



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 540012331000199712568 01 (27.962)

Actor: Joaquín Rodríguez Contreras y Otros.

Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional y Otros.

Asunto: Acción de reparación directa.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 28 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- Negar las súplicas de la demanda

(...)”¹.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 18 de marzo de 1997 los señores Joaquín Rodríguez Contreras, en nombre propio y en representación de su menor hija Leidy Jhoana Rodríguez Colmenares; María Eugenia Solano de Rodríguez y Luis Eusebio Rodríguez Solano, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentó demanda con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1o). Que se declare administrativamente responsable en forma solidaria a LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION, de los PERJUICIOS tanto MORALES como MATERIALES, causados al señor JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS, por su injusta privación de la libertad de que fuera víctima al sindicársele de ser autor del hecho punible de secuestro extorsivo en JUAN CARLOS OROZCO PEREIRA según hechos ocurridos el día 14 de julio de 1992 en el Corregimiento de Urimaco comprensión Municipal de Cúcuta, Norte de Santander.

¹ Folios 309 a 332 del cuaderno principal.



2o). Que se declare administrativamente responsable a **LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, de los **PERJUICIOS MATERIALES**, ocasionados al señor **JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS** por su total deterioro y desvalijamiento sufrido en su vehículo camioneta marca Jeep Wagonier, placas KAL – 850 de Venezuela, modelo 1980, color azul, así como la pérdida de su revólver marca llama, calibre 38L4, número IM – 7432B en calidad de legítimo poseedor; bienes éstos que no le han sido entregados a pesar que el Juzgado Regional de esta ciudad mediante auto del 29 de noviembre de 1996 ordenara su entrega y hasta la fecha de presentación de esta demanda no se ha hecho efectiva la misma, encontrándose aquellos en completo estado de abandono y destrucción conforme se aprecia en las fotografías que se alleguen al libelo.

3o). Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a **LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALIA GENERAL DE LA NACION** a pagar por concepto de **PERJUICIOS MORALES** a favor del señor **JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS**, el valor que tenga **MIL (1.000) GRAMOS DE ORO PURO** y para su esposa **MARIA ELVIRA SOLANO DE RODRIGUEZ** y de sus hijos **LUIS EUSEBIO RODRIGUEZ SOLANO** y **LEIDY JHOANNA RODRIGUEZ COLMENARES**, el valor que tenga **QUINIENTOS (500) GRAMOS DE ORO PURO** para cada uno de ellos de acuerdo al precio que para ese metal fije o certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria del acuerdo conciliatorio o fallo de fondo favorable, así como los **PERJUICIOS MATERIALES** sufridos por el señor **JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS**, comprendiendo este el **DAÑO EMERGENTE** y **EL LUCRO CESANTE** dejados de percibir durante el lapso de tiempo que permaneció privado de su libertad, así como los gastos en honorarios de abogado nombrado para su representación, pagados por él mismo en un valor total de **DOS MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$2.000.000.00)**, sumas éstas que se establecerán mediante prueba pericial, incluido incidente de regulación de perjuicios se ésta se hiciera indispensable de acuerdo al Artículo 135 y s.s. del C.P.C, en armonía con los Artículos 176 y 177 del C.C.A. . (Sic).

4o). Que se condene a pagar a **LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** los **PERJUICIOS MATERIALES** ocasionados al señor **JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS** por el deterioro y desvalijamiento de su vehículo camioneta marca Jeep Wagonier, placa KAL – 850 de Venezuela, modelo 1980, color azul y la pérdida de su revólver marca llama, modelo martial, calibre 38L\$, número IM – 7432B por ser su legítimo poseedor y dueño respectivamente, los cuales les fueron retenidos en el momento de su injusta retención personal, estimándolos en una suma aproximada de **CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$5.000.000.00)**, los cuales se establecerán mediante prueba pericial. (...) ². (Sic).

Como fundamento de las pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

El 21 de enero de 1993, en horas de la mañana, varias unidades del Ejército Nacional pertenecientes al Batallón Mecanizado N°. 5 Maza irrumpieron de

² Folios 2 a 7 del cuaderno No. 1.



manera arbitraria en la vivienda del señor Joaquín Rodríguez Contreras. Durante el operativo se produjo su captura y la retención de un vehículo y un revólver de su propiedad. Al actor se le sindicó del delito de secuestro extorsivo.

Por medio de Resolución de 29 de enero de 1993 la Fiscalía Regional de Cúcuta decidió imponer al señor Rodríguez Contreras una medida de aseguramiento consistente en su detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por el delito de secuestro extorsivo.

Dicha decisión fue revocada en sede de apelación por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante auto del 15 de abril de 1993. En esa oportunidad el ente investigador decidió ordenar la liberación inmediata del señor Rodríguez Contreras, por cuanto consideró que la investigación penal que dio lugar a la imposición de la medida mencionada carecía de técnica y no se había centrado en la verdadera determinación del autor de la conducta punible endilgada al aquí demandante, sino en el título en virtud del cual éste detentaba la posesión de los bienes que fueron retenidos. Sin embargo, según lo dicho por la parte actora, el señor Rodríguez Contreras adquirió el vehículo marca Jeep de la referencia "Wagonier" tres o más meses después de la ocurrencia del secuestro enrostrado al actor.

La investigación fue objeto de preclusión en virtud de lo decidido por la Fiscalía Regional de Cúcuta en auto del 16 de marzo de 1995, por considerar que no existía prueba de su participación en el delito que se le había imputado, ni de su militancia en el grupo subversivo al que se le atribuyó el secuestro.

El señor Rodríguez Contreras, mientras estuvo privado de la libertad, tuvo que soportar el deterioro de su imagen pública, pues fue expuesto bajo el rótulo de secuestrador, además de sufrir la separación de su entorno social y familiar. Igualmente, hasta el momento de interposición de esta demanda, el vehículo y el revolver que fueron incautados cuando el señor Rodríguez Contreras fue capturado, no le habían sido devueltos, bienes que se encontraban en perfecto estado cuando fueron aprehendidos por parte de las autoridades.



Por otro lado, sostuvo que se encontraba probada la privación de la libertad de la que fue víctima el actor por más de 85 días y la arbitrariedad con que se ejecutó el operativo de allanamiento en el que se produjo su captura y la aprehensión de su vehículo y un arma de fuego de su propiedad, pues no mediaba orden judicial que autorizara tal procedimiento.

Igualmente, consideró acreditado el hecho de que la absolución del actor se fundamentó en que él no cometió el hecho que se le endilgaba y en la ligereza de la actividad desplegada por el ente investigador.

