización de captura, imputación de cargos y medida de aseguramiento conforme a los hechos denunciados en contra de los presuntos responsables del hurto de que fueron víctimas por un grupo de personas armadas durante la venta de los libros escolares quienes intimidaron y desarmaron al personal de seguridad del plantel educativo y los asistentes del evento

Al ente acusador conforme a la ley 906 de 2004 le corresponde acatar las disposiciones legales y reglamentarias que le impone la ley y la Constitución pero en ningún momento puede decidir sobre la privación de la libertad de que fue objeto el demandante y otros, por consiguiente no puede constituir la producción de un daño antijurídico, para que este se constituya, el demandante debe de probar con la debida carga argumentativa la actuación abiertamente ilegal y desproporcionada de mi representada de la privación de la libertad es decir que esta sea contraria a

derecho y como puede observarse las actuaciones de mi representada está dentro del marco legal y siguió los lineamientos que le son propios de su funciones

Ahora bien sobre el título de absolución hoy el actor pretende que el Estado le indemnice con ocasión a una presunta injusta privación de la libertad no tiene respaldo probatorio por lo tanto solicito se nieguen las pretensiones de la demanda

Sobre el tema de responsabilidad extracontractual y patrimonial la Constitución Política ha consagrado en el artículo 90 el fundamento jurídico de la responsabilidad administrativa. Esta norma señala: *"El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas"*.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Es conveniente señalar que de acuerdo con los principios tutelares del Estado Social y Democrático de Derecho entre los cuales la libertad y la justicia ocupan un lugar privilegiado, frente a las materializaciones de las normas antes citadas, por ende le corresponde a la Fiscalía dentro del rol asignado por la Constitución acatar las solicitudes que en pleno derecho imponga el mismo Estado como se puede evidenciar en el presente caso la privación de la libertad fue conforme a derecho , le fueron respetadas las garantías fundamentales como el debido proceso el derecho de defensa y contradicción entre otros tan es así que no existe ni una solicitud de nulidad dentro del proceso penal

Cuentan las circunstancias de tiempo modo y lugar según la denuncia de la rectora del Colegio Rosario de Santo Domingo que a eso de las 9 am del día 29 de enero de 2011, un grupo de hombres armados los intimidaron y les hurtaron además del dinero producto de la venta de los libros recaudados por representantes de editoriales, celulares y un vehículo de propiedad de uno de los asistentes- padre de familia entre otras .

Asi y una vez recibida la denuncia, a la fiscalía le corresponde obligatoriamente investigar los presuntos infractores de la ley y realizar todas las acciones que sean conducentes para esclarecer las posibles conductas típicas o atípicas.

Dentro de la investigación la Fiscalía tenía la denuncia de Rubiela Fajardo Cuadros , la recolección de pruebas por parte del grupo Contra Atracos de la SIJIN como la información de fuentes humana, testimonios de los testigos presenciales de los hechos , fotografías , inspección al lugar de los hechos , experticia técnico al vehículo de placas DCA-299 y placa DBK- 292, informe de balística y trayectoria des de balísticas , declaraciones de las víctimas que corroboraron la denuncia, registro

de allanamientos retratos hablados , acta de incautación de elementos, celulares , tarjetas bancarias entre otros donde identificaron al señor German Antonio Tovar Virguez entre otros

Entonces no podemos decir que el hecho no existió porque dentro de la causa penal está demostrado en segundo lugar están las pruebas indiciarias de los presuntos coautores de los delitos de Concierto para delinquir , fabricación, tráfico o porte de armas de fuego, partes accesorios o municiones , fabricación , tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido o privativo de las fuerzas armadas y hurto calificado y agravado, elementos que para esta etapa configuraba la materialidad de la conducta de los implicados

Ahora bien las pruebas dentro de la causa penal estuvieron acogidas por el principio de la progresividad de la prueba respetando los derechos humanos gradualmente para lograr su pleno cumplimiento y dentro del cumplimiento de estos derechos se requería la toma de decisiones por parte del Juez de Control y Garantías lo más expedita y eficazmente posible actuaciones apegadas la ley y la constitución como se realizó dentro de la causa penal contra German Antonio Tovar Virguez entre otros

Se puede evidenciar que en la etapa instructiva la Fiscalía no actuó fuera de las orbitas del derecho, ni está probado tampoco que la Fiscalía haya incurrido en una acción o omisión dentro de la investigación de los hechos producidos el 29 de enero de 2011 en el colegio de Rosario de Santo Domingo, es decir que la Fiscalía junto con los elementos incautados y la naturaleza del delito tenía serios indicios de responsabilidad de los presuntos coautor de los delitos a imputar

