



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., (19) diecinueve de octubre de dos mil once (2011)

Radicación: 730012331000199802055 01 (20362)

Actores: JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN y CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Asunto: Acción de Reparación Directa (Sentencia)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de diciembre de 2000 proferida por la Sección Tercera de la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la que se dispuso:

“PRIMERO: Deniéganse las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente al Director Seccional de Administración Judicial de Bogotá, para su traslado al Tribunal de origen (Acuerdo 810 de 2000 del C. S de la J.).

Esta providencia fue aprobada en sesión de la fecha.” (Sic)

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El día 29 de octubre de 1998, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos, MARIA PAULA OROZCO ALDANA y EDER LEONARDO OROZCO FERRUCHO, de su padre, JOSÉ OLMEDO OROZCO BEDOYA, y de sus hermanos FERNET, OLMEDO, MARIA ESMERALDA e IVÁN DARIO OROZCO GIRALDO, presentó demanda en

ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., mediante la cual solicitó que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

"1.- Solicito, que mediante los tramites del proceso ordinario de REPARACIÓN DIRECTA Y CUMPLIMIENTO, se declare que: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, son solidaria y administrativamente responsables de todos los daños y perjuicios tanto de orden material como moral, que le fueron causados al suscrito JOSE JACINTO OROZCO GIRALDO, como directamente afectado por la FALLA EN EL SERVICIO POLICIAL y por el ERROR JUDICIAL, y/o DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, cometido por los funcionarios que actuaron en mi contra mediante pruebas recogidas por la policia, a través de procedimientos violatorios de la Constitución Nacional y la Ley penal colombiana. Al igual que a mi padre JOSE OLMEDO OROZCO BEDOYA, y, a mis hermanos FERNET, OLMEDO, MARIA ESMERALDA, E IVAN DARIO OROZCO GIRALDO, así como a mis menores hijos MARIA PAULA OROZCO ALDANA y EDER LEONARDO OROZCO FERRUCHO. Personas todas, quienes sufrieron perjuicios como consecuencia de los daños morales ocasionados con las MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO QUE SIN CAUSA JUSTA NI LEGAL, se dictaron en mi contra, la primera proferida por el Fiscal 40, seccional de Lerida – Tolima, PEDRO JOSÉ TORRES FLOREZ, I Segunda por el Fiscal (1) primero Delegado para ante el Tribunal Superior de Ibagué – Sala Penal, HERNANDO RESTREPO OSPINA, Con fecha 26 de marzo de 1.995. La que tuvo una duración efectiva de 30 meses.

2.- Como consecuencia de la declaración anterior, se ordenará a las entidades demandadas: REPARAR INTEGRALMENTE Y DE MANERA SOLIDARIA O MANCOMUNADA PAGAR AL SUSCRITO Y / A MIS PARIENTES, LOS PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES, Tanto objetivados como subjetivados, actuales y futuros, los cuales estimo en la suma de MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/TE, (\$1.200.000.000.00), sumas que deberán cancelar los entes demandados, sin que el señalamiento de dicha cuantía constituya limitación para que sean reconocidos superiores perjuicios de la naturaleza y cuantía que resulten probados en el presente proceso.

3.- La condena respectiva, o sea el monto total de la indemnización será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A., mediante la aplicación de los mecanismos, procedimientos y formulas adoptados por el H. Consejo de Estado, en diferentes oportunidades, actualización que se hará con sus correspondientes intereses desde la ocurrencia de los hechos dañosos y hasta cuando se de cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo definitivo. Así lo dejo solicitado.

4.- Sobre las sumas a que resulten condenadas las entidades a que resulten condenadas las entidades demandadas, se dispondrá lo que ordena los Artículos 176 y 177 del C.C.A., en cuanto a pago de intereses corrientes y moratorios, los que se aplicaran desde la ejecutoria de la sentencia que señale tales sumas. Quedando solicitado su reconocimiento y pago en esta forma.

5.- Que se condene en costas y agencias en derecho a las partes demandadas." (Sic).

¹ Fls. 1 a 185 del C. 1.

1.2. Fundamento fáctico

Según el actor, los hechos que motivaron la presentación de la demanda son los siguientes:

- a) El señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO fue candidato a la Alcaldía del municipio de Casabianca, Tolima, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997.
- b) El día 2 de octubre de 1994, el señor JAIRO SENEN OSORIO MEJIA, candidato al mismo cargo de elección popular, fue asesinado en el municipio de Armero, Tolima. Tal candidatura fue asumida por su hijo, el señor CARLOS EDUAR OSORIO AGUIAR.
- c) Al cabo de la jornada electoral de 30 de octubre de 1994, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO fue elegido alcalde del municipio de Casabianca, Tolima. Según se estableció en la demanda, éste se posesionó en una finca de su propiedad en presencia del Personero Municipal y tres testigos.
- d) El señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO ejerció el cargo de Alcalde del mencionado municipio hasta el día 27 de marzo de 1995. En efecto, si bien desde la muerte del señor JAIRO SENEN OSORIO MEJIA se le había vinculado a la investigación, sólo hasta tal fecha la Fiscalía profirió medida de aseguramiento en contra del Alcalde electo.
- e) Según afirma el demandante, *"la investigación se orientó en mi contra por unas pruebas falsas e inventadas, que mediante procedimientos arbitrarios, bajo tortura física y psicológica, recogieron unos policías radicados en la ciudad de Honda – Tolima y la Dorada Caldas, quienes capturaron a un individuo llamado JHON JAIRO ORTIZ VILLANUEVA, registrando su domicilio, sin orden de autoridad competente, lo sindicaron de un hecho de homicidio que supuestamente había cometido en la Dorada Caldas, pero como si fuera poco aprovecharon para relacionarlo con el de la muerte del candidato contrario a mi candidatura"*. (Sic)
- f) Una vez suspendido del cargo, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO se dio a la fuga para evitar su retención en un centro penitenciario.

- g) Según lo afirma el demandante, las providencias interlocutorias proferidas por la Fiscalía, así como la condena establecida en la sentencia de primera instancia, le causaron graves perjuicios morales y afectaron su imagen profesional, así como la reputación de su familia.
- h) La defensa y el agente del Ministerio Público solicitaron desde el inicio de la investigación que ésta precluyera dado que se fundaba en pruebas "NULAS DE PLENO DERECHO".
- i) Tras el trámite del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, mediante providencia de 29 de octubre de 1997, el H. Tribunal Nacional revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, profirió sentencia absolutoria. Según el demandante, *"El Tribunal Nacional en la sentencia absolutoria, encontró que en efecto la prueba utilizada para dar origen a mi sindicación era espúrea, nula o inexistente, por provenir de medios prohibidos por la ley y la Constitución nacional"* (Sic).
- j) No obstante lo anterior, el demandante afirma que el día 8 de marzo de 1998, fue capturado en las instalaciones de Corferias en Bogotá, por cuanto *"aparecía una orden de captura vigente de la ciudad de Ibagué – Tolima, exactamente por el mismo caso del que había sido absuelto, fui trasladado a un estación de policía, encalabozado por más de 11 horas, hasta que pude aclarar la situación mostrando las constancias del Tribunal Nacional y recortes de prensa referente a mi absolución (...)"* (Sic).
- k) Tras presentar sendos escritos contentivos de derechos de petición, hasta el 26 de mayo de 1998 se canceló la orden de detención en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO.
- l) Además de los perjuicios morales, el demandante sostiene que contrató los servicios profesionales de un abogado para que ejerciera su representación judicial en el proceso penal referido, lo cual representó un gasto de quince millones de pesos por concepto de honorarios profesionales.