Respecto de los perjuicios solicitados en la demanda, la parte actora señaló que los testimonios recaudados dentro del proceso dan cuenta de las afectaciones morales generadas a los demandantes como consecuencia de los hechos narrados en la demanda. De igual forma, afirmó que se encuentra probada la disminución de los ingresos económicos sufrida por el actor y su familia como consecuencia del decomiso del vehículo en el que se desempeñaba como transportador informal.

Con relación al daño emergente cuya reparación se solicitó en el libelo demandatorio, la parte actora sostuvo que del material probatorio recaudado se extrae claramente que la Fiscalía General de la Nación se encontraba en custodia de los elementos de propiedad del señor Rodríguez Contreras que fueron retenidos al momento de su captura y que mediante auto del 29 de noviembre de 1996 se solicitó la devolución de dicho material. Del mismo modo, consideró acreditado el descuido y la falta de custodia del vehículo aprehendido, el cual resultó completamente averiado y desvalijado, según lo determinó la respectiva inspección judicial, así como el poco interés de dicho ente en realizar la entrega del arma de fuego decomisada al aquí demandante.

Con base en todo lo anterior, reiteró las pretensiones de la demanda.

2.5.3. El Ministerio de Defensa Nacional, mediante escrito radicado el 29 de abril de 2003¹⁵, consideró inviable la declaratoria de responsabilidad de dicha entidad

¹⁵ Folios 284 a 289 del cuaderno No. 1.



frente a los hechos narrados por la parte actora, pues, a su juicio, la detención preventiva del actor no se produjo como consecuencia de una irregularidad o arbitrariedad ocurrida durante la indagación penal, ni su absolución se adecuó a los supuestos descritos por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

En el mismo sentido, consideró que la medida a la que se hizo referencia constituía una afectación que debía ser soportada por el actor.

2.5.4. El Ministerio Público presentó escrito de alegatos de conclusión¹⁶, en el que consideró que el daño irrogado al actor con su detención preventiva no revestía el carácter de antijurídico, por cuanto constituía el ejercicio de funciones por parte de la Fiscalía General de la Nación, sin que mediase arbitrariedad alguna.

En cuanto a la omisión en la devolución de los elementos decomisados al señor Joaquín Rodríguez Contreras, señaló que su restitución se encontraba condicionada a la decisión tomada por el Tribunal Nacional en el grado de consulta, decisión que hasta el momento no se conocía dentro del proceso contencioso administrativo.

Por otro lado, con relación a las afirmaciones de la parte demandante referidas al atropello y malos tratos desplegados por los miembros del Ejército Nacional que realizaron la captura del señor Rodríguez Contreras, consideró que no obra prueba alguna dentro del proceso que sirva de fundamento a dichas acusaciones, entre otras cosas, por cuanto el proceso disciplinario surtido contra los agentes que participaron en el mencionado operativo concluyó con la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia del 28 de noviembre de 2003¹⁷, denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en la imposibilidad de encajar la situación padecida por el actor dentro de uno de los eventos descritos por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y en el ejercicio

¹⁶ Folios 291 a 301 del cuaderno No. 1.

¹⁷ Folios 309 a 332 del cuaderno principal.



legítimo de competencias por parte de las entidades demandadas dentro del caso bajo examen.

Del mismo modo, consideró que la decisión adoptada por el ente investigador se sustentó en el acervo probatorio que vinculaba al señor Rodríguez Contreras con la conducta punible de secuestro extorsivo y que la misma se sujetó a los requisitos establecidos en la ley para el efecto. Así las cosas, el daño sufrido por el actor debía ser jurídicamente soportado por él, al no poderse determinar la existencia de una conducta arbitraria y caprichosa constitutiva de error jurisdiccional.

4. El recurso de apelación

La parte demandante controvertió la decisión del *a quo*, mediante escrito del 14 de febrero del 2004¹⁸. El Tribunal Administrativo de Norte de Santander concedió en el efecto suspensivo el recurso de alzada por medio de auto del 5 de marzo de 2004¹⁹.

Mediante escrito radicado el 25 de mayo de 2004²⁰, la parte demandante sustentó el recurso de apelación y manifestó que el *a quo* cometió un error al encausar su argumentación únicamente respecto de la existencia de un error jurisdiccional en cuanto a la detención preventiva, pues en su opinión, es cierto que la Fiscalía General de la Nación actuó conforme a la ley y con pleno respeto de las garantías constitucionales y legales que le asistían como sindicado.

No obstante lo anterior, en su opinión, el Tribunal debió orientar el análisis de la responsabilidad de la entidad demandada, en primer lugar, por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, tal y como se pidió en la demanda, debido a la omisión de la Fiscalía en la devolución de los bienes de su propiedad que fueron retenidos y por el deterioro grave sufrido por el vehículo que le fue decomisado, por cuanto la desvalorización de dicho elemento producida por

¹⁸ Folio 335 del cuaderno principal.

¹⁹ Folio 337 del cuaderno principal.

²⁰ Folios 341 a 352 del cuaderno principal.



el descuido y falta de custodia del mismo no constituyen un daño jurídicamente soportable.

Igualmente, manifestó que la falta de prueba de la decisión final tomada en el grado de consulta por el Tribunal Nacional con relación a la devolución de los elementos decomisados debió haber sido solicitada al ente investigador, por cuanto había sido decretada en el auto que dio apertura al periodo probatorio, con el fin de evitar una decisión como la proferida en primera instancia. Adicionalmente, sostuvo que el resto del material probatorio obrante en el proceso da cuenta del pésimo estado en que se encuentra el vehículo mencionado.

En cuanto a la responsabilidad del Ejército Nacional, adujo que los testimonios que obran en el proceso son contundentes al afirmar que al actor y a su familia se les causaron perjuicios materiales y morales como consecuencia de la exposición pública del señor Rodríguez Contreras como un delincuente al momento de su captura y de la incautación del vehículo con el que aquél recaudaba un dinero adicional al correspondiente a su mesada pensional, para el sustento de su familia.

Finalmente, consideró que la detención llevada a cabo por los efectivos del Ejército Nacional se produjo con violación de normas constitucionales, en cuanto dicho procedimiento se llevó a cabo sin que mediase orden judicial proveniente de autoridad competente. En este sentido, afirmó que si bien se declaró la prescripción de la acción disciplinaria adelantada contra los agentes mencionados, ello no libera a la entidad demandada de su responsabilidad por las contravenciones normativas antes mencionadas.

5. Actuación en segunda instancia

5.1. Mediante auto del 10 de septiembre de 2004²¹ esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

²¹ Folio 370 del cuaderno principal.



