



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

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre del dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 73001-23-31-000-2004-00960-01 (39740)

Actores: ADELAIDA TOLA BRIÑEZ Y OTROS

Demandado: RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se revoca la sentencia de primera instancia que declaró a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación responsable por el daño antijurídico ocasionado al señor Hermógenes Prada Alape, por el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido; por ausencia de daño. **Restrictor:** Aspectos procesales – legitimación en la causa – caducidad de la acción / Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado- La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia. Responsabilidad del Estado por Error Jurisdiccional - Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por los respectivos apoderados de las entidades demandas¹ contra la sentencia del **02 de julio de 2010**² proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en la que se dispuso:

“PRIMERO: DECLARASE administrativamente responsable a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, en forma conjunta y solidaria, por el error jurisdiccional, que ocasionó la privación de la libertad que sufrió el señor HERMÓGENES PRADA ALAPE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación, en forma conjunta y solidaria, cancelando cada una el 50%, al señor HERMÓGENES PRADA ALAPE por concepto de perjuicios materiales, la siguiente cantidad TREINTA Y CUATRO MILLONES, TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS (\$34.324.750.00) M/CTE.

TERCERO: CONDENAR a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades:

- Para el demandante HERMÓGENES PRADA ALPE, se le pagará el equivalente a CIEN (100) S.M.L.MV.
- Para la señora ADELAIDA TOLA BRIÑEZ, el equivalente a cincuenta (50) S.M.L.M.V.
- Para sus hijas BIBIANA ANDREA PRADA TOLA, BETTY PRADA TOLA Y LINA MARÍA PRADA TOLA, el equivalente a 100 S.M.L.M.VV., a cada una de ellas.

¹ Fls. 506-508 del C. Ppal. –Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Fls. 509-511 del C. Ppal. –Fiscalía General de la Nación

² Fls. 456-500 del C. Ppal.

CUARTO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

(...):”

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Presentación de la demanda.

La demanda fue presentada el **28 de abril del 2004**³ por Hermógenes Prada Alape, Adelia Tola Briñez, quienes actúan en nombre propio y de sus hijas Bibiana Andrea Prada Tola, Betty Prada Tola y Lina María Prada Tola; mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas⁴:

“PRIMERO: Que la Nación Colombiana – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, son solidaria y administrativamente responsables por los daños, perjuicios e indemnizaciones, causados a los demandantes: **Indígenas HERMOGENES PRADA ALAPE** y las **menores indígenas BIBIANA ANDREA PRADA TOLA, BETTY PRADA TOLA y LINA MARÍA PRADA TOLA** y la indígena **ADELIA TOLA BRIÑEZ**, en su calidad de esposa y madre de las menores, por la privación injusta de la libertad, de que fue objeto **HERMOGENES PRADA ALAPE**, por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. **Violación al debido proceso, al someterlo a un juez natural diferente al que le corresponda como indígena, violación de sus derechos culturales como indígena y someterlo a la Privación injusta de la Libertad** que se inició el día **28 de Marzo de 1994** y **culminó el día 22 de agosto de 2001**, pero continuo (sic) cumpliendo condena en Libertad Condicional en periodo de prueba de Cuarenta y Seis Meses más, en cumplimiento De Penas y Medidas de Seguridad, dentro del trámite del proceso penal adelantado en su contra por el ente investigador demandado, radicado bajo el número 577 en la Fiscalía 44 Seccional de Purificación Tolima, luego bajo el número de Rad de la causa N° 8206 en el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación en lo que corresponde a la primera instancia, y segunda instancia tramitada en el Tribunal Superior del Tolima Sala Penal Rad. 4353, Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Popayán Departamento del Cauca Rad 614 de 1997, Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Ibagué Rad: 1998-0546-00, Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 21 de Noviembre de 2000 mediante el cual declaro (sic) improcedente la Acción de Revisión, habiendo no admitido la demanda, **por lo que fue necesario interponer la Acción de Tutela ante el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima Sala Jurisdiccional Disciplinaria Rad: 0002-02** y con fallo de Febrero 6 de 2002 Tutelo (sic) el Derecho Fundamental del Debido Proceso y **declaro (sic) la nulidad de todo lo actuado en el proceso penal y ordeno (sic) dejar a disposición del Gobernador Indígena del Cabildo Chenche Amayarco el expediente como al indígena Hermógenes Prada Alape;** Pero la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante decisión del 21 de Marzo de 2002 en el Expediente Rad: T593713 Revoco (sic) la nulidad, y **por revisión la Corte Constitucional la estudio (sic) y mediante Fallo T 728 del 2002 Tutelo (sic) los Derechos Fundamentales del Hermógenes Prada Alape del debido proceso y la Autonomía e Integridad Cultural. Declarando nula toda la actuación realizada en la investigación penal que inició en la Fiscalía Cuarenta y Cuatro de Purificación Tolima y los fallos de**

³ Fl.110 del C.1

⁴ Fls. 40 a 51 del C. 1.

Primera y segunda Instancia mediante los cuales estuvo (sic) privado de la Libertad y condenado por el presunto delito de Homicidio.

(...)

SEGUNDO:- Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las entidades de derecho público Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, a pagar en forma solidaria a favor de mis mandantes las siguientes cantidades:

a.- Los perjuicios morales (morales objetivados y morales subjetivados), consistentes en el dolor, aflicción, congoja, angustia, tristeza, pesares presentes y pasados, daños y trastornos de la personalidad, con el equivalente en pesos a la fecha de la sentencia, de **MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES**, para cada uno de los demandantes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal y normas que lo armonizan y complementan.

Se estima la cuantía de esta pretensión en \$1.790.000.00 (S.M.L-M.= \$358.000.00 x 1.000 salarios x 5 demandantes)

b.- A todos los daños y perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) que le fueron causados **al indígena HERMOGENES PRADA ALAPE** desde la fecha de la ocurrencia del daño hasta la fecha de fijación de la indemnización, y en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, calculándose dichos perjuicios en la modalidad de lucro cesante, con base en el salario mínimo legal mensual vigente para cuando ocurrió la privación injusta de la libertad (año 1994=\$98.700.00), más el ingreso semanal de las canchas de tejo a razón de Quince Mil Pesos Semanales, actualizado hasta el momento del fallo definitivo con la fórmula utilizada por el Honorable Consejo de Estado, que aplica la variación de índices de precios al consumidor certificada por el DANE, y sobre tal salario así actualizado, la aplicación de la fórmula que también utiliza el Honorable Consejo de Estado para la indemnización debida, teniendo en cuenta el tiempo que duró privado de su libertad, esto es 7 AÑOS 26 días (fórmulas que se aplican en la estimación razonada de la cuantía de esta demanda). Igualmente se condene al pago del Daño Emergente representado por los honorarios que tuvo que pagar el **indígena HERMOGENES PRADA ALAPE** para su defensa, como también los gastos de transporte que tuvo que aportar para que su familia lo visitara en los centros carcelarios, en Purificación, Bogotá, Popayán e Ibagué, discriminados así: la suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000,00), por honorarios y Dos Millones Quinientos Mil pesos por concepto de transporte y viáticos para alimentación y hospedaje.** Art. 178 del C.C.A.

LUCRO CESANTE

Por Salarios	\$16.076.960.00
Por producido canchas de Tejo	\$ 6.740.000.00
Total Lucro Cesante	\$22.816.960.00

DAÑO EMERGENTE

Honorarios	\$2.500.000,00
Gastos Transporte	\$2.500.000,00
Total Daño Emergente	\$5.000.000,00

Se estima la cuantía de esta pretensión daños materiales en suma superior a **VEINTISIETE MILLONES OCHOCIENTOS DIECISEIS MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS M/C (\$27.816.960.00)** teniendo en cuenta el promedio mensual de ingresos del **indígena HERMOGENES PRADA ALPE**, de acuerdo con los trabajos a que se dedicaba en el momento de su captura hasta el día en que fue liberado. (Salario mínimo legal como trabajador del agro más el ingreso adicional del producido de la cancha de tejo)

(...)"

1.2. Fundamento fáctico.

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

El **26 de marzo de 1994** en el resguardo Indígena de Chenche Amaryarco del Municipio de Coyaima Departamento del Tolima "*perdió la vida el indígena HECTOR GENTIL ALAPE POLOCHE, en forma violenta*", situación que fue conocida por las autoridades al practicar el levantamiento del cadáver, asimismo, por la denuncia que impetró la señora Victoria Cumaco Cacaís en la que señaló como autor del homicidio al señor Hermógenes Prada Alape.