1.3. Fundamento jurídico

Tras reseñar senda jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, el actor señaló que **"Se probará en el presente proceso EL CRASO ERROR JUDICIAL Y LA MANIFIESTA EQUIVOCACIÓN O SU DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO, en que se incurrió contra el suscrito, además LA**

OBSTINADA CONDUCTA DE LOS INVESTIGADORES Y DEL JUEZ, que no obstante, la defensa y el MINISTERIO PÚBLICO, suplicarles muy reiteradamente que las pruebas en las que se basaban la incriminación o acusación habían sido adquiridas y allegadas al proceso por procedimientos prohibidos por la ley y la Constitución Nacional, realizados por agentes del Estado (POLICIALES), y, que como tal no daban base ni para acusar ni para sentenciar, pero contraviniendo las súplicas de la defensa y el Ministerio Público no sólo me acusaron sino que me juzgaron, imponiendo una aberrante sentencia de CUARENTA Y CINCO AÑOS DE PRISIÓN." (Sic).

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

Mediante providencia de 11 de noviembre de 1998, el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda de la referencia y ordenó tramitarla conforme a ley².

Dicha providencia fue notificada personalmente al Director Seccional de la Fiscalía General de la Nación³ y al Director Seccional Ejecutivo de la Administración Judicial⁴ el día 29 de diciembre de 1998, así como al Comandante Departamental de la Policía del Tolima⁵ el 18 de enero de 1999.

2.2. Escritos de contestación a la demanda

a) Contestación de la Policía Nacional

El 9 de febrero de 1999, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional presentó escrito de contestación a la demanda por medio del cual manifestó que *"De las pruebas que se alleguen al proceso se podrá determinar si hubo o no responsabilidad de la Administración, examinando las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; pues la sola afirmación en la*

² Fls. 186 y 187 del C.1.

³ Fl. 190 del C.1.

⁴ Fl. 191 del C.1.

⁵ Fl. 192 del C.1.

*demanda, no es prueba fehaciente para dar por sentada la responsabilidad de la Policía Nacional en el presente caso*⁶ (Sic).

b) Contestación de la Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito presentado el 12 de febrero de 1992⁷, el representante judicial de la Fiscalía General de la Nación se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor por cuanto "*(...) la detención preventiva que sufriera JOSE JACINTO OROZCO GIRALDO no puede ser tildada como ilegal, por el solo hecho de concluir con la preclusión de la investigación (...)*", además, según el representante de ésta entidad, "*Los supuestos esenciales del libelo demandatorio no permiten estructurar una responsabilidad administrativa, patrimonial e indemnizatoria en cabeza de mi representada, puesto que no existe causal constitutiva de falta o falla en el servicio, en razón a que falta uno de los presupuestos básicos para declararla responsable y al no existir nexo causal, no se le puede endilgar responsabilidad*".

En efecto, según el representante del ente acusatorio, el Fiscal que conoció del asunto referido actuó conforme a la ley y, en consecuencia, no incurrió en falla del servicio alguna. Además, se señaló que en caso de resultar acreditado error jurisdiccional alguno, éste fue inducido por las investigaciones realizadas por la Policía General de la Nación, lo que constituye "*un eximente de responsabilidad a favor de mi representada porque su actuación se materializó a consecuencia de una investigación realizada por la Policía Nacional, entonces, mal podría un Fiscal descalificar o rechazar como por ensalmo las investigaciones realizadas por la Policía Nacional*". (Sic)

c) Contestación del Director Ejecutivo de la Administración Judicial

El día 12 de febrero de 1999⁸, el Director Ejecutivo de la Administración Judicial presentó su escrito de contestación a la demanda mediante el cual se opuso a las pretensiones formuladas por el actor, por cuanto, en su sentir, "*no hubo error*

⁶ Fls. 198 a 200 del C.1.

⁷ Fls. 207 a 228 del C.1.

⁸ Fls. 230 a 268 del C.1.

jurisdiccional ni falla en el servicio de Administración de Justicia en los hechos que narran como fundamento fáctico de la reclamación de perjuicios". (Sic).

En este sentido, el apoderado del Director Ejecutivo de la Administración Judicial señaló que *"la Fiscalía actuó porque de conformidad con el artículo 250 de la Carta Política tenía la obligación y el deber legal perentorio de no solo abrir la correspondiente investigación por el Homicidio del señor JAIRO SENEN OSORIO MEJIA, sino de investigar los hechos y vincular al proceso a quienes la Policía sindicaba de ser los autores del punible"*, en consecuencia, el accionar de dicho organismo fue conforme a ley. (Sic).

Además, en dicho escrito de contestación a la demanda se estableció que *"si bien el Tribunal Nacional REVOCO la sentencia condenatoria para en lugar dictar la absolutoria, no significa que la anterior hubiese sido ilegal, pues, sencillamente no había la prueba para condenarlos, y, conforme a las normas procesales, esa es la función de la segunda instancia, corregir, subsanar o enmendar las decisiones de los inferiores cuando no se comparte con éstos o no se tenga el mismo criterio jurídico sobre la prueba, porque de lo contrario sería admitir que siempre que el superior revoque una providencia que sea desfavorable al procesado, lo habilita para incoar acción de reparación directa"*. (Sic).

Además, afirma el representante de la entidad demandada que, en el caso concreto, no se cumplen los requisitos de que trata el artículo 414 del C de P.P., habida cuenta que el demandante, señor OROZCO GIRALDO, no estuvo privado de la libertad en momento alguno, y de otra parte, no resultó condenado.

3. Solicitud de acumulación

El día 2 de marzo de 1999, la apoderada del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, solicitó al Tribunal Administrativo del Tolima que decretara la acumulación procesal de los procedimientos seguidos por los señores JOSE MARIA RAMIREZ MATTAR, GERMAN OROZCO CORTES Y ROBERTO CASTRO BURITICA al expediente de la referencia⁹.

⁹ Fls. 1 a 3 del C.2.

Según la apoderada de dicha entidad, "los procesos relacionados son ordinarios de reparación directa, que se trámitan a través del mismo procedimiento, se basan en unos mismos hechos, la naturaleza de las pretensiones es la misma, corresponden al mismo demandado y se encuentran en al misma instancia, igualmente existe entre los mismo una conexidad por la causa y por el objeto" (Sic).

Mediante auto de 11 de marzo de 1999, el Tribunal denegó tal solicitud por cuanto no cumplía con el requisito relativo a la idéntidad de parte demandada establecido en el artículo 157 del C.P.C¹⁰.

4. Periodo probatorio

Por medio del auto de 19 de mayo de 1999, el Tribunal Administrativo de Tolima decretó las siguientes pruebas solicitadas por las partes¹¹:

A. Pruebas solicitadas por la parte demandante:

- 4.1. Los siguientes documentos fueron presentados junto con la demanda:
 - a. Registros civiles de nacimiento de EDER LEONARDO OROZCO FERRUCHO¹², IVAN DARIO¹³, JOSE JACINTO¹⁴, MARIA ESMERALDA¹⁵, FERNEDH¹⁶ y OLMEDO OROZCO GIRALDO¹⁷.
 - b. Certificado de las tasas de interés bancario vigentes a 19 de octubre de 1998¹⁸.
 - c. Copia del concepto presentado el 28 de septiembre de 1995 por la Procuraduría delegada ante el Fiscal que conoció del asunto seguido por la muerte de JAIRO SENES OSORIO MEJÍA¹⁹.

¹⁰ Fls. 4 y 5 del C.2.

¹¹ Fls. 286 a 289 del C.1

¹² Fl. 3 del C.1.

¹³ Fl. 3 del C.1.

¹⁴ Fl. 4 del C.1.

¹⁵ Fl. 5 del C.1.

¹⁶ Fl. 7 del C.1.

¹⁷ Fl. 6 del C.1.

¹⁸ Fl. 8 del C.1.

¹⁹ Fls. 44 a 54 del C.1.