5.2. Por medio de auto del 28 de octubre de 2004²² se corrió traslado a las partes por un término de 10 días para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiese el concepto respectivo.

5.2.1. El Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional presentó alegatos de conclusión²³, en los que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia, al considerar que no medió falla del servicio en el procedimiento que condujo a la detención preventiva del actor. Por consiguiente, sostuvo que las medidas a las que se sujetó el demandante constituían un daño jurídico que el señor Rodríguez Contreras se encontraba en el deber de soportar.

5.2.2. Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.3. En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, se citó a las partes a audiencia de conciliación²⁴. Sin embargo, por haberse evidenciado la falta de ánimo conciliatorio de las partes, posteriormente se denegó la solicitud de fijar una nueva fecha para desarrollar dicha audiencia²⁵.

El Ministerio Público presentó concepto de conciliación²⁶, en el que sostuvo que el Ejército Nacional incurrió en una falla del servicio al haber realizado la captura del señor Rodríguez Contreras sin que mediase una orden de autoridad competente ni la comisión flagrante de una conducta punible. Sin embargo, afirmó que al haberse ordenado la liberación del actor el 21 de enero de 1993 la demanda de reparación directa por tal hecho sólo podría presentarse hasta el 22 de enero de 1995. Así las cosas, no puede reclamarse por tal daño dentro del presente proceso, puesto que la demanda fue presentada el 18 de marzo de 1997.

Por otro lado, frente al defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia endilgado a la Fiscalía General de la Nación por la retención y el deterioro de los bienes del señor Rodríguez Contreras, aseguró que el documento aportado por la

²² Folio 372 del cuaderno principal

²³ Folios 373 a 375 del cuaderno principal.

²⁴ Autos del 20 de febrero de 2012 y del 28 de mayo de 2012 (Folios 381 y 413 del cuaderno principal, respectivamente).

²⁵ Auto del 4 de junio de 2013. Folio 431 del cuaderno principal.

²⁶ Folios 389 a 401 del cuaderno principal.



parte actora con el escrito de sustentación del recurso de apelación, correspondiente a la providencia del 18 de marzo de 1997 en la que se confirmó la decisión de ordenar la devolución de dichos elementos al actor por parte del ente investigador, no podría ser tenido en cuenta en la presente instancia, por haber sido decretado por el *a quo* sin que la prueba fuese debidamente practicada.

Igualmente, sostuvo que la devolución del vehículo retenido resultaba imposible por el grado de deterioro sufrido por el mismo, como consecuencia de la actitud omisiva de la Fiscalía General de la Nación. Respecto del arma de fuego que le fue incautada al aquí demandante, señaló que correspondía a los actores acudir con copia de la resolución que ordena la devolución al Comando del Grupo Mecanizado N° 5 Maza de Cúcuta, con el fin de que se les restituya dicho material y sólo en el evento en que no fuese devuelta en las mismas condiciones que presentaba al momento del decomiso, o si su restitución se hiciera imposible, debería la Fiscalía General de la Nación reparar los perjuicios causados, según lo tasado en un incidente posterior.

Respecto de la reparación del daño emergente solicitado, consideró, por una parte, que en relación con el vehículo debía tomarse como base para su tasación el valor señalado en el dictamen pericial practicado en el proceso; y respecto del arma de fuego, sostuvo que su resarcimiento sería procedente únicamente si se presentaba deterioro en la misma o imposibilidad para su restitución, caso en el cual debía realizarse un incidente para calcular el monto de la indemnización.

Sin embargo, con relación al lucro cesante derivado del cese de la actividad informal de transporte de pasajeros, cuya reparación solicitaron los actores, estimó que dicha actividad económica no contaba con los requisitos previstos en la ley para su ejercicio regular, por lo que cualquier tipo de indemnización resulta improcedente.

En consecuencia, consideró procedente la suscripción de un acuerdo conciliatorio únicamente respecto del valor del vehículo decomisado.



5.4. Mediante auto del 9 de septiembre de 2013²⁷ se dispuso oficiosamente tener como prueba la sentencia del 18 de marzo de 1997 proferida por el Tribunal Nacional de Orden Público allegada por la parte actora con la sustentación de su recurso de apelación. En la misma providencia se ordenó correr traslado a las partes de dicho material probatorio por un término de 5 días. Las partes guardaron silencio²⁸.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la Administración de Justicia conocen en primera instancia los Tribunales Administrativos y en segunda instancia el Consejo de Estado²⁹.

2. Objeto de la apelación

Previo a decidir, debe precisarse que el recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia sólo lo interpuso la parte demandante; por lo que, por regla general, para resolver, la Sala deberá tener en cuenta lo previsto en el artículo 357 del C.P.C.³⁰, teniendo como fundamento los argumentos expuestos y desarrollados en el respectivo recurso de apelación³¹, pero sin hacer más gravosa

²⁷ Folios 433 y 434 del cuaderno principal.

²⁸ Folio 435 del cuaderno principal.

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 2008-00009. En este sentido véase también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 9 de diciembre de 2010. C.P.: Ruth Stella Correa. Exp. 39085, y Auto de 21 de octubre de 2009. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 36913.

³⁰ "La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones (...)"

³¹ "Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia nacional, se tiene entonces que



la situación del apelante único, es decir, respetando el principio de la *non reformatio in pejus*³². Ahora bien, cabe señalar que en el presente caso el *a quo* denegó todas las pretensiones de la demanda.

El recurso de apelación interpuesto por la parte actora limita casi la totalidad de su argumentación a controvertir la absolución de las entidades demandadas respecto de la responsabilidad que eventualmente les sería atribuible por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia que produjo el deterioro y la

el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez (...). [E]l juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos”. Sin embargo, “(...) conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i*) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii*) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii*) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Sala Plena, Sentencia del 9 de febrero de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 21060.

³² “(...) [O]tra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia (...). Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política (...). Conviene puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)”. *Ibidem*.



omisión en la devolución de los bienes incautados al señor Rodríguez Contreras durante el procedimiento que dio lugar a su captura.

Por otro lado, también se hizo mención de la posible falla del servicio relacionada con la captura del señor Joaquín Rodríguez Contreras por parte de efectivos del Ejército Nacional.

En consecuencia, la Sala limitará el estudio de fondo del presente caso a la constatación de los únicos dos aspectos controvertidos en el mencionado recurso: i) la eventual configuración de una falla en el servicio durante el procedimiento de captura realizado por el Ejército Nacional; y ii) el supuesto defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, que habría derivado en el deterioro y no devolución de los bienes que le fueron incautados al señor Rodríguez Contreras el 21 de enero de 1993.