Como consecuencia de lo anterior, la Fiscalía Seccional 44 abrió investigación bajo el radicado N° 577 en contra del señor Hermógenes Prada Alape.

El **28 de marzo de 1994** el señor Hermógenes Prada Alape, se presentó voluntariamente ante la Estación de Policía de Coyaima, "*con el propósito que se aclararen los comentarios en su contra por Muerte del también Indígena Gentil Alape Poloche, siendo dejado a disposición de la Fiscalía Cuarenta y Cuatro de Purificación Tolima*".

El **30 de marzo de 1994** el señor Hermógenes Prada rindió indagatoria ante la Fiscalía 44 de Purificación – Tolima; en esa misma fecha dicha autoridad decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del señor Prada Alape como presunto autor del delito de homicidio en contra de la humanidad del señor Héctor Gentil Alape Poloche.

El **15 de junio de 1994** el señor Armando Aguja Alape declaró ante la Fiscalía 44 Seccional de Purificación – Tolima que el señor Prada Alape era el Alguacil del Cabildo Indígena del Resguardo de Chenche Amaryarco de Coyaima, asimismo, el **21 de junio de 1994** se radicó ante la fiscalía un documento expedido por la Comunidad Indígena de Chenche Amaryarco del Municipio de Coyaima en la que se le manifestó a dicha autoridad que la competencia para procesar al señor Prada Alape era de ese resguardo; indicó el apoderado del aquí demandante que la Fiscalía no tuvo en cuenta dicho documento y continuó con el proceso, situación con la que se demuestra el error judicial en que incurrió dicha autoridad investigadora.

Señaló el apoderado de los demandantes, que la Fiscalía 44 Seccional de Purificación continuó con la investigación por lo que profirió resolución de acusación en contra del señor Prada Alape como autor responsable del punible de homicidio en la persona de Héctor

Gentil Alape Poloche y declaró que debe continuar privado de la libertad; seguidamente, esto es, el **25 de julio de 1994**, declaró cerrada la investigación, por lo que remitió el proceso a la oficina de reparto. El expediente fue repartido al Juzgado Penal del Circuito de Purificación, que el **16 de septiembre de 1994** corrió traslado a las partes para preparar la audiencia pública, en consecuencia la Fiscalía solicitó *“diligencia de allanamiento a la vivienda del inculcado, para ubicar el arma del homicida, la que fue ordenada y practicada sin resultados positivos”*.

Seguidamente, manifestó el apoderado de los demandantes que el **14 de octubre de 1994** se radicó un oficio ante el Juzgado Penal del Circuito de Purificación, mediante el cual los miembros del Cabildo Indígena de Chenche Amayarco de Coyaima – Tolima le manifestaron que el señor Hermógenes Prada Alape pertenecía a esa organización indígena, la cual tenía un carácter especial; además, que este señor fungía como alguacil de dicho cabildo, que era una persona de raza indígena y que se le debían aplicar las normas establecidas para ese tipo de raza, por lo que solicitó su libertad inmediata, dicho documento fue suscrito por la gobernadora, tesorero y fiscal del Cabildo, con copia a la Procuraduría General de la Nación. El juzgado, el **18 de octubre de 1994** señaló que desatendía la solicitud de libertad: *“en virtud de quien la invoca no es sujeto procesal”* y continuó el proceso, por lo que el **20 de enero de 1995** decretó fecha para realización de audiencia pública, la cual se llevó a cabo el **01 de febrero de 1995** fecha en que fue suspendida y se reanudó el **08 de marzo de 1995**.

Seguidamente, el **16 de marzo de 1995** el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación – Tolima dictó sentencia en la cual condenó al indígena Hermógenes Prada Alape a pena corporal de 25 años de prisión, decisión que fue apelada. La alzada la desató el Tribunal del Tolima – Sala Penal el **15 de junio de 1995**, en providencia que confirmó la decisión de primera instancia, sentencia contra la cual se interpuso recurso extraordinario de Casación que fue rechazado por improcedente el **21 de noviembre de 2000**.

Posteriormente, el señor Hermógenes Prada Alape interpuso acción de tutela en contra de las autoridades judiciales penales ante el Consejo Superior de la Judicatura quien en providencia del **06 de febrero de 2002** tuteló el derecho fundamental al debido proceso y declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal y ordenó que el señor Prada Alape fuera entregado junto con el expediente al Gobernador Indígena de la comunidad Chenche Amayarco de Purificación –Tolima; decisión que fue impugnada; el recurso lo desató la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el **21 de marzo de 2002** revocando la decisión recurrida.

Consecutivamente, el expediente de la acción de tutela se remitió a la Corte Constitucional quien lo seleccionó para revisión, por lo que el **05 de septiembre de 2002** profirió sentencia bajo el radicado T - 728/02, mediante la cual tuteló el derecho fundamental del debido proceso y la autonomía e integridad cultural de Hermógenes Prada Alape, y como

consecuencia revocó el fallo de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, y dejó en firme el fallo de primera instancia del Consejo Seccional del Tolima.

Indicó el apoderado de la parte demandante, que el **07 de octubre del 2003** radicó solicitud de audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la cual se llevó a cabo el **09 de febrero de 2004** en la ciudad de Ibagué; en el acta correspondiente quedó consignado que la Rama Judicial ofreció un valor y la Fiscalía General de la Nación no ofreció ninguna suma, pues, en su criterio, para la época de los hechos no era aplicable la normativa indígena.

2. Actuación procesal en primera instancia.

2.2. Admisión de la demanda.

El Tribunal Administrativo de Tolima el **11 de mayo de 2004** admitió la demanda contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación ordenó tramitarla conforme a ley⁵.

Esta providencia fue notificada el **18 de agosto de 2004** a la Fiscalía General de la Nación⁶ y el **23 de agosto de 2004** a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial⁷.

2.3. Contestación de la demanda.

2.3.1.-El **05 de octubre de 2004** la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó escrito de contestación⁸, mediante el cual se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas, con relación a los hechos indicó que se atenía a lo que resultare probado en legal forma dentro del proceso que guarden relación con las pretensiones de la “*demanda y que efectivamente correspondan a la privación injusta de la libertad por error judicial*”. Por último propuso la excepción innominada o genérica.

2.3.2.-El **02 de marzo de 2005** la apoderada de la Fiscalía General de la Nación radicó escrito mediante el cual contestó la demanda⁹; en primer lugar se pronunció con relación a los hechos del líbello, indicó que no le constan por lo que se atenía a lo que resultare probado en forma legal y guarde relación con las pretensiones de la demanda; en segundo lugar se opuso a las pretensiones por carecer de asidero jurídico, y en tercer lugar esgrimió como razones de defensa que en el caso bajo estudio no se estructuran los supuestos esenciales que permitan estructurar una responsabilidad patrimonial en cabeza de esa

⁵ Fl. 112 del C. No. 1.

⁶ Fl. 116 del C. No. 1.

⁷ Fl. 117 del C. No. 1.

⁸ Fls. 126-127 del C. No. 1.

⁹ Fls. 152-163 del C. No. 1.

entidad, pues la detención del señor Prada Alape “no tenía la connotación de injusta, y en consecuencia, el daño que pudo sufrir el sindicado al ordenarse su detención, no tenía la categoría de antijurídico por lo que se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad penal sí existían indicios graves de responsabilidad en su contra. (...) Por otra parte, es importante destacar que la preclusión de la investigación en favor del sindicado no genera per se derecho a reclamar indemnización, pues de aceptarse la tesis contraria, implicaría ni más ni menos desconocer la naturaleza y esencia de la función jurisdiccional del Estado que él es connatural, actividad cuya finalidad está plasmada en el artículo 01 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, (...)”.

Por otra parte propuso el llamamiento en garantía del señor Fiscal Seccional 33 del Espinal Tolima – Doctor Marco Aurelio Ospina Guzmán quien conoció del proceso penal adelantado en contra del aquí demandante en primera instancia.

2.4. Periodo probatorio.

Vencido el término de fijación en lista, mediante auto de **28 de febrero de 2005**¹⁰, el Tribunal Administrativo de Tolima decretó las pruebas solicitadas por las partes, el cual fue adicionado el **04 de abril de 2005**¹¹.

El **27 de julio de 2006** el Tribunal Administrativo del Tolima remitió el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Ibagué por competencia¹²; proceso que le correspondió al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué quien el **01 de septiembre de 2006** avocó conocimiento y continuó con el proceso, por lo que corrió traslado para que rindieran sus respectivos alegatos.