- d. Copia simple de la sentencia condenatoria proferida el 17 de abril de 1997 por el Juzgado Regional de Bogotá en contra de JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO y otros²⁰.
 - e. Copia auténtica de la sentencia proferida el 29 de octubre de 1997 por la Sala de Decisión del Tribunal Nacional en contra de JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO y otros²¹.
 - f. Copia auténtica del diploma de abogado del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO²².
 - g. Copia auténtica del diploma de especialista en derecho probatorio del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO²³.
 - h. Constancia del pago de dos millones de pesos por concepto de honorarios de abogado²⁴.
 - i. Copia de derechos de petición mediante los cuales el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO solicitó la cancelación de las órdenes de captura en su contra.
 - j. Copia simple del acta de derechos del capturado JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO de 8 de marzo de 1998²⁵.
 - k. Certificación de la DIJIN mediante la cual se señala que el día 26 de mayo de 1998 se canceló la orden de captura en contra señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO.
 - l. Apartes de diferentes periódicos que informaron acerca de los hechos objeto de la presente acción²⁶.
- 4.2. Oficio a la Secretaria de los Juzgados Regionales ubicados en la ciudad de Santafé de Bogotá para que, a costa del interesado, se expidiera copia auténtica del expediente penal seguido en contra del señor JOSE JACINTO OROZCO GIRALDO²⁷.
- 4.3. Oficio a la Secretaria de Gobierno y a la Oficina Jurídica de la Gobernación del Tolima para que remitieran copia auténtica de todos los documentos que acreditan al señor JOSE JACINTO OROZCO GIRALDO como Alcalde

²⁰ Fls. 56 a 106 del C.1.

²¹ Fls. 107 a 152 del C.1.

²² Fl. 25 del C.1.

²³ Fl. 55 del C.1.

²⁴ Fl. 15 del C.1.

²⁵ Fl. 28 del C.1.

²⁶ Fls. 29 a 43 del C.1

²⁷ Fl. 289 del C.1.

- del Municipio de Casabianca, Tolima, entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997²⁸.
- 4.4. Oficio al Consejo Nacional Electoral y al Registrador Nacional del Estado Civil para que remitieran los documentos que acreditan al señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO como Alcalde electo del señor Casabianca, Tolima²⁹.
- 4.5. Oficio al Registrador Municipal de Casabianca, Tolima, para que remitiera copia auténtica de la credencial que acredita al señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO como Alcalde electo del municipio de Casabianca, Tolima³⁰.
- 4.6. Oficio a la Dirección Nacional de Policía Judicial DIJIN para que remitiera constancia de la fecha en la que se canceló la orden de captura en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO³¹.
- 4.7. Oficio a la Tesorería Municipal de Casabianca, Tolima, para que certificaran a partir de cuándo el señor JOSE JACINTO OROZCO GIRALDO dejó de percibir dinero por concepto de salarios, primas, vacaciones, viáticos y cesantías, durante el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 1995 y el 31 de diciembre de 1997³².
- 4.8. Recepción de los testimonios de IVÁN ENRIQUE ARIZA ZANABRIA, HERNANDO ARIZA ZANABRIA, BETTY AIDE ARIZA ZANABRIA, MARIO ALBERTO NOVOA MONTENEGRO, OSCAR OVALLE LOZANO, OSCAR BRAVO, EDGARDO TOLOSA VILLABONA Y JOSÉ DEL CARMEN ESPINEL VERA. Para la realización de la audiencia de recepción de testimonios, se comisionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca³³.
- 4.9. Recepción de los testimonios de RAFAEL EDUARDO ROJAS PARADA y WILLIAM ANTONIO GRISALES OSSA, ambos mayores de la Policía Nacional. Para tal efecto, se comisionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁴.
- 4.10. Recepción de los testimonios de RUSBEN ELIAS GARICA GUEVARA y OMAR RODRIGUEZ PENAL, ambos miembros de la Policía Nacional.

²⁸ Fls. 290 y 291 del C.1. Cfr. Fls. 2 a 7 del C.3.

²⁹ Fls. 292 y 203 del C.1. Cfr. Fl. 1 del C.3.

³⁰ Fl. 294 del C.1.

³¹ Fl. 296 del C.1. Cfr. Fl. 1 del C.3.

³² Fl. 295 del C.1. Cfr. Fl. 7 del C.2.

³³ Fl. 299 del C.1. Cfr. Fl. 180, 181, 182, 183 del C.3.

³⁴ Fls. 319 a 321 del C.1.

Para tal efecto, se comisionó al Juez Civil del Circuito de La Dorada, Caldas, y posteriormente, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁵.

- 4.11. Recepción del testimonio de PEDRO JOSÉ TORRES FLÓREZ, Fiscal Seccional de Ibagué³⁶.
- 4.12. Realización del interrogatorio del Fiscal General de la Nación³⁷ y del Director General de la Policía Nacional³⁸.
- 4.13. Dictamen pericial de los contadores GUILLERMO RENGIFO HERNANDEZ y JAVIER RODRIGUEZ LOZANO para estimar los daños y perjuicios materiales causados al demandante³⁹.

B. Pruebas solicitadas por la Policía Nacional:

- 4.14. Oficio al Comandante de Policía del Distrito Seis (Honda) y a quien haga sus veces en La Dorada, Caldas, para que allegaran los antecedentes sobre el procedimiento investigativo realizado por miembros policiales en relación con el homicidio de JAIRO SENEN OSORIO MEJIA⁴⁰.
- 4.15. Oficio al Departamento Administrativo de Seguridad, la DIJIN de Bogotá y la SIJIN del Tolima, para que remitieran los antecedentes penales y/o de policía del señor JHON JAIRO ORTIZ VILLANUEVA⁴¹.
- 4.16. Oficio a la Procuraduría General de la Nación para que certificaran si se adelantó algún proceso disciplinario en contra de los miembros policiales que adelantaron los trámites de investigación relacionados con el homicidio de JAIRO SENEN OSORIO MEJIA⁴².
- 4.17. Oficio al Comandante de la Policía del Tolima y al Personero Municipal de Casabianca, Tolima, para que certificaran si se adelantó proceso disciplinario alguno en contra de los agentes relacionados con los trámites de investigación relacionados con el homicidio de JAIRO SENEN OSORIO MEJIA.⁴³

C. Pruebas solicitadas por la Fiscalía General de la Nación

³⁵ Fls. 319 a 321 del C.1. Cfr. Fls. 85, 86 y 127 a 130 del C.3.

³⁶ Fls. 15, 55 y 56 del C.3.

³⁷ Fl. 297 del C.1. Cfr. Fls. 32 a 45 del C.3.

³⁸ Fl. 298 del C.1.

³⁹ Fls. 324 y 325 del C.1. Cfr. Fls. 16 a 41 y 64 a 84 del C.3.

⁴⁰ Fls. 300 y 301 del C.1. Cfr. 3 a 12 del C.4.

⁴¹ Fls. 302 a 304 del C.1. Cfr. Fl. 2 del C.4.

⁴² Fls. 305 y 307 del C.1. Cfr. Fl. 1 del C.4.

⁴³ Fls. 306 y 308 del C.1. Cfr. Fls. 60 a 63 del C.3. Fls. 13 a 18 del C.4.

- 4.18. Oficio a la Fiscalía 40 de Lérica, Tolima, para que remitiera copia auténtica de la totalidad del sumario en contra de JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO⁴⁴.
- 4.19. Oficio al Juez Regional de Bogotá y al Tribunal Nacional para que remitieran copia auténtica de la totalidad del expediente No. 8081, contentivo del procedimiento seguido en contra de JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO⁴⁵.

5. Alegatos de conclusión

El 29 de febrero de 2000, el Tribunal Administrativo del Tolima ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión⁴⁶.