3. Aspectos previos

3.1. Caducidad de la acción

El agente del Ministerio Público, dentro del escrito en el que rindió concepto sobre la procedibilidad de un acuerdo conciliatorio, mencionó algunos aspectos relativos a la caducidad de la acción dentro del presente proceso en relación con uno de los daños alegados en la demanda.

Según lo afirmó la parte actora en la demanda, el día 21 de enero de 1993, en horas de la mañana, el señor Joaquín Rodríguez Contreras fue aprehendido irregularmente por varios integrantes del Ejército Nacional, por su supuesta participación en la comisión de un secuestro extorsivo, el cual habría cometido en calidad de miembro del EPL. Dicho procedimiento fue adelantado sin que mediase orden judicial de autoridad competente y sin que el demandante hubiese sido sorprendido en flagrancia.

Ahora bien, en virtud del material probatorio que obra en el proceso, la Sala observa que el actor fue puesto en libertad el mismo día de su captura por orden



de la Fiscalía encargada del caso, ente que consideró que el procedimiento de captura se habría llevado a cabo de manera irregular³³.

Así las cosas, se tiene que, tal como lo afirmó el Ministerio Público, habiéndose consolidado el daño consistente en la detención ilegal del actor el 21 de enero de 1993, la oportunidad de la parte demandante para reclamar en sede de reparación directa la indemnización de los perjuicios suscitados como consecuencia de dicha retención ilegal corrió hasta el día 22 de enero de 1995, de conformidad con el término establecido para el efecto por el artículo 136.4 del C.C.A.

Por consiguiente, al haberse presentado la demanda que dio origen al presente proceso el 18 de marzo de 1997³⁴ no resulta procedente que por medio de la misma se reclame el resarcimiento de los perjuicios causados como consecuencia del hecho dañino mencionado, por cuanto, frente a tales hechos, había operado ya el fenómeno de la caducidad de la acción.

Cosa distinta sucede con el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia alegado por la parte actora. En este caso, respecto de los supuestos daños consistentes en la afectación patrimonial por el deterioro y no devolución de los bienes retenidos al actor al momento de su detención, no ha operado la caducidad de la acción; puesto que, aun cuando la aprehensión material de dichos elementos se produjo el mismo día de la captura del aquí demandante, lo cierto es que, la orden de devolución de los mismos en favor del señor Rodríguez Contreras fue emitida por el Juzgado Regional de Cúcuta el 29 de noviembre de 1996³⁵ y confirmada en el grado de consulta por el Tribunal Nacional, Sala de Decisión, mediante proveído del 18 de marzo de 1997³⁶.

³³ Folio 19 del cuaderno proveniente del proceso disciplinario N° 022-5055/95 de la Procuraduría General de la Nación.

³⁴ Folio 20 del cuaderno No. 1.

³⁵ Copia auténtica de la decisión proferida por el Juzgado Regional de Cúcuta. Folios 85 a 90 del cuaderno proveniente del incidente adelantado por el demandante para la entrega del vehículo, ante la Fiscalía General de la Nación. La providencia fue notificada el 5 de diciembre de 1996, según consta en la constancia de notificación personal obrante a folio 91 del mismo cuaderno.

³⁶ Copia auténtica de la decisión proferida por el Tribunal Nacional. Folios 353 a 366 del cuaderno principal.



3.2. La prueba trasladada – reiteración jurisprudencial

La Sala encuentra necesario reiterar su jurisprudencia en relación con la eficacia probatoria de las pruebas practicadas en proceso diferente al contencioso administrativo, dado que a este proceso se trasladó el proceso disciplinario adelantado como consecuencia del operativo en que se produjo la captura de Joaquín Rodríguez Contreras y el cuaderno del incidente adelantado por él ante la Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la devolución de los bienes que le fueron decomisados el 21 de enero de 1993.

Al respecto, la Sala ha establecido que de conformidad con el artículo 168 del C. C.A., *"En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración"*.

Por su parte el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que *"Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella"*.

En materia de copias de actuaciones judiciales, el numeral 7º del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil establece que *"las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario"*, puesto que se trata, *"...de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del juez, en orden a posibilitar -mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo juzgado, quien cumple la función de 'extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello', precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35*



del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha³⁷⁾³⁸.

Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. señala que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción.

No obstante lo anterior, si la parte contra la que se aduce la prueba documental trasladada no la solicitó ni se practicó con audiencia de ella, podrá valorarse si i) "ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla"³⁹; ii) fue utilizada por la contraparte, por ejemplo parte demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión⁴⁰; en todo caso, "el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas"⁴¹.

Así mismo, se permite que los documentos públicos o privados autenticados sean valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil⁴². En efecto, una vez allegado el documento la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes al que

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de abril de 2002, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp: 6636.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 31217, y Sentencia del 10 de junio de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 17838.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, Exp.20374, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, Exp.14174, C.P.: German Rodríguez Villamizar.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 24 de enero de 2007, Exp.32216, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 1998. Exp.12124.

⁴² "Artículo 289.-Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia.

Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrá expresarlo así en las mismas oportunidades.

No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica."



haya sido aportado en audiencia o diligencia. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

En cuanto a los medios de prueba diferentes al documental, de no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, es decir, si se traslada la prueba a un proceso entre partes completamente o parcialmente distintas, se debe tener en cuenta el tipo de prueba para garantizar el principio de contradicción según las formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto ya precisado por la Sala en los siguientes términos:

"... el artículo 229 del mismo código dispone:

"Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. *Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.*

2. *Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.*

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior"⁴³.

Se tiene entonces que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.

Dentro del presente caso, se advierte que el material probatorio proveniente del proceso disciplinario radicado con el número 022-5055/95 en la Procuraduría

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández, Exp: 11898, reiterada en sentencia del 18 de febrero de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 17542



General de la Nación cumple con los requisitos establecidos por el artículo 185 del C.P.C, en tanto que estuvo durante todo el proceso a disposición de las entidades demandadas para que pudiese ser revisado y controvertido por ellas. Sin embargo, cosa distinta ocurre con aquellos testimonios rendidos al interior de dicho proceso, por cuanto no cumplen con las condiciones mencionadas.

3.3. Valor probatorio de las fotografías – Reiteración jurisprudencial

Para la Sala, resulta pertinente pronunciarse respecto del valor probatorio de las fotografías que fueron aportadas como prueba dentro del presente proceso.