2.5. Alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo de Tolima, por medio de auto proferido el **30 de junio de 2009**, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto, respectivamente¹³.

El tercero llamado en garantía el **09 de julio de 2010**¹⁴ presentó alegatos de conclusión en los que solicitó que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y se disponga el archivo del expediente; en subsidio solicitó que se inhiban de proferir fallo de fondo o mérito, o en caso de que éste se produzca, que se denegatorio de las pretensiones. Por otra parte, indicó que en el caso bajo estudio, se encuentra configurado el eximente de responsabilidad denominado culpa exclusiva de la víctima, toda

¹⁰ Fls. 164-165 del C. No. 1.

¹¹ Fls. 171-172 del C. No. 1.

¹² Fl. 228 del C. No. 1.

¹³ Fl. 367 del C. No 1.

¹⁴ Fls. 368-400 del C. No 1.

vez que el señor Hermógenes Prada Alape actuó con culpa grave al concurrir ante las autoridades civiles y no a las indígenas; además, no interpuso los recursos de ley cuando le fue dictada la resolución de acusación, *“tendientes a obtener fuera JUZGADO, por la JURISDICCIÓN INDIGENA Y NO POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA”*¹⁵.

La parte demandante presentó alegatos de conclusión el **25 de marzo de 2008**¹⁶ en los que manifestó que se ratificaba en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y las excepciones propuestas en la misma.

Por otra parte, la Fiscalía General de la Nación el **15 de julio de 2009**¹⁷ radicó alegatos de conclusión en los que señaló que el señor Prada Alape fue objeto de una investigación penal adelantada por esa entidad la cual estuvo ajustada al procedimiento penal legalmente establecido vigente para la época de los hechos, no siendo aplicable, en ese entonces la normatividad indígena, por otra parte indicó que dentro del proceso penal se probó que el demandante fue el autor del punible por el cual fue condenado, asimismo, dentro del proceso penal que se adelantó en su contra se encuentra acreditado que se le garantizaron sus derechos al debido proceso y de defensa. Y se ratificó en lo que esgrimió en la contestación de las demandas y en las excepciones propuestas.

El Ministerio Público el **07 de septiembre de 2009**¹⁸ radicó concepto N° 026 en el que solicitó acceder a las pretensiones de la demanda pues *“es evidente la negligencia en que incurrieron los operadores judiciales, al no haber advertido la negligente omisión en que ocurrieron los operadores judiciales, al no haber advertido y declarado de oficio la obligante nulidad que determinaba la pérdida absoluta de competencia de la jurisdicción ordinaria. Esta omisión, constituye a su vez, el error judicial determinante para la privación de la libertad del demandante haya sido antijurídica, es decir, contraria a derecho, y en consecuencia, las pretensiones indemnizatorias tengan vocación de prosperidad. (...) Este despacho considera necesario recabar acerca de la actitud conciliadora que en su oportunidad manifestara el representante judicial de la Rama, hecho que debe asumirse como un claro indicio de la aceptación de la responsabilidad en el error judicial, al mismo tiempo que, merece válida censura la actitud asumida por la Fiscalía cuando justificó su negativa a conciliar con el peregrino y absurdo argumento de que para la época de los hechos, no era aplicable la normatividad indígena. (...) Por último, esta agencia del MP. Considera determinante, en la controversia planteada, la decisión adoptada por la Corte Constitucional, si se tiene en cuenta que, al tutelar los derechos fundamentales del debido proceso y la autonomía e integridad cultural de la población indígena, con la consecuente decisión de anular la actuación judicial penal, es evidente que ocurrió un grave error judicial*

¹⁵ Fls. 437-438 del C. No 1.

¹⁶ Fls. 411-422 del C. No 1.

¹⁷ Fls. 423-426 del C. No 1.

¹⁸ Fls. 428-436 del C. No 1.

plasmado en la conducta omisiva y negligente de las autoridades que intervinieron en la investigación y el juzgamiento, causa determinante de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el accionante, hecho que a su vez, constituye la conducta antijurídica que siendo contraria a derecho genera la responsabilidad reclamada a las autoridades judiciales demandadas. (...)”.

3. Sentencia de primera instancia

El **02 de julio de 2010**, el Tribunal Administrativo de Tolima profirió sentencia de primera instancia mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda¹⁹, lo anterior con fundamento en las presentes consideraciones:

(...)

No pasa por alto la Sala, que el accionante en su libelo demandatorio ajusta sus pretensiones bajo el régimen de imputación de responsabilidad de privación injusta de la libertad, sin precisar el régimen. No obstante lo anterior, dando aplicación al principio “iura novit curia”, considera esta instancia, que el régimen aplicable al caso bajo estudio es el correspondiente a la responsabilidad por error jurisdiccional.

(...)

En el caso sub lite, se logró demostrar que se cumplieron los requisitos establecidos para que se aplicara el FUERO INDIGENA a favor del accionante, toda vez que mediante escritos del 06 de julio y del 10 de octubre de 1994 (...) allegados con la demanda, se observa que la Gobernadora de la comunidad indígena de CHENCHE AMAYARCO del municipio de Coyaima Tolima, le informa al Fiscal 44 y al JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO DE PURIFICACIÓN, que el señor PRADA ALAPE, es indígena de esa comunidad y que además se desempeña como directivo de la misma (ALGUACIL).

De igual manera, se pudo establecer que los hechos fueron materia de investigación y juicio, sucedieron en la Quebrada Chenche, en la vereda Chenche Amayarco del municipio de Coyaima Tolima, tal y como se afirma en la denuncia presentada por la testigo VICTORIA CUMACO CACAIS, y que sirvió de fundamento para la condena interpuesta al accionante. En el mismo sentido, en el expediente existe información que da cuenta que el accionante y la víctima, eran miembros de esa comunidad y que residían allí.

De conformidad con lo anterior, tanto la FISCALÍA como EL JUZGADO Y EL TRIBUNAL DE CONOCIMIENTO, debieron haber reconocido el fuero indígena de que gozaba el accionante, o en su defecto, remitir el expediente al CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, para que dirimiera el conflicto de competencias, en virtud de lo dispuesto por el artículo 256 de la Constitución Política, toda vez que en el desarrollo de la investigación penal, se recaudaron suficientes elementos probatorios que permitían apreciar que se estaba juzgando a un miembro de la comunidad indígena amparado por un fuero especial.

*Así entonces resulta claro, que se presentó un **error jurisdiccional normativo o de derecho**, al prosperar la acción de tutela, por medio de la que se declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal, y ordenó remitir tanto al detenido como el expediente a la JURISDICCIÓN INDIGENA, para que fuesen ellos, conforme a su normatividad vigente quienes conocieran y juzgaran el caso.*

Así las cosas, concluye la Sala, tal y como lo determinó la CORTE CONSTITUCIONAL, en su fallo de tutela, que al accionante no se le garantizó el debido proceso, al no permitírsele ser investigado por su verdadero juez natural, y de

¹⁹ Fls. 454 a 504 del C. Ppal.

*conformidad con las normas y procedimiento aplicables para su comunidad; por lo que se incurrió en un **ERROR JURISDICCIONAL NORMATIVO O DE DERECHO**, del que se deriva una reparación a favor del demandante, como quiera que sufrió un daño antijurídico al que no estaba en la obligación de soportar.*

*Estas razones son suficientes para **ACCEDER** a las pretensiones de la demanda, razón por la cual al Sala asume el análisis relacionado con los perjuicios.*

Ahora bien, como el accionante estuvo privado de la libertad por el lapso de 7 años, 4 meses y 26 días, (...)