Los días 13 y 14 de marzo 2000, el representante judicial del Director Ejecutivo de la Administración Judicial presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante el cual ratificó los argumentos esbozados en el escrito de contestación a la demanda⁴⁷.

El 14 de marzo del mismo año, el demandante presentó su respectivo escrito de alegatos de conclusión mediante el cual reiteró los argumentos insertos en la demanda y concluyó que las excepciones esbozadas por los apoderados de las entidades demandadas resultaban a todas luces improcedentes⁴⁸.

Por su parte, el representante judicial del Ministerio de Defensa – Policía Nacional presentó su escrito de alegatos de conclusión el 16 de marzo de 2000. En esta oportunidad, se sostuvo que los agentes de policía que adelantaron los trámites propios de la investigación por el homicidio del señor JAIRO SENEN OSORIO MEJIA actuaron conforme a ley⁴⁹.

⁴⁴ Fl. 309 del C.1.

⁴⁵ Fls. 310 y 312 del C.1. *Cfr.* Cuaderno 5.

⁴⁶ Fl. 341 del C.1.

⁴⁷ Fls. 342 y 357 del C.1.

⁴⁸ Fls. 343 a 356 del C.1.

⁴⁹ Fls. 362 a 365 del C.1.

Según el apoderado del Ministerio de Defensa - Policía Nacional, en el presente asunto no se reúnen los requisitos previstos en el artículo 90 de la Constitución, y si bien eventualmente se causó un daño al demandante, éste no ostenta la naturaleza de antijurídico.

El mismo día, el representante judicial de la Fiscalía General de la Nación presentó su respectivo escrito de alegatos de conclusión en el que señaló que en el asunto *sub judice* no se reúnen los requisitos para que se declare responsable administrativa y patrimonialmente a dicha entidad⁵⁰. En efecto, según el apoderado judicial, no se acreditó la falla del servicio consistente en error jurisdiccional o privación injusta de la libertad imputable a los funcionarios de la Fiscalía. Por el contrario, dichos funcionarios acutaron de conformidad con las disposiciones constitucionales y procesales aplicables al caso concreto.

6. Concepto del Procurador

El día 15 de marzo de 2000, la Procuraduría 27 Judicial de Asuntos Administrativos presentó su concepto de rigor sobre el asunto de la referencia⁵¹. En opinión de la vista fiscal, *"al privarse a la persona de la libertad por razón de los hechos que dieron origen al proceso penal y se halle debidamente vinculado, es una carga que debe soportar aquel y no es dable endilgar responsabilidad patrimonial al Estado por esta razón a menos que de bulto se vulneren los derechos fundamentales que generen daño y sean objeto de indemnización. En este caso concreto, a pesar de que se compareció al proceso penal por medio de apoderado, el afectado y actor señor Jose Jacinto Orozco Giraldo, como así lo afirma en el libelo demandatorio, no fue físicamente privado de la libertad y por ende, no procede la indemnización impetrada"* (Sic).

En conclusión, el agente del Ministerio Público solicitó al Tribunal despachar desfavorablemente las pretensiones incoadas en la demanda.

⁵⁰ Fls. 366 a 379 del C.1.

⁵¹ Fls. 358 a 361 del C.1.

7. Sentencia de primera instancia

El día 19 de diciembre de 2000, la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia de primera instancia mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda⁵².

Con fundamento en las diligencias aportadas al presente trámite, así como en las pruebas practicadas, el *a quo* concluyó que *"En el caso en estudio, la resolución de la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva contra JOSE JACINTO OROCO GIRALDO se fundó en las pruebas que en ese momento se había llegado al proceso con el lleno de los requisitos legales."* (Sic).

Tras sostener que las medidas de aseguramiento son compatibles con la Constitución en atención a su carácter preventivo que permite asegurar la comparecencia de las personas sindicadas de cometer algún delito, el Tribunal concluyó que *"no se encuentra acreditado el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado, uno porque el actor no estuvo efectivamente privado de la libertad por el delito de "homicidio con fines terroristas", dos en desarrollo del proceso se atendieron las etapas del procedimiento con las respectivas garantías procesales y si bien fue absuelto ello fue amparado en el principio de in dubio pro reo, carga que debía soportar el actor dadas las circunstancias que rodaron el hecho objeto de la investigación y las pruebas que en su momento le sirvieron de fundamento, por lo que no se accederá a las pretensiones de la demanda"* (Sic).

8. Recurso de Apelación

El 12 de marzo de 2001, el demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia⁵³ el cual fue concedido mediante auto de 21 de marzo del mismo año⁵⁴.

⁵² Fls. 402 a 417 del C.6.

⁵³ Fl. 442 a 452 del C.6.

⁵⁴ Fl 455 del C.6.

Según el recurrente, "las pruebas utilizadas para la vinculación al proceso penal FUERON LAS ILEGALMENTE CONSEGUIDAS POR LOS POLICIALES, y, no solamente para ello sino también para decretar LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, LA RESOLUCIÓN ACUSATORIA Y LA INFAME SENTENCIA DEL JUEZ". En este sentido, el demandante señaló que no estaba en la obligación ni tenía la carga de soportar dichas medidas "porque contra lo ilícito no tiene deber legal el ciudadano y fue el Estado por ante sus agentes quienes presentaron una vinculación procesal aberrantemente ilícita"(Sic).

Al respecto, el recurso en comento establece que "EL FISCAL, debe observar si la prueba que va a utilizar es LEGAL O NO, pues, así se lo exige el Art. 388 del C.P.P, al establecer QUE PARA PODER DICTAR MEDIDA DE ASEGURAMIENTO de cualquiera de las allí enlistadas, se requiere de PRUEBA LEGALMENTE ALLEGADA O ADUCIDA AL PLENARIO" (Sic).

En relación con la contumacia, el recurrente sostuvo que si bien no estuvo privado de la libertad físicamente "si lo estuvo JURÍDICAMENTE, es decir que con el sólo hecho de haberle dictado tal medida se le puso Sub-Judice, limitandolo para le normal ejercicio de sus derechos, lo que Obviamente genera un perjuicio inmenso pues con ello se le limita al imputado el libre desarrollo de sus actividades normales, la locomoción, salir y entrar del país y muchos otros derechos que sin medida de aseguramiento en firme, pudiera ejercer. Mas para este caso donde el procesado ostentaba la condición de Alcalde Electo legitimamete por voto popular" (Sic).

Por último, en el escrito contentivo del recurso se estableció que procede la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas al margen de sí el Tribunal absolvió con fundamento en el principio "in dubio pro reo" o se cumplieron con los requisitos previstos en el artículo 414 del C.P.P.

9 . Admisión del recurso y alegatos de conclusión

El 5 de julio de 2001, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso de apelación referido⁵⁵.

⁵⁵ Fl. 460 del C.6.

A su vez, mediante auto de 27 de julio de 2001, se corrió traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión⁵⁶. El 15 de agosto del mismo año, el representante de la Fiscalía General de la Nación presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante los cuales reiteró los argumentos esbozados en el recurso⁵⁷.

Además, el representante del ente acusador señaló que *“los medios de prueba e indicios que sustentan la Medida de Aseguramiento en contra del Doctor JOSE JACINTO OROZCO GIRALDO, no dejan duda respecto a la existencia de unos hechos, la individualidad de unos actores y su adecuación a un determinado tipo penal; lo que aunado a la satisfacción de los requisitos exigidos por la ley sustancial como ya se explicó anteriormente (Art. 388 C.P.P), NO dejan la posibilidad o la viabilidad de considerar o señalar que dicha medida de aseguramiento sea una decisión arbitraria e ilegal como lo pretende hacer ver la parte actora sin demostrarlo ni mucho menos probarlo.”* (Sic)

El mismo día, el demandante presentó su escrito de alegatos de conclusión mediante el cual reiteró los argumentos insertos en el recurso de apelación y resaltó las irregularidades presuntamente cometidas por las entidades demandadas en el proceso penal seguido en su contra⁵⁸.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el 11 de agosto de 2001⁵⁹.