En relación con el material fotográfico que fue allegado con la demanda, cabe señalar que si bien de conformidad con el artículo 25 del Decreto Ley 2651 de 1991, norma vigente para la época en que ocurrieron los hechos, las fotografías se consideraban documentos que se reputaban auténticos, lo cierto es que, para la Sala, su apreciación no ofrece elementos que permitan establecer con certeza que ellas correspondan al hecho causante del daño del que se solicita reparación. Es decir, las fotografías sólo son prueba de que se registró una imagen, pero no es posible determinar su origen, ni el lugar y la época en que fueron tomadas, dado que no fueron reconocidas por testigos ni cotejadas con otros medios de prueba dentro del proceso.

En este sentido se ha pronunciado la Corporación:

"(..) Con la demanda se aportaron cinco fotografías, con las cuales se pretenden establecer las condiciones en que se encontraba la vía cuando ocurrió el accidente. Estos documentos fotográficos no llenan los requisitos legales para ser valorados. En efecto: En este caso son privados, pues la demanda es indicadora indirecta de que tienen origen en la propia parte que las allegó (art. 251 C. P. C.); de todas maneras tienen dicha calidad porque en ellos no consta el funcionario que las tomó o filmó. Para cuando se aportaron dichos elementos probatorios regía el artículo 25 del decreto ley 2.651 de 1991 según el cual "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación ()" lo cierto es que la sola presunción de autenticidad de los mismos no define las situaciones de tiempo y modo de lo que ellas representan. Esto por cuanto la fecha



cierta de un documento privado, respecto de terceros, se cuenta a partir de uno de los siguientes hechos: o por el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado al proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia (art. 280 C. P. C). Desde otro punto de vista, la doctrina se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las fotografías como documentos representativos que son; dice que las fotografías de personas, cosas, predios, etc. sirve para probar el estado de hecho que existía al momento de haber sido tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez y que son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en ella o en ellas el lugar o la cosa que dice haber conocido. Por consiguiente y para el caso como la fecha cierta de las fotografías es la de presentación de la demanda, porque se aportaron con ésta, el 26 de julio de 1995, de nada sirve para la eficacia probatoria que se reputen auténticas”⁴⁴.

Por otro lado, las imágenes que fueron anexadas al dictamen pericial practicado en primera instancia dentro del presente proceso, si permiten dar cuenta de las circunstancias en que fueron capturadas y, por tanto, pueden ser tenidas en cuenta como prueba del estado en que se encontraba el vehículo de placas KAL – 850 al momento de practicar dicha diligencia.

3.4. Valoración probatoria de los recortes de prensa o periódico - reiteración jurisprudencial

En relación con la valoración del recorte de prensa que fue allegado como prueba, se hace necesario reiterar que, aun cuando éste se encuentra acompañado de una certificación de autenticidad por parte del Diario La Frontera, medio en que fue publicado, las noticias difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción a dichos documentos

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 17 de junio de 2004, Exp. 14452, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. En este sentido véanse también las Sentencias de 23 de mayo de 2012, Exp. 22425 y de 7 de junio de 2012, Exp. 23709. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



porque a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados⁴⁵.

3.5. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado – Reiteración jurisprudencial

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”⁴⁶ de la responsabilidad del Estado⁴⁷ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁴⁸ y de su patrimonio⁴⁹, sin distinguir su condición, situación e interés⁵⁰. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁵¹; los daños cubiertos por la

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de julio de 2011, C.P.: Enrique Gil Botero. Exp. 20727

⁴⁶ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴⁷ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁴⁸ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁴⁹ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁵⁰ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁵¹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al



*responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público*⁵².

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁵³ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁵⁴ tanto por la acción, como por la omisión.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

*"... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública"*⁵⁵.

llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos". MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁵² MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., pp.120-121.

⁵³ "3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁵⁴ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no



Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

*"La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"*⁵⁶.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"⁵⁷.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"⁵⁸. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵⁹, anormal⁶⁰ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁶¹.

prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁵⁸ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

⁵⁹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁶⁰ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁶¹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.



Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

*"La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"*⁶².

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁶³, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁶⁴. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"⁶⁵.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁶³ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)*". KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "*La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública*". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶⁴ El "*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶⁵ "*Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones*



En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que "*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*"⁶⁶. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "*atribución*", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*"⁶⁷.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*"⁶⁸. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁶⁹.

teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas". MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁶⁶ "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁶⁷ MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁶⁸ LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁶⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tomado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los*



Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁷⁰ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁷¹ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: "Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"⁷².

diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁷⁰ "El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

⁷¹ "La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

⁷² ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación -afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.



En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

"... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁷³ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁷⁴. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano"⁷⁵.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

"En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de

⁷³ Deberes de protección que es "una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos". CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁷⁴ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁷⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.



salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{76,77}.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

"Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁷⁸. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un

⁷⁶ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁷⁸ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboht Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.



*comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella*⁷⁹.

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

4. La responsabilidad extracontractual del Estado por el hecho del juez: Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia – Reiteración jurisprudencial

En este punto, cabe señalar que la jurisprudencia de la Corporación respecto de la responsabilidad del Estado por la función judicial ha sido objeto de una importante evolución⁸⁰.

Antes de la expedición de la Constitución de 1991 el Consejo de Estado hacía una distinción entre la falla del servicio judicial, que se asimilaba a las actuaciones administrativas de la jurisdicción y el error judicial, que se predicaba de los actos propiamente jurisdiccionales. Así las cosas, en una primera etapa de la jurisprudencia, sólo se reconoció la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio judicial, pues en el caso del error judicial se daba preeminencia al principio de la cosa juzgada y se consideraba un riesgo que debían asumir todas las personas, al ponerse en funcionamiento el aparato judicial⁸¹.

Sin embargo, la Constitución de 1991 aclaró el panorama en este tema, pues el artículo 90 establece, como regla general, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de todas las autoridades públicas, disposición constitucional que sin duda incluye a las autoridades judiciales.

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13164.

⁸¹ *Ibidem*. En este sentido véase también la Sentencia del 14 de febrero de 1980, Exp. 2367 y el auto del 26 de noviembre de 1980, Exp. 3062.



Posteriormente, la Ley 270 de 1996 reguló el tema y en su artículo 65 estableció que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por: i) error jurisdiccional; ii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; y iii) privación injusta de la libertad.

Respecto de la segunda del segundo de los eventos arriba señalados, esto es, la responsabilidad patrimonial por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puede decirse que de conformidad con el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, además de las hipótesis de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, todo aquel que hubiese padecido un daño antijurídico como consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener reparación.