El Magistrado Jorge Alfonso Gutiérrez Muñoz salvó el voto²⁰ pues en su consideración no se encuentra configurado la responsabilidad del Estado, pues una vez visto el expediente y de la lectura de las pruebas obrantes en este, concluyo que no se cumplen los presupuestos establecidos en el Decreto 2700 de 1991 artículo 414 del C.P.P., vigente para la época de los hechos, constitutivos del título de imputación de detención preventiva, asimismo, indicó que el señor Hermógenes Alape Prada *“no fue absuelto por la Jurisdicción Ordinaria, sino que su proceso fue declarado nulo por falta de competencia siendo remitido a la Jurisdicción Indígena, quien finalmente era quien debía juzgarlo por su calidad indígena; sin embargo es preciso anotar que no obra prueba en el plenario, que el cabildo que llevo a cabo su juicio si fue así, lo haya condenado o absuelto por el delito de homicidio. (...) Igualmente considero, que el fiscal que profirió las resoluciones no actuó de mala fe, quizás incurrió en un error de interpretación al considerar que por la gravedad de la conducta del investigado la jurisdicción competente era la ordinaria, falta que por sí mismo no da lugar a indemnización o reparación alguna, (...). De los hechos relatados, se tiene que en su momento, si existía mérito para resolver la situación jurídica del actor profiriendo medida de aseguramiento en su contra, pues obra el testimonio de la señora VICTORIA CUMUCO CACAIS, quien afirmó como testigo presencial de los hechos, que observó al demandante descargar su arma y propiciarle seis (6) tiros a su compañero, igualmente obran otras declaraciones que expresan la enemistad que existía entre HECTOR GENTIL ALAPE y el señor HERMOGENES ALAPE, quien afirmaba que el primero sostenía una relación sentimental con esposa. (...) Además, es importante anotar que el actor no demostró que en el proceso o investigación adelantada por el cabildo indígena CHENCE AMAYARCO se hubiera decidido absolverlo por el delito endilgado, o que en el mismo no se usaba o aplicaba la privación de la libertad como sanción, cuando él tiene la carga de probar los hechos que alega, como quiera que bien puede ser condenado y castigado en su jurisdicción por los hechos que originaron la acción penal. (...) La parte demandante es quien tiene la CARGA PROBATORIA para demostrar que sus dichos son ciertos por medio de los instrumentos idóneos, conducentes y pertinentes que lleven al convencimiento al juez de conocimiento que efectivamente presentó una dalla por parte de la entidad demandada que generó un daño antijurídico el cual no estaba en la obligación de soportar. (...) En consecuencia, es a la parte demandante quien es la que pretende un derecho, quien*

²⁰ Fls. 501 a 504 del C. Ppal.

debe probar los hechos supuestos en la norma y en el caso concreto no probó el hecho de que la Fiscalía hubiera actuado de manera negligente”.

Recurso de apelación

-El **15 de julio de 2010**, la apoderada de la Dirección Seccional de Administración Judicial presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia²¹, mediante el cual solicitó que se revoque dicha sentencia, y en su lugar se profiera providencia inhibitoria, lo cual sustentó así:

(...)

El A-quo, al condenar a la Rama Judicial, lo hace bajo el precepto de que el demandante señor HERMOGENES PRADA ALAPE, fue procesado y condenado por la jurisdicción ordinaria, cuando realmente debía ser procesado y condenado por el juez natural, que atañe bajo el amparo del fuero indígena, que lo cobija por pertenecer a la comunidad indígena de Chenche Amayarco de Coyaima Tolima.

Existe reparo por esta defensa de la codena a la entidad que represento, por cuanto la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-100537 M.P: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, señala que “el juez, en cada caso deber hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para establecer los parámetros culturales... etc...”.

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que faltó material probatorio que esclareciera la calidad del accionado, y de que la comunidad indígena CHENCHE AMAYARCO, se hubiese pronunciado la absolución o condena del demandante, por esta razón fue apropiado la instrucción que realizó la Fiscalía y los Despachos judiciales que fueron involucrados en esta demanda.

Además comparto en su totalidad las consideraciones expuestas por el H. Magistrado JORGE ALONSO GUTIERREZ MUÑOZ, en salvamento de voto, cuando expresa “En el caso concreto que no se encuentra configurada la responsabilidad del Estado, pues una vez visto el expediente y de la lectura de las pruebas obrantes en este, se concluyó que no se cumplen los presupuestos establecidos en el Decreto 2700 de 1991 artículo 414 del C.P.P. Vigente para la época de los hechos, constitutivos del título de imputación de detención (...)”.

-El **16 de junio de 2010**²² la Fiscalía General de la Nación radicó el recurso de apelación en el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a esa entidad respecto de las súplicas impetradas por los demandantes, lo anterior con fundamento en que en el caso bajo estudio no hubo error judicial ni privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues la actuación que realizó dicho ente fue en cumplimiento de su deber legal y constitucional, pues le correspondía investigar y acusar a los presuntos infractores de la ley penal, así como asegurar la comparecencia de los trasgresores de la normativa penal, por otra parte recalco que para la época de los hechos regía el Decreto 2700 de 1991 en el que se estableció que

²¹ Fls. 506 - 508 del C. Ppal.

²² Fls. 509-511 del C. Ppal.

la restricción de la libertad no se trataba de una facultad sino de una política criminal definida por la Nación.

El Tribunal Administrativo del Tolima, en auto del **30 de julio de 2010**,²³ convocó a audiencia de conciliación a las partes, la cual se llevó a cabo el **05 de octubre de 2010** y se declaró fallida porque ninguna de las entidades accionadas presentó una fórmula de arreglo²⁴.

Por medio del auto de **05 de octubre de 2010**, el Tribunal Administrativo del Tolima concedió el recurso interpuesto por la parte demandada ante esta Corporación, en el efecto suspensivo²⁵.

4. Trámite de la segunda instancia

Por medio del auto de **06 de diciembre de 2010**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso interpuesto por la parte demandada Rama Judicial e inadmitió el impetrado por la Fiscalía General de la Nación, por inasistencia a la audiencia de conciliación realizada en cumplimiento del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010²⁶.

A su vez, mediante auto del **24 de enero de 2011** corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y el concepto, respectivamente²⁷.

En escrito del **15 de febrero de 2011**²⁸, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación radicó los alegatos de conclusión en los cuales indicó que en el caso bajo estudio no se configura ningún tipo de error, por cuanto el fiscal actuó de conformidad a la ley.

El **28 de febrero de 2011**²⁹ el Ministerio Público radicó el concepto N° 11-42 en el que solicitó que se revoque la sentencia impugnada, indicó que para la fecha en que la jurisdicción ordinaria actuó respecto del señor Hermógenes Prada Alape, no existía claridad sobre la jurisdicción que investigaba las conductas punibles cometidas por los indígenas, siendo la razón por la cual las autoridades penales en su momento, analizaron si aquél era inimputable o no, para efectos de aplicar la norma correspondiente del Código Penal.

Por otra parte, señaló que las autoridades indígenas no plantearon el conflicto positivo de jurisdicción *“ya que de los documentos adjuntos se puede observar que las autoridades*

²³ Fl. 513 del C. Ppal.

²⁴ Fls. 537-540 del C. Ppal.

²⁵ Fl. 543 del C. Ppal.

²⁶ Fls. 554-555 del C. Ppal.

²⁷ Fl. 557 del C. Ppal.

²⁸ Fls. 559-565 del C. Ppal.

²⁹ Fls. 570-579 del C. Ppal.

indígenas aun cuando manifestaron su autonomía también le solicitaron a la Fiscalía la investigación del punible. Se hace necesario anotar que el apoderado no utilizó entre sus argumentos de defensa la falta de competencia de la jurisdicción penal ordinaria para investigar y castigar el delito cometido por el señor Prada, en la medida en que de los elementos de convicción se deduce que éste sustentó sólo fue esgrimido como motivo del recurso extraordinario de revisión interpuesto en contra de la sentencia condenatoria. (...) Así las cosas, se puede concluir que no se materializó un daño antijurídico durante el periodo en que se adelantó la investigación y juzgamiento del señor Prada Alape, en virtud de que las autoridades judiciales aplicaron las normas y jurisprudencia vigentes para la fecha, descartando de esta manera un error jurisdiccional o una falla del servicio, por acción u omisión de las autoridades jurisdiccionales”.

Aunado a lo anterior, señaló el agente del Ministerio Público que se configuró el eximente de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, en la medida en que no se demostró que la jurisdicción indígena lo hubiera castigado con el mismo tipo de sanción, al señor Hermógenes Prada, por la comisión de la conducta de homicidio, siendo ésta una conducta cuestionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la indígena y en consecuencia merecedora de un castigo.

La parte demandante guardó silencio.

El **19 de mayo de 2014** el Consejero Ponente convocó a las partes para llevar a cabo audiencia conciliatoria, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 640 de 2001³⁰, la cual se llevó a cabo el **09 de julio de 2014** la cual se declaró fallida porque las partes no tenían animo conciliatorio³¹.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el **01 de marzo de 2011**³².

CONSIDERACIONES

1.- Aspectos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la

³⁰ Fl. 583 del C. Ppal.