Mediante memorial presentado el 4 de noviembre de 2005 ante la Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el señor JOSÉ J. OROZCO GIRALDO cedió sus derechos litigiosos a la señora JULIA MARGARITA ARRIETA ARROYO⁶⁰. De dicha cesión de derechos se corrió traslado a la parte demandada por medio del proveído de 20 de febrero de 2006⁶¹ y, finalmente, fue aceptada por esta corporación el 3 de abril del mismo año⁶².

⁵⁶ Fl. 462 del C.6.

⁵⁷ Fl. 463 a 479 del C.6.

⁵⁸ Fls. 480 y 481 del C.6.

⁵⁹ Fl. 482 del C.6.

⁶⁰ Fl. 488 del C.6.

⁶¹ Fl. 489 del C.6.

⁶² Fl. 493 del C.6.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 19 de diciembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Tolima.

2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado. Reiteración de jurisprudencia

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"⁶³ de la responsabilidad del Estado⁶⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

⁶³ 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.

⁶⁴ 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.

de los administrados⁶⁵ y de su patrimonio⁶⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁶⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos"⁶⁸. 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 potestad⁶⁹; los daños cubiertos por la 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"⁷⁰.

⁶⁵ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXYS, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁶⁶ "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.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français", en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

⁶⁹ "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 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.

⁷⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. ob., cit., pp.120-121.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁷¹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁷² 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"*⁷³.

⁷¹ "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.

⁷² 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.

⁷³ 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 prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción

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"*⁷⁴.

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"⁷⁵.

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"⁷⁶. Dicho daño tiene como características que sea

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.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁷⁶ 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.

cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁷⁷, anormal⁷⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁷⁹.

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”⁸⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁸¹, según el cual, la indemnización

⁷⁷ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁷⁸ *“por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”*. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁷⁹ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁸¹ 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.

del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁸². Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"⁸³.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que "parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"⁸⁴. 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"⁸⁵.

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

⁸² 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.

⁸³ "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 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://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

⁸⁴ "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 condicionadas 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.

⁸⁵ MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

acción, sino obra del azar"⁸⁶. 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 no⁸⁷. Es más, se sostiene doctrinalmente "que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"⁸⁸.

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 proporcionalidad⁸⁹ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

⁸⁶ LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

⁸⁷ 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 tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los 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.

⁸⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.171.

⁸⁹ "*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*

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 ponderación⁹⁰ 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"⁹¹.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

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.

⁹⁰ *"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.*

⁹¹ 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.

“... 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 protección⁹² frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁹³. 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”⁹⁴.

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

⁹² 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.

⁹³ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

*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^{95,96}.*

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 garante⁹⁷.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva, o de la construcción jurídica de la responsabilidad objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales"⁹⁸.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que el daño antijurídico y la imputación [juicio de atribución] como presupuestos para el establecimiento de la responsabilidad extracontractual, agregando que el juicio de imputación debe considerar, en la actualidad, tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a

⁹⁵ 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.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁹⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema.*, ob., cit., p.204.

su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

3. De la responsabilidad del Estado por el hecho del Juez. Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de la Corporación respecto de la responsabilidad del Estado por la función judicial ha sido objeto de una importante evolución⁹⁹.

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 judicial¹⁰⁰.

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.

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) el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (ii) por el error jurisdiccional y (iii) por la privación injusta de la libertad.

Dado que el actor invoca como fundamento de sus pretensiones los tres títulos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado por las actuaciones judiciales, la Sala reiterará su jurisprudencia sobre la materia.

⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 13164.

¹⁰⁰ *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.

3.1. Error jurisdiccional

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error judicial como aquel "cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley". Y esta Corporación lo ha definido como el error que se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, es decir, aquellas resoluciones judiciales mediante las cuales se interpreta y aplica el Derecho¹⁰¹.

Asimismo, la Sala ha establecido que el error jurisdiccional como título de imputación de responsabilidad del Estado se presenta siempre que "una providencia judicial en firme, y con independencia de si fue proferida con culpa o sin ella, pero que es equivocada porque no se ajusta a la realidad procesal o a la ley, se causa un daño antijurídico que debe ser reparado."¹⁰²

Adicionalmente, según el artículo 67 de la misma ley, para que proceda la responsabilidad patrimonial por el error judicial es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que el afectado interponga los recursos de ley, y (ii) que la providencia contentiva del error se encuentre en firme. Al respecto, la Corte Constitucional estableció:

"Esta norma se limita a precisar los alcances de la anterior disposición, para lo cual señala como causales de procedencia del error jurisdiccional, el que el afectado interponga los recursos de ley y el que la providencia se encuentre en firme. En cuanto al primero de ellos, su constitucionalidad se explicará al analizar el artículo 70 del presente proyecto de ley. Respecto del segundo, resulta apenas lógico exigir que la providencia que incluye el error que reprocha haya hecho tránsito a cosa juzgada, pues mientras ello no ocurra, el interesado podrá interponer los recursos de ley y hacer notar el yerro que se ha cometido."¹⁰³ (negrilla fuera de texto).

Dicha posición ha sido reiterada por esta Corporación. En efecto, la declaratoria de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional exige que se cumplan dos

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 16271.

¹⁰³ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

presupuestos necesarios¹⁰⁴: (i) que el afectado haya interpuesto los recursos de ley en contra de la providencia contentiva del error y (ii) **que tal providencia se encuentre en firme**¹⁰⁵. (negrilla fuera de texto).

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido que las condiciones necesarias *"para estructurar el error jurisdiccional que materializará la responsabilidad patrimonial del Estado (...) son las siguientes"*¹⁰⁶:

"a) En primer lugar, del concepto mismo, es lógico inferir que el error jurisdiccional debe estar contenido en una providencia judicial que se encuentre en firme. Efectivamente, aun cuando una decisión judicial resulte equivocada, si ésta aún puede ser revocada o modificada, el daño no resultaría cierto, pues el error no produciría efectos jurídicos y, además, podría superarse con la intervención del superior funcional. (...)

"b) Tal y como se deduce de pronunciamientos anteriores de esta Sección¹⁰⁷, el error jurisdiccional puede ser de orden fáctico o normativo. El primero, supone diferencias entre la realidad procesal y la decisión judicial, porque i) no consideró un hecho debidamente probado o ii) se consideró como fundamental un hecho que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, i) porque no se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho o ii) porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso). El error normativo o de derecho, supone equivocaciones i) en la aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y, ii) cuando se aplicaron normas inexistentes o derogadas u otros similares.

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2011, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 22322.

¹⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Septiembre de 1997, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 10285; Sentencia del 27 de abril de 2006, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 14837; y la Sentencia del 13 de agosto de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Exp. 17412.

¹⁰⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 14837 y Sentencia del 23 de abril de 2008. Consejera Ponente. Ruth Stella Correa Palacios, Exp. 16271.

¹⁰⁷ Sentencias citadas del 4 de abril de 2002 y 30 de mayo de 2002.

"c) El error jurisdiccional debe producir un daño personal y cierto que tenga la naturaleza de antijurídico, esto es, que el titular no tenga la obligación jurídica de soportar. Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos.

"d) La equivocación del juez o magistrado debe incidir en la decisión judicial en firme, pues como bien lo sostiene la doctrina española: "el error comentado (judicial) incide exclusivamente en la potestad jurisdiccional que se materializa en la sentencia o resolución -auténtica declaración de voluntad del órgano que ostenta aquélla-, siempre ha de consistir en aplicar la norma que a cada supuesto corresponde, el error ha de radicar en un equivocado enjuiciamiento o no aplicación a aquél de la solución únicamente querida por el legislador"^{108,109}.