Al respecto, la Sala ha precisado que el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia funge como título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado *"en aquellos supuestos en los cuales la responsabilidad se deriva de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso⁸² o la ejecución de las providencias de los jueces⁸³".* En tal sentido, la Sala ha retomado la doctrina española en los siguientes términos:

" (...) [N]os encontramos en el dominio de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre y cuando la lesión se haya producido en el 'giro o tráfico jurisdiccional', entendido éste como el conjunto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerán en el ámbito del error judicial); a sensu contrario, no entrarían en este concepto aquéllas actividades que produjesen un daño -incluso si éste fuese identificado plenamente como achacable a la actuación de un Juez o Magistrado -si su actuación no se hubiese realizado en el mencionado 'giro o tráfico jurisdiccional', sino en otro tipo de actuaciones distintas.

En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no

⁸² Así, por ejemplo, con anterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991 fue condenada la Nación, por fallas del servicio judicial, en eventos relacionados con la sustracción de títulos valores o falsificación de oficios —Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1990, expediente: 5451— y ya después de entrada en vigencia la Constitución Política de 1991, en providencia de esta Sala, calendada el 12 de septiembre de 1996 —expediente: 11.092—, se condenó al Estado a reparar los perjuicios sufridos por el adjudicatario de unos bienes que fueron rematados en un proceso ejecutivo, a pesar de que contra la sociedad propietaria de éstos se adelantaba un proceso de quiebra, circunstancia ésta que generó la invalidez del remate.

⁸³ En este sentido puede verse, por vía de ejemplo, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2001. Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 12719.



consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho”⁸⁴.

Así pues, el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia como título de imputación de responsabilidad del Estado aplica para aquellas hipótesis en las cuales el daño no se produce como consecuencia de una decisión del funcionario judicial, sino que se deriva de actuaciones administrativas o secretariales adelantadas en el curso de los procesos judiciales⁸⁵. En este sentido, las actuaciones u omisiones que dan lugar al defectuoso funcionamiento pueden provenir no solo de los funcionarios judiciales, “sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales.”⁸⁶

5. Caso concreto

5.1. Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

- a) Que los señores Leidy Johana Rodríguez Colmenares⁸⁷ y Luis Eusebio Rodríguez Solano⁸⁸ son hijos de José Joaquín Rodríguez Contreras. Igualmente, se acreditó que este último contrajo matrimonio con la señora María Elvira Solano Galvis⁸⁹.

⁸⁴ Nota original de la sentencia citada: Cobreros Mendazona, Eduardo. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. Madrid. Cuadernos Civitas. 1998, pág. 25.

⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 17 de agosto de 2010. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 17301.

⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 16 de febrero de 2006. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra, Exp. 14307.

⁸⁷ Folio 229 del cuaderno No. 1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, en la que se da cuenta de su calidad de hija respecto de los señores José Joaquín Rodríguez Contreras y María Soriana Colmenares Solano.

⁸⁸ Folio 230 del cuaderno No. 1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento, en la que se da cuenta de su calidad de hijo respecto de los señores José Joaquín Rodríguez Contreras y María Elvira Solano Galvis.

⁸⁹ Folio 231 del cuaderno No. 1. Copia auténtica del Registro Civil de matrimonio, en la que se da cuenta de su calidad de esposa del señor José Joaquín Rodríguez Contreras.



- b) Respecto de la adquisición y registro del vehículo Jeep Wagoneer de placas KAL – 850 por parte del señor José Joaquín Rodríguez Contreras, se probó que:
1. Dicho automotor fue entregado al actor en depósito como garantía de pago del valor de un vehículo vendido por el actor a la señora Alcira Suárez Carreño. Tras vencerse un término de 60 días contados a partir de la suscripción del contrato, el señor Rodríguez Contreras podría disponer del vehículo como si fuese propio. El contrato mencionado fue suscrito el 4 de octubre de 1992⁹⁰.
 2. El Servicio Autónomo de Tránsito y Transporte del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de la República de Venezuela dio fe del registro realizado respecto del mencionado vehículo, en el cual se identifica como propietario al señor José Joaquín Rodríguez Contreras⁹¹.
- c) Con relación a la compra del revólver calibre 38, marca Llama, modelo Martial y la expedición de su salvoconducto, se acreditó que dicho elemento le fue vendido por la Industria Militar colombiana a José Joaquín Rodríguez Contreras el 28 de octubre de 1996 con su respectivo salvoconducto⁹².
- d) Frente a la incautación realizada sobre los elementos antes mencionados por parte del Comando del Grupo de Caballería Mecanizado N° 5 Maza, se acreditó que la misma se produjo el día 21 de enero de 1993 de manera concomitante con la captura del señor José Joaquín Rodríguez Contreras⁹³.
- e) Respecto de las decisiones judiciales que ordenaron la devolución inmediata del vehículo de placas KAL – 850 y el revólver marca Llama, modelo Martial, Calibre 38', se encuentra probado que el Juzgado Regional de Cúcuta, dentro de laprovidencia del 29 de noviembre de 1996, ordenó en el numeral primero de su parte resolutive la entrega inmediata de dichos

⁹⁰ Folio 53 del cuaderno proveniente del incidente adelantado por el demandante para la entrega del vehículo, ante la Fiscalía General de la Nación. Copia auténtica del contrato remitida por la secretaría común de la Dirección Regional de Fiscalías de Cúcuta.

⁹¹ Folio 234 del cuaderno No.1. Original del certificado de registro de automotor expedido por el servicio autónomo de transporte y tránsito terrestre del Ministerio de Transporte y Comunicaciones de la República de Venezuela.

⁹² Copia auténtica de la factura de venta 0913918 expedida por el almacén N° 57 de la Industria Militar ubicado en la ciudad de Cúcuta. Folio 11 del cuaderno proveniente del proceso disciplinario N° 022-5055/95 de la Procuraduría General de la Nación.

⁹³ Copia auténtica del acta de visita especial practicada en las instalaciones de la Secretaría Común de la Fiscalía Regional con vista al proceso 3336. Folio 19 del cuaderno proveniente del proceso disciplinario N° 022-5055/95 de la Procuraduría General de la Nación.



elementos en favor del señor José Joaquín Rodríguez Contreras⁹⁴. Igualmente, fue acreditada la confirmación de dicha providencia en sede de consulta por parte de la Sala de Decisión del Tribunal Nacional, por medio de interlocutorio del 18 de marzo de 1997⁹⁵.

La Sala resalta la ausencia de pronunciamiento alguno por parte de las entidades demandadas respecto de la entrega de los referidos bienes al señor Joaquín Rodríguez Contreras por parte de la Fiscalía General de la Nación; así como también, la inexistencia dentro del proceso de cualquier prueba que pueda dar por acreditado que dichos bienes hayan sido devueltos al actor.