³¹ Fl. 593 del C. Ppal.

³² Fl. 580 del C. Ppal.

administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado.

1.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”³³, o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparecen al proceso en calidad de **demandantes** Hermógenes Prada Alape víctima directa, Adelia Tola Briñez (cónyuge) y Bibiana Andrea Prada Tola, Betty Prada Tola y Lina María Prada Tola (hijas), quienes en la condición aducida se encuentran legitimados en la causa por activa.

Por otra parte, la demanda fue dirigida contra la Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial, frente a lo cual debe preverse que el asunto que aquí se conoce fue de conocimiento de las Fiscalías Especializada y los Juzgados Penales en las etapas de instrucción y juzgamiento a la luz del Decreto 2700 de 1991, en razón a lo cual la Sala considera que las entidades demandadas se encuentran legitimadas en la causa por pasiva.

1.3.- Caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 136 del C.C.A., que en su numeral 8º dispone que la acción “*de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa*”.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001³⁴, y sólo se

³³ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

³⁴ **ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya

interrumpe, de acuerdo con el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, con la presentación de la demanda que cumpla los requisitos y formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo³⁵. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez³⁶.

Ahora bien, tratándose de la declaración de responsabilidad del Estado por error judicial y privación injusta de la libertad, el término de caducidad se cuenta en primer lugar, a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial y en segundo lugar, se cuenta a partir del día siguiente al de ejecutoria de la providencia judicial preclusoria o absoluta, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación³⁷.

En el caso concreto, la Sala observa que la Corte Constitucional declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal que se adelantó en contra del aquí demandante, mediante providencia del **05 de septiembre de 2002**, y la demanda de reparación directa se radicó el **24 de abril de 2004**, esto es, dentro del término de caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

2. Análisis de la impugnación.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en su escrito de apelación oportunamente presentado [siguiendo la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Por lo cual la Sala procederá a analizar si la Rama Judicial es responsable del error judicial que derivó la privación injusta de la libertad a la que se vio sometido el señor Hermógenes Prada Alape con ocasión de las decisiones dictadas por la Fiscalía 44 Seccional de Purificación, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación –Tolima y el Tribunal Superior del Tolima – Sala Penal; despachos que desconocieron que el señor Prada Alape pertenecía a una jurisdicción especial como lo es la indígena.

Para resolver lo pertinente, la Sala en primer lugar reseñará las pruebas que obran en el expediente; a continuación examinará los presupuestos para configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; luego se analizará la responsabilidad del Estado por daños derivados de la administración de justicia y finalmente se realizará el análisis del caso concreto,

registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable".
(Subrayado fuera de texto)

³⁵ Consejo de Estado, Auto de fecha 2 de marzo de 2001, Rad. 10909, M.P. Delio Gómez Leyva.

³⁶ Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁷ Consejo de Estado, auto de 9 de mayo de 2011, Rad. 40.324, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3. Del acervo probatorio.

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

-Registro civil N° 32952350 en el que consta que Bibiana Andrea Prada Tola es hija de Adelaida Tola Briñez y Hermógenes Prada Alape³⁸.

-Registro civil N° 32952349 en el que consta que Betty Prada Tola es hija de Adelaida Tola Briñez y Hermógenes Prada Alape³⁹.

-Registro civil N° 34296196 en el que consta que Lina María Prada Tola es hija de Adelaida Tola Briñez y Hermógenes Prada Alape⁴⁰.

-Resolución del **30 de marzo de 1994** de la Fiscalía 44 Seccional de Purificación – Tolima por medio de la cual declaró abierta la instrucción, con el fin de establecer sí realmente se infringió la ley penal, quién o quiénes son los anteriores o partícipes del hecho, por lo que ordenó escuchar en indagatoria al señor Hermógenes Prada Alape y que se le resolviera la situación jurídica⁴¹.

-Resolución del **30 de marzo de 1994** de la Fiscalía Seccional 44 de Purificación – Tolima mediante la cual decretó medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, contra el señor Hermógenes Prada Alape como presunto autor responsable del delito de Homicidio, en consecuencia, libró la boleta de detención ante el centro carcelario de esa ciudad⁴².

-Oficio del **06 de julio de 1994** suscrito por la Gobernadora, Fiscal y Alcalde Mayor de la comunidad Indígena de Chenche Amayarco del Municipio de Coyaima – Departamento del Tolima en el cual indicaron que: *“nos desconcierta el acuso de homicidio que se viene desarrollando al compañero HERMÓGENES PRADA ALAPE (...), quien es una persona reconocida por su vocación de trabajo y en favor de nuestra comunidad y de respeto a las demás personas de la cual damos fe”*, por lo que manifestaron que el sindicato era inocente y por último, indicaron que *“aspiramos señor Fiscal que el cargo asignado a Usted realmente sea el de hacer Justicia con denuncias verídicas y no infundadas con el ánimo de hacer perjuicios morales”*⁴³.

³⁸ FI.28 del C N° 1.

³⁹ FI.29 del C N° 1.

⁴⁰ FI.30 del C N° 1.

⁴¹ FI.34 el C N° 1.

⁴² Fis.35-38 del C N° 1.

⁴³ FI.39 del C N° 1.

-Resolución del **25 de julio de 1994** mediante la cual la Fiscalía 44 Seccional de Purificación-Tolima declaró cerrada la investigación⁴⁴.

-Resolución del **22 de agosto de 1994** de la Fiscalía 44 Seccional de Purificación –Tolima mediante la cual profirió resolución de acusación en contra de Hermógenes Prada Alape como autor responsable del punible de Homicidio ⁴⁵.

-Oficio del **09 de octubre de 1994** de la Asociación de Cabildos Indígenas del Tolima – Coyaima en el cual solicitaron información respecto del proceso penal que se adelantaba en contra del señor Prada Alape; asimismo, pidieron que se explicara por qué llevaba 7 meses detenido y no se le había resuelto su situación jurídica; por último, indicaron que había testigos que sostenían que ese sujeto era inocente del delito que se le imputaba⁴⁶.

-Oficio del **10 de octubre de 1994** suscrito por la Gobernadora, Fiscal y Alcalde Mayor de la comunidad Indígena de Chenche Amayarco del Municipio de Coyaima – Departamento del Tolima en el cual le solicitaron información respecto del proceso penal seguido en contra del señor Prada Alape, indicaron que tenían conocimiento que éste señor a esa fecha no se le había resuelto la situación jurídica, por otra parte señalaron que el señor Prada Alape era miembro de esa comunidad, que era directivo, que su función era la de alguacil; que se encontraba detenido por acusaciones falsas, que no tenían fundamentación alguna, situación que transgredida sus derechos fundamentales, por lo que solicitaron su libertad inmediata y *“en caso de que esto no se pueda por alguna circunstancia de norma de Ley que ustedes nos lo manifiesten por escrito”*⁴⁷.

-Sentencia del **17 de marzo de 1995** proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito mediante la cual condenó a Hermógenes Prada Alape como autor responsable del homicidio de Héctor Gentil Alape Poloche, a la pena corporal de 25 años de prisión que deberá purgar en establecimiento carcelario⁴⁸.

-Sentencia del **15 de junio de 1995** proferida por el Tribunal Superior del Tolima – Sala Penal mediante la cual confirmó la decisión del 17 de marzo de 1995⁴⁹.

-Providencia del **16 de agosto de 2001**, proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mediante la cual declaró que por favorabilidad, la pena que el corresponde al sentenciado Hermógenes Prada Alape como autor penalmente responsable, por el delito de Homicidio agotado en la persona de Héctor Gentil Alape

⁴⁴ Fl.40 del C N° 1.

⁴⁵ Fls.41-43 del C N° 1.

⁴⁶ Fl.45 del C N° 1.

⁴⁷ Fl.46 del C N° 1.

⁴⁸ Fls.48-57 del C N° 1.

⁴⁹ Fls. 59-71 del C N° 1.

Poloche, hecho ocurrido el 26 de marzo de 1994, otorgó el subrogado de la libertad condicional, por un periodo de prueba de 46 meses bajo las obligaciones consignadas en el artículo 65 del Código Penal⁵⁰.

-Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, del **06 de febrero de 2002** tuteló el derecho fundamental al debido proceso invocado por el señor Prada Alape y, en consecuencia declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso penal que siguió la jurisdicción ordinaria contra Hermógenes Prada Alape, por el homicidio de Héctor Gentil Alape Poloche. Además, ordenó que el expediente y el detenido fueran entregados al Gobernador Indígena de la Comunidad de Chenche Amayarco de Coyaima Tolima para que resolvieran conforme a las normas propias de su pueblo, con fundamento en que existía otra jurisdicción, a la que constitucionalmente se le dio plena autonomía para adelantar el juzgamiento de los indígenas, cuando el hecho tenga ocurrencia al interior del resguardo y los actores sean ambos indígenas, por lo que los jueces nacionales carecían de competencia para valorar y sancionar la conducta de Hermógenes Prada Alape, la cual, por cumplirse los requisitos del fuero indígena, constitucionalmente está atribuida a las autoridades de su comunidad⁵¹.

-Providencia del **08 de febrero de 2002** del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad mediante el cual resolvió estarse a lo resuelto al fallo de tutela proferido por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura⁵².

-Providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, del **21 de marzo de 2002** mediante la cual revocó la sentencia del 6 de febrero de 2002, proferida por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela por razones de oportunidad, con fundamento en que no cumplía con el requisito de inmediatez, puesto que *“el accionante interpuso la presente acción de tutela, si se advierte que a pesar de proferirse el auto que inadmitió la demanda de revisión el 21 de noviembre de 2000, tan sólo fue atacado por esta vía el 22 de enero de 2002, esto es, pasado un año y más de la decisión de la Corte Suprema de Justicia y 7 años después del fallo de segunda instancia, decisiones que censura el actor, engendran una vía de hecho”*⁵³.

-Sentencia del **05 de septiembre 2002** proferida por la Corte Constitucional, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural de Hermógenes Prada Alape y de su comunidad. En consecuencia, revocó la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Consejo Superior de la Judicatura,

⁵⁰ Fls.72-74 del C N° 1.

⁵¹ Fls. 75-89 del C N° 1.

⁵² Fl.90 del C N° 1.

⁵³ Fls. 343-348 del C N° 2.

Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar confirmar la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos⁵⁴:

“Se concluye entonces que a Hermógenes Prada Alape no se le garantizó el debido proceso al no permitírsele ser investigado por su verdadero juez natural, de conformidad con las normas y procedimientos de su comunidad. Por lo tanto, al someter al mencionado indígena a las normas penales nacionales, se incurrió en el desconocimiento del derecho al debido proceso y a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, tal como lo señala el artículo 246 de la Constitución Política, con lo cual, estima la Sala, es procedente la acción de tutela interpuesta porque se incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico.”⁵⁵

13. *Por su parte, esta Sala de Revisión considera que la Corte Suprema de Justicia no estaba obligada a valorar los argumentos expuestos por la accionante, referentes a la competencia de las autoridades indígenas para conocer de los hechos punibles objeto del proceso, pues su análisis se limitó a establecer la procedencia de la causal invocada en la revisión, es decir la contemplada en el artículo 232, numeral 6º del Código de Procedimiento Penal Anterior y según la cual la acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria”. Por ello, se comparte el fundamento de su decisión en la cual expresó que: “... no está de más señalar que el punto cuya discusión pretende la abogada demandante es marginal a la naturaleza misma de la acción de revisión. Esta no se encuentra instituida para el debate de cuestiones atinentes al trámite procesal, a su regularidad, al cumplimiento de las garantías debidas a las partes, como tampoco para el cuestionamiento de los supuestos de hecho de la sentencia ni de sus consecuencias jurídicas. El escenario previsto para ello es el propio proceso penal, sus instancias, y naturalmente la casación, siendo ese el marco donde debió haber tenido lugar la controversia sobre la competencia, que inexorablemente pretende la apoderada suscitar a través de la acción extraordinaria de revisión”⁵⁶.*

14. *De otro lado, en relación con el principio de inmediatez para la presentación de la acción de tutela en que se fundamenta el Consejo Superior de la Judicatura para revocar la sentencia de tutela de primera instancia, debe tenerse en cuenta que aunque el constituyente o el legislador no hayan fijado el término judicial para interponer la acción, el juez constitucional deberá apreciar en cada caso, en consideración a sus circunstancias particulares, cuál es el término razonable máximo permitido para presentarla.*

En el caso objeto de revisión, estima la Sala que la presentación de la tutela se hace dentro de una margen razonable, en atención al grado de conocimiento de la acción de tutela que le es exigible al accionante; al hecho de haber agotado oportunamente las diferentes etapas procesales de impugnación que le garantiza la legislación penal

⁵⁴ Fls.5-25 del C. N°1.

⁵⁵ De conformidad con la doctrina constitucional sobre vías de hecho fijada por esta Corporación, éstas pueden presentar cuatro modalidades: “(1) la decisión impugnada se funda en una norma evidentemente inaplicable (defecto sustantivo); (2) resulta incuestionable que el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión (defecto fáctico); (3) el funcionario judicial que profirió la decisión carece, en forma absoluta, de competencia para hacerlo (defecto orgánico); y, (4) el juez actuó completamente por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental). En criterio de la Corte “esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial”. Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también las sentencias T-492 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y SU-429 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2000. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acta No. 196.

nacional, y al hecho de estar cumpliendo el accionante una condena de 25 años de prisión. No comparte la Sala, por lo tanto, el estricto conocimiento que el ad quem exige al miembro de la comunidad indígena en relación con el principio de inmediatez de la acción de tutela, máxime cuando fue investigado y juzgado por una jurisdicción distinta a la que la Constitución le garantiza y a que la tutela fue presentada un año después de proferirse el fallo de revisión por la Corte Suprema de Justicia.

15. De esta forma, es procedente la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural del accionante y de su comunidad. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar se confirmará la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.⁵⁷ (...).”

-Acta de conciliación prejudicial en la que consta que el **09 de febrero de 2004** se llevó a cabo la audiencia⁵⁸

Los anteriores medios probatorios serán valorados por la Sala para resolver los problemas jurídicos planteados en la impugnación presentada por la parte demandante.

4.-Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁵⁹, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁶⁰ tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

⁵⁷ A una conclusión semejante se llegó en la sentencia T-266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Señaló la Corte en aquella ocasión: “Así, en este caso, es claro que los hechos por los cuales se sindicó al actor fueron cometidos dentro del territorio que controla el pueblo indígena Arhuaco y que el demandante es, además, miembro activo de dicho pueblo. Por tanto, cuando el Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar se negó a reconocer la jurisdicción y competencia de los Mamos para conocer de la muerte de Ana Nellys Robles Torres y para juzgar a Suárez Alvarez, violó a este último el derecho a ser procesado por su juez natural, y violó al pueblo Arhuaco su derecho fundamental a ejercer la jurisdicción especial que la Constitución asignó a sus autoridades tradicionales. Los fallos de instancia serán entonces revocados y, en su lugar, se otorgará la tutela del derecho del actor al debido proceso, y del derecho del pueblo Arhuaco a ejercer la jurisdicción especial consagrada en el artículo 246 de la Carta Política, inicialmente desarrollado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”.

⁵⁸ Fls.31-33 del C N° 1

⁵⁹ “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, sentencia C-037 de 2003.

⁶⁰ 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, expedientes: 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’”.

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

4.1 El daño.

El daño comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁶¹ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁶², en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional ha señalado 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”⁶³.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de 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”⁶⁴. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁶⁵, anormal⁶⁶ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁶⁷.

Es preciso advertir que en la sociedad moderna, el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva y no sujeta al modelo tradicional. Esto implica, para el

⁶¹ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

⁶² “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”. ob., cit., p.186.

⁶³ 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 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.

⁶⁴ 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”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente: 9550.

⁶⁵ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁶⁶ “(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

⁶⁷ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material, podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece⁶⁸.

4.2 Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento del deber jurídico de reparar.

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; daño especial; 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 la jurisprudencia constitucional se sostiene, que 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”*⁶⁹.

⁶⁸ "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...). Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª editorial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁷⁰, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁷¹.

En cuanto a lo anterior, 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”*⁷². 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”*⁷³.

Esto es sin duda, un aporte dado por Larenz según el cual había necesidad de *“excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”*⁷⁴. 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 no⁷⁵. Es más, se sostiene doctrinalmente *“que la responsabilidad objetiva*

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

⁷² “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.

⁷³ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁴ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁷⁵ 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, expediente: 14170.

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”⁷⁶.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia 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 proporcionalidad⁷⁷ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁷⁸ que el juez está llamado a aplicar bajo la consideración de la utilización de la máxima *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁷⁹.*

Esta formulación no debe suponer, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación 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

⁷⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema, ob., cit., p.171.