Siguiendo con el procedimiento penal esto es la ley 906 de 2004, la delegada de la Fiscalía el 12 de abril de 2011 presento formulación de acusación contra el actor y otros y se dispuso a continuar con el proceso en la etapa de pruebas y fallo ya que el Juzgador Penal es a quien le corresponde valorar las pruebas reunidas y debatidas en juicio, apreciarlas o valorarlas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica y lo establecidos en el artículo 380 del procedimiento penal, no obstante con lo anterior al juzgador le arrojaron dudas razonables y dio aplicación del In Dubio Pro reo absolvió al demandante sin que esto constituya por si sola un daño antijuridico imputable a las entidades demandas hoy.

Hoy el demandante amparado en la sentencia absolutoria solicita se declaren como responsables de la privación injusta de la libertad y en consecuencia se condené a las entidades demandadas a pagar la indemnización de los perjuicios morales y materiales irrogados, pero acá es necesario señalar que esto no quiere decir que la medida de seguramiento NO fue ilegal, arbitraria o desproporcionada o que le hubiere sido llevado un proceso penal fuera del ordenamiento legal al contrario observa mi representada que le fueron respetadas las garantías al debido proceso artículo 29 de la C.P. el cual consagra el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas y una de las maneras de materializar esa controversia es mediante el ejercicio de las oposiciones, por cuanto estos son los mecanismos o los medios que la ley han dispuesto para que las partes controlen el proceso de producción de la verdad que se realiza y que están ligado intrínsecamente a la teoría del caso

Retomando la actuación de la fiscalía cuando solicito en la etapa instructiva la legalización de la captura tenían elementos probatorios para señalar al demandante como el responsable de los delitos imputados

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

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

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

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

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

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

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

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

El Artículo 90 de la carta de cartas ha determinado los requisitos para que se pueda determinar la responsabilidad patrimonial así:

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

Inexistencia del Daño Antijuridico:

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

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

Antijuricidad del daño:

"consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar". En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (...) De acuerdo con lo que ha establecido esta Sección, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente, lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de "realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado".¹

Acción u omisión de la administración

¹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia de 18 de febrero de 2010; Exp. 17885

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

Nexo Causal

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

Bajo esta óptica miremos el daño como el primer elemento a establecer la responsabilidad del Estado, (I) la privación de la libertad de que objeto German Antonio Tovar, pues efectivamente el demandante estuvo privado de la libertad, lo que acreditaría el daño, ahora habrá de estudiarse el segundo elemento (ii) antijuricidad del daño, este punto en materia de responsabilidad directa se concreta según la sentencia de unificación de la Corte Constitucional el cual se concreta a partir de **la injusticia de la limitación al derecho de la libertad**, y esta injusticia debe ser demostrada y apoyada en norma procesal penal, las finalidades constitucionales de la medida y el material probatorio.

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

A partir del recaudo probatorio en este caso se tiene captura de German Antonio Tovar para la conducta descrita en los tipos penales endilgados a los sindicados por lo que no podemos hablar de un daño antijurídico.

Ahora bien, dentro de la etapa de juzgamiento los presupuestos variaron radicalmente pues para el Juez de Garantías la acción penal no daban lugar a estructurarse la responsabilidad del sindicado y por duda se dio la absolución

Se tienen entonces que el demandante fue favorecido con el Principio Universal del In Dubio Pro Reo pero esto no quiere decir que el demandante era inocente lo que infiere que estaba en capacidad de soportar la investigación y reitero las entidades demandadas cumplieron a todo momento conforme a la ley vigente para la época de los hechos la observancia de la constitución y la ley de cada juicio, esto es, con los recursos y oportunidades que guardan estrecha relación con el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción protegidos por nuestro legislador.

En consecuencia la Fiscalía General de Nación cumplió con el deber legal impuesto en el artículo 250 de la Constitución Política, artículo el cual indica taxativamente

las funciones de mi representada y que son de obligatorio cumplimiento, que de no haber cumplido la fiscalía con dicha funciones otro sería el escenario y otras las cargas a responder por que tratándose de responsabilidad del Estado indica el artículo ibídem, que los servidores públicos no solo son responsables por la infracción a la constitución y a la ley sino por su omisión o extralimitación de sus funciones.