Al respecto, es preciso resaltar que el juicio de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional deberá realizarse en atención a las circunstancias del caso concreto, a partir de las cuales se determinará si la actuación judicial es contentiva de yerro alguno. En reiterados pronunciamientos la Sala ha reconocido que en algunas oportunidades el juez sólo dispone de la "única decisión correcta" para resolver el asunto sometido a su conocimiento; no obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables¹¹⁰. Así las cosas, en esta última hipótesis, el juicio de responsabilidad no puede reputar como daño antijurídico la consecuencia adversa a los intereses de una de las partes como consecuencia de la decisión judicial fundada en argumentos racionales¹¹¹. En este sentido, se ha sostenido que

"... el denominado "principio de unidad de respuesta correcta o de unidad de solución justa" de los enunciados jurídicos es, apenas, una aspiración de los mismos, la cual podrá, en veces, ser alcanzada, mientras que, en otras ocasiones, no acontecerá así. De ello se desprende que, ante un

¹⁰⁸ Reyes Monterreal, José María. La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Editorial Colex. Madrid. 1995. Página 24."

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 14.837.

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Exp. 17650.

¹¹¹ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables —en cuanto correctamente justificadas— pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento —una justificación o argumentación jurídicamente atendible— pueden considerarse incursas en error judicial¹¹².

Por último, la Sala estima pertinente reiterar que si bien la Corte Constitucional en la sentencia de control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia asimiló el concepto “error jurisdiccional” al de “vía de hecho¹¹³”, dicha identificación semántica resulta impropia. Así, tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional únicamente será determinante la contravención al ordenamiento jurídico contenida en una providencia judicial¹¹⁴, que no la conducta “*subjetiva, caprichosa y arbitraria*” del operador jurídico¹¹⁵.

¹¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Exp.15776 y Sentencia del 14 de agosto de 2008. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 16594.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Al respecto, se señaló en esta providencia: “Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”»

¹¹⁴ En este sentido, puede consultarse: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2001. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Exp. 12719.

¹¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Exp. 17650. C.. “*Esta diferencia, resulta fundamental, para efectos de identificar de manera más clara los linderos de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, al descartar cualquier juicio de comportamiento subjetivo y centrar la atención en la decisión judicial que se cuestiona y su confrontación con el ordenamiento jurídico, especialmente con los derechos fundamentales que puedan resultar comprometidos.*”

3.2. Privación injusta de la libertad

De conformidad con los supuestos contemplados en el artículo 414 del C. de P.P. (Decreto Ley No. 2700 de 1991), la doctrina continuada de la Sala ha señalado que cuando a una persona le ha sido impuesta una medida de aseguramiento de detención preventiva, y ésta se revoca, en atención a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a la indemnización de los perjuicios que con dicha medida se hubiera causado, sin necesidad de demostrarse que la medida fue ilegal o errónea, porque lo que va a sustentar el juicio de responsabilidad es precisamente la arbitrariedad que supone imponer la medida de aseguramiento, haciendo soportar una carga superior al sindicado o procesado.

El título de privación injusta de la libertad ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de esta corporación. En dicha evolución jurisprudencia se identifican las siguientes etapas:

En la primera etapa, la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad se fundaba en el error judicial producto *"de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso"*¹¹⁶. Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía bien porque se practicaba una detención ilegal, porque se produjo la captura sin que se encontrara la persona en situación de flagrancia y, que por razón de tales actuaciones se inició y adelantó la investigación penal por parte de la autoridad judicial¹¹⁷. En ese sentido, el Consejo de Estado estableció:

"Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediaran circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

¹¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 15989.

¹¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 13168.

"La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas"¹¹⁸ (Subrayas fuera del texto original).

En segundo lugar, la carga probatoria del actor relativa a demostrar el carácter injusto de la detención para obtener indemnización de perjuicios o, en otros términos, el "error de la autoridad jurisdiccional" al ordenar la medida privativa de la libertad, fue reducida tan sólo a los casos de detención diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal¹¹⁹. En efecto, la Sala consideró en ese entonces que "en relación con los tres eventos allí señalados (...) la ley había calificado que se estaba en presencia de una detención injusta y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios con ella causados"¹²⁰. En este sentido, la Sala estableció:

"3.- En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional"¹²¹ (Subrayas fuera del texto original).

Posteriormente, la Sala señaló que tratándose de los supuestos incluidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal no resultaba necesario que el actor acredite error jurisdiccional alguno, "por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto

¹¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 25 de julio de 1994, Exp. 8666.

¹¹⁹ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

¹²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez. Exp. 15989.

¹²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 17 de noviembre de 1995, Consejero Ponente: Carlos Bentancur Jaramillo, Exp. 10056.

que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo"¹²². En esta línea, la Sala ha afirmado lo siguiente:

"La Sala reitera lo manifestado en la sentencia proferida el día 27 de septiembre de 2001 porque considera que en estos eventos la responsabilidad del Estado existe cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de un sujeto que fue absuelto porque nada tuvo que ver con el delito investigado, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia"¹²³ (Resaltado fuera del texto).

En la actualidad, la tesis mayoritaria de la Sala señala que la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano procede cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad. No obstante los eventos que se acaban de indicar se rigen por un sistema objetivo de responsabilidad, las demás hipótesis estarían gobernadas por regímenes subjetivos de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, ya a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia. Y, siendo la detención preventiva el elemento central, cabe observar las orientaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, según la cual:

- De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana "*la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la*

¹²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Consejero Ponente. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 15989.

¹²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de abril de 2002, Exp.13606.

*seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal*¹²⁴.

- *"El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática"*¹²⁵.
- *La detención preventiva "es una medida cautelar, no punitiva"*¹²⁶.
- *En un "Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia"*¹²⁷.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

*"Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia"*¹²⁸.

"La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104. Puede verse en similar sentido: Caso Tibi. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeducación del menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106. Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

¹²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal*¹²⁹.

*"El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales..."*¹³⁰.

Por último, la Sala advierte que la privación injusta de la libertad como título de imputación de responsabilidad del Estado no solamente aplica en las hipótesis de detención o reclusión carcelaria, también se extiende a todas aquellas afectaciones a la libertad personal como consecuencia de una decisión proferida en el desarrollo de un proceso penal¹³¹. En efecto, ***la libertad no sólo puede verse conculcada cuando la persona ha sido recluida en centro carcelario (se subraya) sino que tiene otras manifestaciones como son, por ejemplo, la detención domiciliaria y la medida de aseguramiento que establezca dentro de las obligaciones restricciones para salir del país o cambiar de domicilio.***¹³²

3.3. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

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 al Estado *"en aquellos supuestos en los cuales la responsabilidad se*

¹²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-689 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

¹³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000.

¹³¹ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de enero de 2011. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Exp. 18452.

¹³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2008. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacios, Exp. 16075.

deriva de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso¹³³ o la ejecución de las providencias de los jueces¹³⁴. En tal sentido, la Sala ha retomado la doctrina española en los siguiente términos:

“...nos 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 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”¹³⁵.

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 judiciales¹³⁶. En este sentido, las

¹³³ 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.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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.

¹³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 17 de agosto de 2010. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 17301.

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."¹³⁷

Así las cosas, revisados los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en relación con el error jurisdiccional, la privación injusta de la libertad y el defectuoso funcionamiento de la administración judicial como títulos de imputación de responsabilidad patrimonial al Estado por las actuaciones judiciales, la Sala procede a examinar los hechos que resultaron acreditados en el presente asunto.