⁷⁷ El principio de proporcionalidad se compone de tres sub- principios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de *optimización* (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer sub principio 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”.* ALEXY, Robert. *“Teoría del discurso y derechos constitucionales”*, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

⁷⁸ La ley de la ponderación pone de manifiesto que ésta se 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.

⁷⁹ 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.

Estado como herramienta de aseguramiento universal⁸⁰, 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”*⁸¹, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁸².

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁸³, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁸⁴, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera

⁸⁰ La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁸¹ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁸² “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁸³ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁸⁴ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)”⁸⁵.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a 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.

5.- La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia.

Los elementos de la responsabilidad del Estado que se vienen de comentar, han tenido un desarrollo particular en el ámbito específico de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de los actos emanados de las autoridades judiciales, o por sus omisiones.

5.1 Régimen desde la óptica convencional

Ese desarrollo, desde la perspectiva convencional está consagrado en los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos bajo la égida de la tutela judicial efectiva, y del acceso efectivo a la administración de justicia, que suponen que no solo deben existir los procedimientos y recursos, sino que los mismos tienen que mostrarse eficaces; de suerte que cualquier acto procesal de una autoridad jurisdiccional que vaya en contra de tal efectividad, o cualquiera omisión por parte de estas mismas autoridades que afecten a las personas intervinientes en un proceso judicial, en su derecho de defensa, generará responsabilidad del Estado frente a este particular.

La garantía de la tutela judicial efectiva vincula a los Tribunales internacionales, tanto en el orden universal, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional; como en el orden regional, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, pese a que se establece en principio una inmunidad diplomática y en sus votos, pero únicamente respecto de los miembros que conforman estos Tribunales; pero no de la institución misma, que está vinculada a un régimen de responsabilidad derivada de sus procedimientos y decisiones. De suerte que si en ejercicio de esta actividad judicial internacional se incurre en actos u

⁸⁵ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

omisiones que vulneren los elementos que conforman el acceso efectivo a la administración de justicia, el organismo tendrá que responder por los daños que de tales actos u omisiones se deriven⁸⁶.

5.2 Régimen de Responsabilidad de daños derivados de la actividad judicial en el ordenamiento Colombiano.

En el ámbito interno, a propósito de la responsabilidad del Estado por daños derivados de la actividad de las autoridades jurisdiccionales, se pueden identificar tres etapas claramente diferenciadas: Un primer periodo anterior a la expedición de la Constitución de 1991, en la que no existía esta responsabilidad bajo el argumento que las decisiones jurisdiccionales, al estar revestidas de la autoridad de cosa juzgada, cualquier omisión, error o anomalía en que incurrieran las autoridades judiciales al proferirlas, configuraba un riesgo que debía ser asumido por los coasociados.

Pese a lo anterior, y por influjo del ordenamiento convencional, artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por vía excepcional fue abriéndose paso la responsabilidad por error judicial y por defectuoso funcionamiento; entendiéndose que el primero se verificaba cuando se condenaba a una persona mediante sentencia que comportaba un error; y para configurar el segundo evento se precisó que una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada y otra diversa ciertos actos ejecutados por los jueces en orden a resolver los procesos, que solo requieren de la prudencia administrativa.

Una vez entra en vigencia la constitución de 1991, pueden advertirse dos épocas: una primera en que a la cláusula prevista por el artículo 90 de la Constitución se le dio una aplicación jurisprudencial en materia de daños derivados por la actividad judicial, en la que, en aplicación de las hipótesis previstas en el artículo 414 del entonces vigente código de procedimiento penal, se asoció como un mismo supuesto la privación injusta de la libertad y el error judicial⁸⁷; y un segundo periodo que comienza con la expedición de la ley 270 de 1996, normatividad que especificó como fundamentos de la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional tres hipótesis: la privación injusta de la libertad, el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

De suerte que, observado en conjunto el ámbito convencional y la legislación colombiana, son cuatro los supuestos que generan la responsabilidad por la actividad judicial, los tres

⁸⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por el actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

⁸⁷ Una reseña de las decisiones del Consejo de Estado que contiene este sincretismo entre error y privación injusta de la libertad puede ser consultada en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, cit. pág. 22.

que se acaban de mencionar, a nivel interno; y el deficiente acceso a la administración de justicia, desde la perspectiva convencional.

Por cuanto en el sub judice, y específicamente en el recurso único de apelación que aquí se resuelve, se acusa a la Rama Judicial de haber incurrido en un error judicial que ocasionó la privación injusta de la libertad del señor Prada Alape al desconocer la jurisdicción que lo debía juzgar a él, esta era, la indígena, pues este sujeto pertenece a ella, por lo que se analizará los postulados teóricos de la responsabilidad del Estado derivada de un error jurisdiccional y de la privación injusta de la libertad.

5.2.1 Privación Injusta de la Libertad

5.2.1.1 El derecho a la libertad individual

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

5.2.1.2. Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial⁸⁸.

⁸⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.

También se sostuvo que dicho error debía ser 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”⁸⁹.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

“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 mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

“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.”⁹⁰

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por “error judicial” comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal,⁹¹⁻⁹² eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

“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”⁹³.

En la tercera, que es la que prohija la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las

⁸⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989.

⁹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.

⁹¹ 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.

⁹² Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

⁹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.

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 vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural o domiciliaria, esto es que la restricción de la libertad cualquiera que sea su naturaleza haya sido efectiva⁹⁴.

5.2.1.3. Unificación jurisprudencial sobre la indemnización del perjuicio moral en los casos de privación injusta de la libertad

En sentencia del 28 de agosto de 2014, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la reparación del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad se determina en salarios mínimos mensuales vigentes, a partir de cinco niveles que se configuran teniendo en cuenta el parentesco o la cercanía afectiva existente entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados, y el término de duración de la privación de la libertad, así:

⁹⁴ Debe aclararse que en lo que respecta a las restricciones para salir del país o cambiar de domicilio, la Sala ha considerado que el daño antijurídico recae sobre la libertad de locomoción que tienen las personas y no se configura con la simple prescripción de la medida sino que debe acreditarse la afectación efectiva frente a la víctima en particular. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp.: 27.689. En otra oportunidad, la Sala precisó que debe demostrarse “que con dicha medida se hubiera materializado la afectación efectiva de la libre locomoción, por cuanto no se acreditó entre otras, que [los demandantes] tuvieran la necesidad o proyecto para salir del país o que su vida personal o profesional les demandara salir del país con alta frecuencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de abril de 2017. Exp.: 41.326.

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Para los niveles 1 y 2 se requiere la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros; para los niveles 3 y 4 es indispensable además la prueba de la relación afectiva; y para el nivel 5 sólo se exige la prueba de la relación afectiva.

6.-Análisis del caso concreto

Para realizar el análisis del caso concreto la Sala en primer lugar verificará si se encuentra acreditado el daño antijurídico; si ello es así, posteriormente examinará si dicho daño es imputable a la Fiscalía General de la Nación y a la Nación –Rama Judicial, por error jurisdiccional, o cualquiera otra circunstancia que genere responsabilidad del Estado.

6.1 El daño antijurídico en el caso concreto.

El daño, tanto en la demanda como en el escrito de impugnación, se hace consistir en la falla del servicio derivada del error judicial en que habrían incurrido la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, al proferir las resoluciones mediante las cuales se le impuso la medida de aseguramiento al señor Hermógenes Prada Alape; así como las sentencias que lo condenaron, pues las mismas fueron transgresoras de su garantía a un debido proceso, pues, fue sometido a un jurisdicción diferente al que él estaba sometido, comoquiera que el aquí demandante pertenecía a una comunidad indígena, por lo que la Jurisdicción competente era la de su etnia, situación que ocasionó, según se afirma en la demanda, que el señor Prada Alape fuera privado injustamente de la libertad.

Se observa que la parte actora alega como daño, de una parte, un pretendido error judicial; y de otra, la privación injusta de la libertad. Como estos conceptos han sido claramente diferenciados por la jurisprudencia de esta Corporación, tal como se reseñó en precedencia, la Sala procede a analizarlos separadamente.

6.1.2.- El error judicial en el caso concreto

Al respecto, de conformidad con los medios probatorios que obran en el plenario, la Sala considera que en el *sub judice* no es posible declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, bajo el concepto de error jurisdiccional, por los siguientes motivos.