IV.-EXCEPCIONES

Falta De Legitimacion En La Causa Por Pasiva De La Fiscalia General De La Nacion

la Fiscalía General de la Nación, por mandato constitucional, está orientada a brindar a los ciudadanos una cumplida y eficaz administración de i) investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes., ii) asegura la comparecencia de los infractores de la ley penal, adoptando medidas de aseguramiento. iii) tomar las medidas necesarias para hacer Efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito, cuando a ello hubiere lugar. iv) calificar y declarar preluídas las investigaciones realizadas., v) dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y demás organismos que señale la ley ., vi) velar por la protección de la víctimas, testigos intervinientes en el proceso., vii) y las demás que le atribuya el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, es decir que la Constitución Política le otorga las funciones de investigar todas las trasgresiones del derecho penal.

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

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

(...) "En este contexto, la institución del juez de control de garantías en la estructura del proceso penal es muy importante, como quiera que a su cargo está examinar si las facultades judiciales ejercidas por la Fiscalía se adecúan o no a sus fundamentos constitucionales y, en particular, si su despliegue ha respetado o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ejercicio de esta competencia, los efectos de la decisión que adopte el juez están determinados como a continuación se explica. Si encuentra que la Fiscalía ha vulnerado los derechos fundamentales y las garantías

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

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

En consecuencia se probó el error de la Rama Judicial o la falla en que incurrió la Fiscalía.

Ausencia de la falla del servicio

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

Al analizarse el caso específico a la luz de los principios y criterios que informan la falla del servicio, se tiene que ésta no se presentó pues las actuaciones y procedimientos de la entidad que represento se ciñeron a la ritualidad de la Ley vigente, por lo que la actuación de mi representada la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** no fue contraria a Derecho.

Es necesario recordar que la jurisprudencia ha señalado que para que exista indemnización de perjuicios la falla ha de ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente, lo cual fue

manifestado en los siguientes términos por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, así:

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

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

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

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

a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio, la falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración ;

b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano ;

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo etc, con las características generales predicadas en el derecho privado para que el daño sea indemnizable como que sea cierto, determinado o determinable , etc ;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización.”²

Por lo anotado en precedencia, en el caso en estudio se configura ausencia de falla en el servicio, ausencia de nexo causal, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima y falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Fiscalía General de la Nación, toda vez que el ente acusador inició la investigación por las amenazas, y dio cumplimiento a la Constitución Política de Colombia y a la Ley.

² Bogotá D.E., 28 DE OCTUBRE DE 1976 Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado. Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango. Ref . Exp 1482.

En el caso que nos ocupa no se incurrió en ninguna falla que tenga la virtud para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda ni para que se le impute a la Fiscalía General de la Nación responsabilidad y pago de perjuicio alguno.

Ausencia Daño Antijurídico Como Presupuesto De La Responsabilidad Del Estado.

De la Privación De la libertad

En los procesos de responsabilidad extracontractual del Estado, el primer elemento que debe quedar demostrado es el daño, el cual debe tener la connotación de antijurídico. La noción de antijuridicidad del daño, que no se encuentra en la Constitución ni en la ley, se predica según la jurisprudencia cuando aquel es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportar³.

.El daño alegado en la demanda por la privación que sufrió la demandante, no tiene el carácter de antijurídico, pues correspondió a una carga que éste estaba en el deber jurídico de soportar, puesto que si bien se pudo generar un daño con el proceso penal adelantado, ha quedado demostrado que su actuar generó la investigación penal en interés, es decir, que el daño es consecuencia de su propio actuar.

En conclusión no se evidencia la inexistencia de falla del servicio y/o error judicial o de una detención arbitraria, puesto que la Fiscalía vinculó a la demandante al proceso penal, frente a lo cual tenía la obligación de investigar y desvirtuar los señalamientos en contra, en cuyo caso no se afectó la presunción de inocencia, ni el debido proceso, ni ninguna otra garantía constitucional, además al verse inmiscuido el demandante en una investigación penal, *per se* no representa un daño antijurídico, sino una carga que en condiciones de razonabilidad le corresponde sobrellevar a todos los particulares que se vean involucrados en situaciones que representen la presunta comisión de un ilícito penal. Sin embargo puede darse el caso que atendidas las circunstancias bajo las cuales se adelanta la investigación y/o juicio penal, se generen daños que los indagados o imputados no tenían la obligación de asumir, ya sea porque se incurrió en extralimitación en las medidas adoptadas para asegurar la investigación -como en los eventos de privación injusta de la libertad-, o porque se cometieron grandes errores que llevaron a imputar cargos a quien no tenía ninguna relación con el hecho a investigar, o porque el punible no existió, en fin, cualquiera de los supuestos que lleve a denotar que el ejercicio punitivo del Estado a través del despliegue de la imputación y vinculación penal del particular, no se hallaba justificado en modo alguno, siendo necesario en todo caso, que se satisfaga la demostración del perjuicio ocasionado, pues la obligación resarcitoria en cabeza del Estado se estructura a partir de la demostración de los elementos que configura este tipo de responsabilidad a saber: el daño antijurídico, la conducta y el nexo causal entre uno y otro.