5. Hechos probados

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

- a) El señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO fue candidato a la Alcaldía del municipio de Casabianca, Tolima, para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1997.
- b) El día 2 de octubre de 1994, el señor JAIRO SENEN OSORIO MEJIA, candidato al mismo cargo de elección popular, fue asesinado en el municipio de Armero, Tolima.
- c) Al cabo de la jornada electoral de 30 de octubre de 2004, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO fue elegido alcalde del municipio de Casabianca, Tolima. Su posesión se llevó a cabo en una finca de su propiedad en presencia del Personero Municipal y tres testigos.
- d) Sin que hubieran recibido comisión de funcionario judicial alguno, los funcionarios de policía WILIAM ANTONIO GRISALES OSSA, jefe del Distrito de Policía No. 6 de Honda, Tolima; RAFAEL EDUARDO ROJAS PARADA, comandante; RUSBEN ELIAS GARCÍA GUEVARA, jefe de policía judicial; OMAR RODRIGUEZ PEÑA, agente de policía, éstos tres últimos del Distrito de Policía de La Dorada, Caldas, adelantaron por su cuenta pesquisas relacionadas con el homicidio de JAIRO SENEN OSORIO.

¹³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 16 de febrero de 2006. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra, Exp. 14307.

- e) El 21 de octubre de 1994, el comandante del Distrito de Policía de La Dorada-Caldas, sin orden previa de autoridad competente, realizó la captura de JHON JAIRO ORTIZ VILLANUEVA sindicado como el presunto homicida de PLINIO PORTELA CARTAGENA, asesinado ese mismo día en La Dorada, y de JAIRO SENEN OSORIO MEJÍA. Seguidamente, en abierta vulneración de los derechos del imputado en la investigación previa y sin que estuvieren revestidos de competencia, los mencionados funcionarios de policía recibieron versión del presunto homicida y de la señora LIBRADA PORTELA CARTAGENA.
- f) Con fundamento en tales declaraciones, mediante providencia de 18 de enero de 1997, la Fiscalía Seccional 40 de Lérída, Tolima, impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO.
- g) Dentro del término legal, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO interpuso los recurso de reposición y apelación en contra de dicha providencia.
- h) Por medio de la providencia de 9 de febrero de 1995, la Fiscalía Seccional 40 de Lérída, Tolima, confirmó la medida de aseguramiento en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO y concedió el recurso de apelación.
- i) El 22 de marzo de 1995, la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, Tolima, confirmó la decisión de la Fiscalía Seccional 40 de Lérída. En esta providencia se solicitó al Gobernador del Departamento de Tolima la suspensión inmediata del alcalde de Casabianca, señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO.
- j) El señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO ejerció el cargo de Alcalde del mencionado municipio hasta el día 27 de marzo de 1995. **Una vez suspendido del cargo, se dio a la fuga para evitar su retención en un centro penitenciario.**
- k) En sus respectivos escritos de alegatos de conclusión, el Ministerio Público y los abogados defensores solicitaron a la Fiscalía Seccional 40 de Lérída que precluyera la investigación por "*ausencia de prueba incriminatoria*" y por cuanto, además, las declaraciones en las que se fundó la investigación resultaban nulas de pleno de derecho. No obstante, el 29 de noviembre de

1995, tal despacho profirió resolución de acusación en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO.

- l) El 17 de abril de 1997, el Juzgado Regional de Bogotá condenó al señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO en calidad de determinador del tipo penal previsto en el artículo 324 del Código Penal vigente para la época de los hechos.
- m) Tras el trámite del recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, mediante providencia de 29 de octubre de 1997, el H. Tribunal Nacional revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, profirió sentencia absolutoria.

6. Del caso concreto

La Sala encuentra acreditado que en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO las autoridades judiciales competentes profirieron medida de aseguramiento de detención preventiva, resolución de acusación, sentencia condenatoria en primera instancia y, posteriormente, surtido el trámite del recurso de apelación, el Tribunal Nacional profirió sentencia absolutoria.

Asimismo, para la Sala resulta evidente que el proceso penal en el marco del cual se profirieron dichas providencias se adelantó con fundamento en pruebas que fueron recaudadas de forma ilegal. En efecto, sobre los mismos hechos *sub judice* esta Sala se pronunció mediante la sentencia proferida el 13 de abril del presente año. En dicha oportunidad, se resolvió la demanda de reparación directa impetrada por los señores ROBERTO ANTONIO CASTRO BURÍTICA y JAVIER CASTRO por cuanto fueron sometidos a privación injusta de la libertad en el marco del mismo proceso penal. Al respecto la Sala estableció:

"4.10. Se encuentra acreditado que todas las actuaciones del fiscal de primera instancia, 40 seccional de Lérída-Tolima; del fiscal de segunda instancia, 1° Delegada ante el Tribunal de Ibagué; del fiscal de la Dirección Regional Unidad de Terrorismo o fiscal sin rostro; finalmente, la del Juzgado de primera instancia, Regional de Ibagué, fueron realizadas con base en pruebas ilegalmente aportadas al proceso por los funcionarios de policía de Honda-Tolima y de La Dorada-Caldas, por haber sido

recaudadas con manifiesta vulneración de la Constitución Político y de la ley penal.

(...)

Finalmente, la Sala advierte, que fue la Fiscalía el órgano que al valorar pruebas allegadas al procedo de forma ilegal y que, por consiguiente, debían tomarse como inexistentes, inobservó los requisitos constitucionales y de legales establecidos para la procedencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva¹³⁸ (Resaltado fuera del texto).

En esa ocasión, la Sala declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad por cuanto concluyó:

“Así, para la Sala en el asunto sub judice, hay una obligación del Estado de indemnizar, por cuanto los señores CASTRO BURITICA Y CASTRO CASTRO fueron exonerados por no haber cometido el hecho punible que inicialmente se les había imputado.

Valoradas las pruebas existentes en el proceso, no hay duda de que el señor ROBERTO ANTONIO CASTRO BURITICA estuvo privado de la libertad por un espacio de 18 meses y un día y de que el señor JAVIER CASTRO CASTRO estuvo privado de la libertad por un espacio de 33 meses y 18 días, por estar sindicados y, posteriormente condenados como determinadores del delito de homicidio en persona calificada y el delito de porte ilegal de armas de defensa personal.

(...)

*No obstante lo anterior, el Tribunal Nacional, al resolver el recurso de apelación interpuesto por los condenados, revocó la decisión y los absolvió, al considerar que en el presente caso no obraban elementos de juicio suficientes para sustentar un fallo de condena en contra de los inculcados por los delitos que se les imputaron en la resolución de acusación, pues las pruebas aducidas en desmedro de ellos, unas son ineptas dados los vicios de ilegalidad que contienen y otras generan dudas*¹³⁹.

¹³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2011. Consejero Ponente. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 19396.

¹³⁹ *Ibidem*.

Si bien en principio la Sala debería seguir dicho precedente, el asunto *sub judice* se funda en un supuesto fáctico que amerita disímiles consideraciones. En efecto, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO, tal como lo señaló en el escrito de la demanda, una vez conoció acerca de la decisión de la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué mediante la cual se confirmó la medida de aseguramiento en su contra, decidió *“refugiarse en algún lugar del país y desde la clandestinidad enfrentó el proceso penal”*.

Así, tal como lo concluyó la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Tolima, *“no hubo privación efectiva de la libertad ya que el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO no se presentó al proceso sino que el mismo fue adelantado como reo ausente, por lo que siempre estuvo en contumacia”*.

No obstante lo anterior, el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO sostiene que su libertad fue restringida pues, como consecuencia de la medida de aseguramiento que le fue impuesta, no podía desplazarse libremente por el país, ni ejercer el cargo de alcalde del municipio de Casabianca, ni concurrir a sitios públicos, ni cumplir cabalmente sus obligaciones como padre y esposo.

La Sala advierte que si bien se encuentra probado que al señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, dicha medida jamás se hizo efectiva y en ningún momento fue privado injustamente de la libertad, tal como él mismo lo sostiene al afirmar que *“(…) durante el curso del proceso no estuve físicamente detenido (...)”*. (Negrilla fuera de texto).