5.2. Legitimación en la causa por activa

Es ente punto, la Subsección considera necesario pronunciarse respecto de la legitimación en la causa por activa del señor José Joaquín Rodríguez Contreras respecto de las pretensiones relacionadas con la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia del decomiso del vehículo de placas KAL – 850, por cuanto, a juicio de la Sala, no logró acreditarse en debida forma la titularidad del derecho de propiedad que respecto del mismo por parte del actor.

Lo anterior por cuanto no se configuraron los elementos que, para el caso de los vehículos automotores dan lugar a la adquisición de la calidad de propietario. En efecto, se observa que el contrato suscrito el 4 de octubre de 1992 entre el actor y la señora Alcira Suárez Carreño en ningún aparte señaló la transferencia del derecho real de dominio sobre el referido rodante en favor del señor Rodríguez Contreras. Por el contrario, de manera expresa se indicó en dicho documento que el bien era entregado en depósito al actor.

Por otro lado, se advierte que el certificado de registro de vehículo por medio del cual se busca acreditar la calidad de propietario de la que se hizo mención fue expedido

⁹⁴ Copia auténtica de la decisión proferida por el Juzgado Regional de Cúcuta. Folios 85 a 90 del cuaderno proveniente del incidente adelantado por el demandante para la entrega del vehículo, ante la Fiscalía General de la Nación. La providencia fue notificada el 5 de diciembre de 1996, según consta en la constancia de notificación personal obrante a folio 91 del mismo cuaderno.

⁹⁵ Copia auténtica de la decisión proferida por el Tribunal Nacional. Folios 353 a 366 del cuaderno principal.



el 9 de junio de 1997, es decir, más de 4 años después de la fecha en que le fue retenido el automotor. Así, teniendo en cuenta que en el documento no se expresa el momento desde el cual se adquirió la calidad de dueño respecto del bien en mención, no puede considerarse probada tal condición con fundamento en el material probatorio referido.

Adicionalmente, dado que la matrícula del vehículo fue realizada en Venezuela, en el caso concreto debieron observarse exigencias probatorias adicionales relacionadas con la aplicabilidad de una normatividad foránea, por cuanto debió acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos para la configuración de la calidad de propietario de un vehículo automotor por la ley del país en que se produjo la adquisición del mismo, debiendo, así mismo, probarse la existencia y contenido de dicha normatividad.

En efecto, el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil establece la manera en que ha de acreditarse el texto de aquellas normas que rigen fuera del territorio nacional. Así:

"Artículo 188.- El texto de las normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá al proceso en copia auténtica de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, autenticada en la forma prevista en el artículo 259. También podrá ser expedida por el Cónsul de ese país en Colombia, cuya firma autenticará el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, ésta podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen.

En este punto, resulta pertinente reiterar la posición sentada por esta Subsección en pronunciamientos anteriores⁹⁶. La Sala ha explicado en múltiples oportunidades⁹⁷ que en los juicios ordinarios existe legitimación en la causa de hecho y legitimación en la causa material, de modo que, la legitimación de hecho

⁹⁶ Se reitera lo dicho en la sentencia de 26 de septiembre de 2012, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del expediente 23340. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹⁷ Ver sentencias de la Sección Tercera, 15 de junio de 2000, expediente: 10171; 20 de septiembre de 2001, expediente: 10973; 22 de noviembre de 2001, expediente: 13356; 17 de junio de 2004, expediente: 14452; 28 de abril de 2005, expediente: 4178; 27 de abril de 2006, expediente: 15352; 31 de octubre de 2007, expediente: 13503; 30 de marzo de 2011, expediente: 33238; 8 de junio de 2011, expediente: 19573; 22 de junio de 2011, expediente: 16703.



se entabla con la relación procesal entre el demandante y el demandado a través de las pretensiones, es decir, tal relación tiene origen en la demanda y en su notificación personal al demandado; y por su parte, la legitimación material se refiere a la participación real en el hecho que origina la presentación de la demanda, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio⁹⁸.

De lo anterior se colige claramente que:

"(...) puede suceder que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores (...)"⁹⁹.

Por lo tanto:

"Puede ocurrir entonces que la afirmación de hecho en la demanda y en términos del artículo 86 del C. C. A, de que la parte demandante se crea "interesada" (legitimación de hecho en la causa) no resulte cierta en el proceso, y por lo tanto no demuestre su legitimación material en la causa"¹⁰⁰.

En relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa material, entendida como la relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, la Sala encuentra que constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una u otra parte.

⁹⁸ Sentencia de 21 de septiembre de 2011, expediente: 20705.

⁹⁹ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que "... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo — no el procesal—. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, expediente: 10973. En este sentido véase también la sentencia del 19 de agosto de 2011, expediente: 19237.

¹⁰⁰ Sentencia de 10 de agosto de 2005, expediente: 13444.



En este orden, es presupuesto sustancial¹⁰¹ de la sentencia favorable a las pretensiones o excepciones de la demanda que exista:

*"(...) identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada"*¹⁰².

Con fundamento en lo anterior, se tiene que la parte actora no logró acreditar debidamente la calidad de propietario que adujo el señor José Joaquín Rodríguez Contreras en la demanda. Por consecuencia, la Sala considera probada la ausencia de legitimación en la causa por activa del referido demandante respecto de las pretensiones indemnizatorias relacionadas con el despojo y deterioro del vehículo Jepp Wagoneer que fue retenido al momento de su captura.

Ahora bien, cosa distinta sucede con la calidad de propietario que el actor alegó respecto del revólver Llama, Martial Calibre 38, por cuanto la factura de compra expedida por la industria militar colombiana, en la que se da cuenta de la compraventa celebrada por el actor sobre dicho bien y del salvoconducto entregado a él para el porte del arma, acreditan el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 1663 de 1979 (artículos 4 y 23) en lo relacionado con el porte de armas por parte de civiles, norma vigente al momento de la compra del revolver.

5.3. Daño antijurídico

En cuanto al daño antijurídico, la Sala reitera que éste, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable: i) bien porque es contrario a la Constitución Política o, en general, a cualquier norma de derecho positivo, o ii)

¹⁰¹ "(...) una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada". Sentencia del 1 de marzo de 2006, expediente: 13764.

¹⁰² Sentencia de 23 de octubre de 1990, expediente: 6054.



porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

El precedente de la Corte Constitucional sobre el tema señala que la *"antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*¹⁰³. Así mismo, se afirma que *"(...) esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"*¹⁰⁴ (Sic).