Para la configuración del juicio de reproche administrativo, dentro del régimen subjetivo se requiere, además de la demostración propia del defecto atribuido a la administración, en el *sub-lite*, de la actividad irregular por parte del ente acusador al disponer la vinculación de las demandantes al proceso penal, se hace necesario

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 2 de febrero de 1984, Rad. 2744, del 27 de junio de 1991, Rad. 6454 y del 6 de junio de 2007, Rad. 16460.

también la comprobación del nexo material y jurídico que permita la atribución del resultado dañino a la entidad accionada.

En el caso bajo estudio se advierte, que se reclama la reparación y/o indemnización de los perjuicios causados a raíz de la privación injusta de la libertad en contra de los demandantes, no obstante y como viene de señalarse, la investigación penal constituye una carga que todos los ciudadanos están en la obligación soportar. Máxime en el presente caso, en el que la prueba obrante en el proceso daba cuenta que el accionante había incurrido en un hecho ilícito, debiéndose esclarecer en las pesquisas adelantadas por el ente acusador, si en tal conducta concurrió el elemento volitivo que configura el ilícito penal, o por el contrario, si la actuación de las imputadas estuvo al margen del dolo o culpa necesarios para tenerlas como responsables del hecho, lo que se llevó a cabo mediante el ejercicio de la función investigativa de la entidad.

Se repite que, si bien la investigación penal constituye una carga pública, no se quiere decir con ello que, si la misma resulta desproporcionada o con falencias imputables a la Administración, no surja el deber de reparar el daño; en tales condiciones, corresponde a la accionante la demostración de la falla en el servicio de administración de justicia para efectos del resarcimiento de los daños antijurídicos irrogados.

Sobre tal aspecto se encuentra, que no existe en el plenario, elementos de convicción que permitan concluir en favor de las pretensiones de los demandantes una actuación irregular por parte de la Fiscalía General de la Nación, pues no se aportó prueba que dé cuenta que la Fiscalía se extralimitó en sus funciones, o incurrió en omisiones en el ejercicio de las mismas; y por el contrario se advierte que el adelantamiento de la investigación se realizó acorde con los postulados legales y constitucionales.

Lo anterior por cuanto, para efectos de obtener una indemnización por la “injusta” privación de la libertad, es necesario que el demandante acredite que la Entidad demandada adelantó una actuación **abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales establecidos**. Esto con fundamento en lo previsto en el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en concordancia con los argumentos que expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, en la que estudió la exequibilidad de esa disposición.

Ausencia de nexo causal

En el presente caso estamos frente a una Ausencia del NEXO CAUSAL del daño reclamado con las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION en el proceso penal, el cual es objeto del presente medio de control de reparación directa, como presupuesto necesario para edificar responsabilidad administrativa extracontractual en su contra.

De otro lado y de acuerdo con 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), referente al concepto daño antijurídico, señaló lo siguiente:

para que exista responsabilidad del Estado se requiere que se configure, el daño, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente generador. El nexo causal se entiende como la relación entre el hecho generador del daño y el daño probado y como se puede observar acá no se dan.

Frente a este tema la jurisprudencia y la doctrina señala que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción u omisión, es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido continuar el juicio de responsabilidad. Salvo que el nexo de causalidad sea aprobado de manera independiente si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva. Es decir el nexo de causalidad no admite, ningún tipo de presunción como sí lo admite la culpa o la falla

En este orden de ideas solicito se desestimen las pretensiones, dado que no se probó el error de la Rama Judicial o la falla del servicio de la administración o defectuoso funcionamiento o privación injusta de la libertad en manos de la Fiscalía.

IV. ANEXOS

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

V. NOTIFICACIONES

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

Atentamente



MARIA DEL ROSARIO OTALORA BELTRAN

C. C. 31.936.714 de Cali

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