Recientemente la Sala se pronunció sobre una demanda de reparación directa por privación injusta de la libertad incoada por quien había sido declarado en contumacia en el curso del proceso penal¹⁴⁰. En esta oportunidad, el Consejo de Estado sostuvo:

“Según lo ha señalado la Corte Constitucional, la Constitución incluye disposiciones que contienen deberes y obligaciones dirigidas a los

¹⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 9 de mayo de 2011. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Exp. 19569.

ciudadanos y ciudadanas. Dichos deberes tienen la fuerza normativa que se predica de la propia Constitución, con la limitación que impone la cláusula de preeminencia de la libertad del ciudadano y la potestad amplia de configuración de obligaciones y sanciones reconocida en cabeza del órgano legislativo. Uno de estos deberes es precisamente aquel de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, cuyas características principales son las siguientes : (i) se trata de un deber positivo consagrado en la Carta Constitucional; (ii) es universal, ya que vincula a todos los individuos sometidos al ordenamiento jurídico nacional; (iii) es un deber no retribuido, pues no supone recompensas por parte del Estado; y, (iv) este deber se deriva de la obligación de organización del poder y de la defensa de las libertades ciudadanas¹⁴¹.

Así mismo, para el alto Tribunal, este deber general implica a su vez otros deberes concretos como el deber de proceder con lealtad y buena fe en todos los actos, de obrar sin temeridad, de comparecer oportunamente a las diligencias y audiencias a las que se es citado, de entregar a los servidores judiciales los objetos y documentos necesarios para la actuación y los que fueren requeridos, salvo las excepciones legales, previstas claramente por el Legislador en el mismo Código de Procedimiento Penal¹⁴².

(...)

Para la Sala, resulta reprochable la conducta desplegada por el aquí demandante quien no compareció ante las autoridades que lo solicitaron y tampoco acató ni cumplió las decisiones proferidas por autoridades judiciales con competencia para ello; todo lo contrario, amparándose en el incumplimiento de un deber constitucional pretendía obtener una indemnización del Estado, lo que a juicio de la Sala se torna en una causa inconstitucional. Esta Sala considera oportuno señalar que en un Estado de Derecho las decisiones judiciales se deben controvertir haciendo uso de los mecanismos previstos en la ley y no, como lo hizo el señor OROZCO CORTES, escabulléndose de la justicia.” (Negrita fuera del texto)

¹⁴¹ Corte Constitucional. Sentencias T-976 de 2003, Magistrado Ponente: JAIME ARAUJO RENTERIA y T-683 de 2005, Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

¹⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-059 de 2010, Magistrado Ponente: Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Al igual que en el precedente referido, en el asunto *sub judice* no resulta procedente la declaración de responsabilidad de las entidades demandadas con fundamento en la privación injusta de la libertad por cuanto quien demanda no estuvo privado de la libertad, todo lo contrario su conducta resulta en extremo lesiva de los deberes constitucionales relativos a colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia y la obligación de acatamiento de las decisiones judiciales.

Al respecto, la Sala estima pertinente resaltar que el principio general del derecho según el cual nadie puede abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas o incluso inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico¹⁴³ (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) se materializa en que "nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido"¹⁴⁴. En este sentido, la propia Corte Constitucional ha establecido que:

*"Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)"*¹⁴⁵

Pues bien, en el caso concreto, no se configura el título de imputación de responsabilidad del Estado consistente en privación injusta de la libertad por cuanto el señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO, lejos de acatar las decisiones judiciales, se mantuvo como reo ausente durante el curso del proceso penal. Así las cosas, en el asunto *sub judice*, quien pretende reparación amparado en este título de imputación nunca se sometió a las decisiones judiciales que ordenaron su retención.

¹⁴³ Corte Constitucional. Sentencia SU-624 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-670 de 2004. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández y Sentencia T-345 de 2005. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-213 de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

No obstante lo anterior, dado que la demanda invocó como fundamento de las pretensiones los demás títulos de imputación de responsabilidad por la actividad judicial, la Sala se pronunciará al respecto.

En cuanto al error jurisdiccional alegado por el demandante, la Sala considera probada la existencia de tal yerro en las providencias de 9 de febrero, 22 de marzo y 29 de noviembre de 1995, y 17 de abril de 1997, mediante las cuales se profirió medida de aseguramiento en contra del señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO, resolución de acusación y se le condenó en primera instancia, respectivamente. En efecto, tal como se sostuvo en la sentencia de 13 de abril del presente año, dichas providencias se fundaron en pruebas ilegalmente obtenidas¹⁴⁶.

Sin embargo, la Sala considera que no es posible endilgar responsabilidad patrimonial por error jurisdiccional a la administración pública, ya que la sentencia de 29 de octubre de 1997 proferida por el H. Tribunal Nacional revocó la providencia contentiva del yerro alegado e imposibilitó su consolidación en el mundo jurídico; por tanto, el daño antijurídico padecido por el demandante no es imputable a la rama judicial.

En efecto, se reitera que, según el artículo 67 de la misma ley, para que proceda la responsabilidad patrimonial por el error judicial es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que el afectado interponga los recursos de ley, y (ii) **que la providencia contentiva del error se encuentre en firme.**

En el caso concreto, la Sala advierte que no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional, puesto que si bien se interpusieron los recursos de ley en contra de las providencias contentivas del yerro endilgado, la sentencia de primera instancia mediante la cual se condenó al señor JOSÉ JACINTO OROZCO GIRALDO fue revocada por el juzgador de segunda instancia y, en consecuencia, no se verificó el segundo requisito exigido por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, esto es, que la providencia contentiva del error se encuentre en firme, es decir, que se trate de una providencia definitiva.

¹⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de abril de 2011. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 19396.

Finalmente, en relación con el último supuesto de responsabilidad, esto es, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la Sala no encuentra acreditado que en alguna de las etapas procesales se hubiese presentado acción u omisión alguna de autoridad judicial, de particular investido de facultades para administrar justicia o de auxiliares de la justicia que de lugar a predicar responsabilidad del Estado con fundamento en este título de imputación en los términos de la jurisprudencia de esta Corporación.

Por último, resulta pertinente resaltar que el actor solicitó que se declarara la responsabilidad de la Policía Nacional por cuanto, en su concepto, ésta entidad incurrió en falla del servicio. Sin embargo, la demanda y las demás actuaciones de la parte demandante carecen de argumentos fácticos y jurídicos a la luz de los cuales sea posible examinar la supuesta falla del servicio en la que incurrió dicha entidad.

En efecto, según el propio demandante, los pretendidos perjuicios que sufrió fueron causados por las providencias mediante las cuales se profirió la medida de aseguramiento en su contra, así como por la sentencia de primera instancia. En tal sentido, resulta a todas luces improcedente predicar responsabilidad de la Policía Nacional en el presente asunto dado que los perjuicios cuya reparación pretende el actor fueron causados por actuaciones judiciales, que no de agentes de la Policía.

Además, de conformidad con el acervo probatorio incorporado al expediente, la Sala no encuentra acreditada falla del servicio alguna con base en la cual resulte procedente la declaración de responsabilidad del Ministerio de Defensa – Policía Nacional en el presente asunto.

Así las cosas, la Sala concluye que no existen fundamentos de hecho ni de derecho para imputar responsabilidad patrimonial a las entidades demandadas por privación injusta de la libertad, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o falla en el servicio policial. En tal sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 19 de diciembre de 2000 por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Tolima.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 19 de diciembre de 2000 proferida por la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo del Tolima en el presente asunto.

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,



ENRIQUE GIL BOTERO

Presidente de la Sala

Helapo Orozco



OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ



JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Magistrado Ponente

PRS