Por otra parte, la Corte también ha considerado que el daño antijurídico se encuadra en los *"principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución"*¹⁰⁵.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1º de agosto 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Puede verse también: Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 29 de octubre de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que "la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos", definiéndose como "violación de una norma especial o de la más



Ahora bien, la noción de daño antijurídico es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo ha señalado la Sala un *"Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"*¹⁰⁶. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁰⁷, anormal¹⁰⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁰⁹.

En este orden de ideas, *"el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil"*¹¹⁰.

Así las cosas, el daño se convierte en el primer elemento de la responsabilidad, es la causa de la reparación, se trata de un requisito indispensable para declarar la responsabilidad del Estado¹¹¹. Sin embargo, pese a la existencia del daño, es

genérica alterum non laedere". DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual.*, ob., cit., p.298.

¹⁰⁶ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de mayo de 2005. Exp. 2001-01541 AG, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰⁸ "(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. 1999-02382 AG, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

¹¹⁰ Hinestrosa, Fernando. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa.* Citado por Henao, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 36.

¹¹¹ Respecto del daño como presupuesto para declarar la responsabilidad del Estado y como primer elemento a estudiar en los procesos de reparación directa, véase, entre otras sentencias, Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 10 de septiembre de 1993, Exp. 6.144, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández; del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.135; del 9 de marzo de 2000, Exp. 11.005; del 16 de marzo de 2000, Exp. 11.890; del 18 de mayo de 2000, Exp. 12.129; del 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625; del 4 de diciembre de 2007, Exp. 16.241; del 1 de diciembre de 2008, Exp. 16.472.



posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, “es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”¹¹².

Una vez el juez logra verificar la existencia del daño, le corresponde determinar la naturaleza del mismo, esto es, analizar si es posible calificarlo como **antijurídico o injusto**, puesto que a la luz del artículo 90 de la Constitución Política el Estado responderá patrimonialmente **sólo por los daños antijurídicos que le sean imputables**, lo que significa que no habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado cuando el juez concluya que el demandante tenía el deber de soportar el daño sufrido¹¹³. Y, ¿cuándo se está ante un daño antijurídico?, cuando el ordenamiento jurídico no se lo impone a quien lo sufre, dicho de otro modo, cuando no existe una razón legal o de derecho que obligue a padecerlo¹¹⁴.

Realizada la valoración probatoria, la Sala encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico consistente en el detrimento patrimonial sufrido por el señor José Joaquín Rodríguez Contreras, debido a la no devolución del revólver marca Llama, modelo Martial, Calibre 38, cuya propiedad fue debidamente probada.

5.4. Juicio de imputación

No siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si dicho daño puede ser atribuido fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas o a alguna de ellas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

Conforme lo acreditado dentro del presente plenario, es claro que el daño antijurídico al que se hizo referencia es imputable fáctica y jurídicamente a la

¹¹² Henao, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 38.

¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625.

¹¹⁴ Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Temis, 5ª Edición, 2011, pp. 28 y ss.



Fiscalía General de la Nación, por cuanto fue dicha entidad la encargada de recibir los bienes incautados al señor Rodríguez Contreras al momento de su captura y ha sido dicha entidad la que no ha cumplido con las resoluciones interlocutorias en virtud de las cuales se ordenó la devolución del arma de fuego tipo revólver, marca Llama, modelo Martial, calibre 38, conducta que constituye a todas luces un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

6. Indemnización de perjuicios

Teniendo en cuenta que sólo se logró acreditar como daño antijurídico imputable a la Fiscalía General de la Nación la retención ilegítima del revólver de propiedad del señor Rodríguez Contreras, se procederá a examinar el eventual reconocimiento y tasación de los perjuicios derivados del mismo.

Como se observa en la demanda, la parte actora condensó la solicitud de reparación de perjuicios materiales relacionados con el deterioro y pérdida del vehículo y el arma de fuego retenidos el día en que fue privado de la libertad el actor. Dicho *petitum* se expresó en los siguientes términos:

“Que se condene a pagar a LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN los PERJUICIOS MATERIALES ocasionados al señor JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS por el deterioro y desvalijamiento de su vehículo camioneta marca Jeep Wagonier, placa KAL – 850 de Venezuela, modelo 1980, color azul y la pérdida de su revólver marca llama, modelo martial, calibre 38L\$, número IM – 7432B por ser su legítimo poseedor y dueño respectivamente, los cuales les fueron retenidos en el momento de su injusta retención personal, estimándolos en una suma aproximada de CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$5.000.000.00), los cuales se establecerán mediante prueba pericial.”

De lo transcrito se colige que la reparación solicitada hace referencia al daño emergente consistente en la disminución patrimonial que se produjo con la pérdida del revólver descrito en dicho aparte. En consecuencia, sólo podrá considerarse en el presente acápite lo probado con relación a dicha afectación patrimonial.

Al respecto, advierte la Sala que si bien se acreditó que el demandante fue despojado del arma de fuego mencionada y que la misma era de su propiedad, no



es posible extraer del acervo probatorio la información suficiente para tasar el monto requerido para la indemnización del mencionado perjuicio.

Así las cosas, habiéndose probado la existencia del daño mencionado, pero siendo imposible determinar su magnitud con los elementos probatorios obrantes en el expediente, resulta necesaria la práctica de un incidente de liquidación que permita determinar el *quantum* del mismo.

La Sala considera que el incidente de liquidación de perjuicios que se lleve a cabo deberá adelantarse tomando como base el valor del arma de fuego según lo previsto en la factura de venta N° 09139118 que obra en el expediente, y un dictamen pericial en el que se establezca la posible depreciación que la misma hubiese sufrido, a fin de que la Fiscalía General de la Nación indemnice al demandante con el valor equivalente en pesos colombianos, en todo caso, sin exceder la suma solicitada en la demanda, claro está, debidamente actualizada.

Por las razones antes expuestas, la Sala **revocará** la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 28 de noviembre de 2003.

5. Condena en costas

Esta Subsección recuerda que en virtud de lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 sólo habrá lugar a imponer a alguna de las partes una condena en costas cuando actúe de manera temeraria dentro del proceso. Tomando en cuenta lo anterior y tras revisar la conducta procesal de las partes, esta Sala considera improcedente la imposición de una condena en costas en su contra, por cuanto no actuaron con temeridad a lo largo del presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 28 de noviembre de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a la Fiscalía General de la Nación a pagar a favor del señor **JOAQUIN RODRIGUEZ CONTRERAS** por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la suma que se establezca en el incidente de liquidación de perjuicios que deberá tramitarse dentro del término legal ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de acuerdo a lo establecido en el artículo 172 del C.C.A. y en estricto cumplimiento de los criterios y parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero

Olga Melida Valle de la Hoz
OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

Consejera
Relatora de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente
Presidente de la Sala