Se encuentra demostrado que la Fiscalía Seccional 44 de Purificación profirió la resolución interlocutoria el **30 de marzo de 1994**⁹⁵, mediante la cual resolvió la situación jurídica del señor Hermógenes Prada Alape, en el sentido de imponer medida de aseguramiento de detención preventiva como presunto autor del delito de Homicidio, decisión que no fue recurrida, por lo que el proceso continuó; posteriormente el **25 de julio de 1994**⁹⁶ dicha autoridad declaró cerrada la investigación, seguidamente, el **22 de agosto de 1994**⁹⁷ profirió resolución de acusación en contra del aquí demandante, y que el mismo continuaría privado de la libertad; agotadas las instancias procesales ante ese ente, el proceso fue remitido ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación quien el **17 de marzo de 1995**⁹⁸ dictó sentencia en la que condenó como autor responsable del homicidio del señor Héctor Gentil Alape Poloche a la pena de 25 años de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 10 años, así como, a pagar a los herederos de la víctima el equivalente a 1000 gramos oro, por perjuicios materiales y morales; decisión que apeló, por lo que dicho recurso lo desató el **15 de junio de 1995**⁹⁹ el Tribunal Superior del Tolima – Sala Penal en sentido de confirmar la providencia recurrida.

También se acreditó en plenario, que el **16 de agosto de 2001**¹⁰⁰ el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad dosificó la pena con fundamento en que, por aplicación del principio de favorabilidad al señor Prada Alape, le correspondía una pena inferior a la que se le había impuesto, y se determinó que la pena a imponer era la de 13 años de prisión; otorgándole, además, el subrogado de la libertad condicional, por un periodo de prueba de 46 meses, por lo que se le ordenó prestar caución.

Por otra parte, se evidenció en el expediente que el señor Prada Alape interpuso acción de tutela contra la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Penal del Tribunal Superior de Ibagué, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Purificación y la Fiscalía 44 de la Unidad Seccional de Purificación – Tolima la cual resolvió en primera

⁹⁵ Fl. 34 del C.1 Obra la providencia mediante la cual se declaró abierta la instrucción en contra del señor Hermógenes Prada Alape por la Fiscalía 44 Seccional.

⁹⁶ Fl. 40 del C.1 Obra la providencia mediante la cual se declaró cerrada la instrucción en contra del señor Hermógenes Prada Alape.

⁹⁷ Fl. 41-43 del C.1 Obra la providencia mediante la cual se dictó resolución de acusación en contra del señor Hermógenes Prada Alape.

⁹⁸ Fl. 48-57 del C.1 Obra la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito mediante la cual condenó al señor Hermógenes Prada Alape como autor responsable del punible de homicidio.

⁹⁹ Fl. 59-71 del C.1 Obra la sentencia del Tribunal Superior del Tolima –Sala Penal mediante la cual confirmó la sentencia que condenó al señor Hermógenes Prada Alape.

¹⁰⁰ Fl. 72-74 del C.1

instancia el Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima - Sala Jurisdiccional Disciplinaria el **06 de febrero de 2002**¹⁰¹ mediante la cual tuteló el derecho fundamental al debido proceso invocado por Hermógenes Prada Alape y en consecuencia, declaró la nulidad de todo lo actuado, dentro del proceso penal que siguió la jurisdicción ordinaria y ordenó que el respectivo expediente junto con el señor Prada Alape fueran puestos a disposición del Gobernador Indígena de la comunidad de Chenche Amayarco de Coyaima, para que la respectiva autoridad indígena resolviera el asunto de conformidad con sus propias normas, decisión que fue recurrida por uno de los magistrados que integraban la Sala Penal del Tribunal Superior que había proferido la providencia acusada en acción de tutela. El **21 de marzo de 2002**¹⁰² el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria revocó la sentencia del 06 de febrero de 2002.

Empero, la Corte Constitucional seleccionó, junto con otra, dichas sentencias por lo que el **05 de septiembre de 2002**¹⁰³ profirió la sentencia T-728 de 2002 mediante la cual tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía e integridad cultural del señor Hermógenes Prada Alape y de su comunidad, en consecuencia, revocó la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, y en su lugar confirmó la sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

Analizados los anteriores medios, es palmario para la Sala, que no se configuran uno de los elementos establecidos para endilgar responsabilidad por error judicial, aquél que exige que la providencia contentiva del error se encuentre en firme. En efecto, de conformidad con lo decidido por la Corte Constitucional en la providencia del **05 de septiembre de 2002** el proceso fue declarado nulo y remitido a la respectiva autoridad indígena para que esta adelantara la correspondiente investigación por el punible de homicidio, en contra del señor Hermógenes Prada Alape, conforme a sus costumbres. Esta decisión de la Corte Constitucional revoca las providencias que se acusaban como contetivas del error, por lo tanto ninguna de estas se encontraba en firme. Y ante esta falta de firmeza, es imperativo declarar que no se estructura el error jurisdiccional que invoca la parte actora, tal y como se explicó en líneas precedentes, al no cumplirse con uno de los elementos determinantes para su procedencia.

6.2.- La privación injusta de la libertad en el caso concreto.

¹⁰¹ Fl. 75-89 del C.1. Obra la sentencia del primera instancia mediante la cual se le ampararon los derechos fundamentales invocados por el señor Hermógenes Prado Alape.

¹⁰² Fl. 343-348 del C.2. Obra la providencia mediante la cual se revocó la decisión de primera instancia.

¹⁰³ Fl. 5-25 del C.1. Obra copia de la sentencia de la Corte Constitucional

Al respecto, la Sala encuentra demostrado en primer lugar que el señor Hermógenes Prada Alape fue privado de la libertad en un centro carcelario desde el **28 de marzo de 1994**¹⁰⁴, fecha en la cual se presentó de manera voluntaria ante la Estación de Policía del municipio de Coyaima –Tolima, quienes lo dejaron a disposición de la Fiscalía 44 Seccional de Purificación, autoridad que el **30 de marzo siguiente**¹⁰⁵, le impuso medida de aseguramiento, hasta el **21 de agosto de 2001**¹⁰⁶ fecha en que el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas otorgó al sentenciado Hermógenes Prada Alape el subrogado de la libertad condicional.

Esta privación de la libertad, no puede analizarse bajo el artículo 414 del Código Penal – Decreto 2700 de 1991-, como quiera que los supuestos de hecho que trae esa norma ninguno de ellos se presentó en el sub judice; tampoco aparece absuelta por in dubio pro reo la persona privada de la libertad; así las cosas, no puede resolverse este asunto bajo, el régimen objetivo; por lo anterior la Sala considera que el supuesto daño antijurídico padecido por la parte demandante, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*¹⁰⁷, se debe analizar a título de falla en el servicio, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen.

Como ya se dijo, se tiene que el señor Hermógenes Prada Alape fue privado de su libertad en un centro carcelario desde el **28 de marzo de 1994** hasta el **21 de agosto de 2001** fecha en que el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas otorgó al sentenciado Hermógenes Prada Alape el subrogado de la libertad condicional. Asimismo, que la Corte Constitucional mediante providencia del **05 de septiembre de 2002** tuteló sus derechos fundamentales y declaró la nulidad del proceso penal adelantado en su contra; por lo que se tiene que desde el **21 de agosto de 2001** hasta el **05 de septiembre de 2002** el señor Prada Alape estuvo con libertad condicional, Por lo expuesto, se itera, que el actor estuvo privado de la libertad en centro carcelario desde el **28 de marzo de 1994** hasta el **21 de agosto de 2001**, lo que equivale a 87,03 meses y con libertad condicional desde el **22 de agosto de 2001** hasta el **05 de septiembre de 2002** lo que semeja a 12,6 meses, para un total de 99,63 meses.

Empero, si bien es claro que las providencias que privaron al aquí demandante de su libertad fueron declaradas nulas, quedó viva su consecuencia, como lo es la privación de la libertad a la que se vio sometido el señor Hermógenes Prada Alape por un periodo de 99,63

¹⁰⁴ Fecha que en la providencia del 30 de marzo de 1994 señala que el señor Alape Prada se presentó ante la autoridad Policial.

¹⁰⁵ Fl. 35-38 del C.1 Providencia mediante la cual decretó la medida de aseguramiento en contra del señor Hérmogenes Prada Alape.

¹⁰⁶ Fl. 72-74 del C.1 Fecha en la que el señor Alape Prada fue dejado en libertad en cumplimiento.

¹⁰⁷ Al respecto, la Corporación ha determinado que “*los escenarios en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado se debe dar aplicación al principio iura novit curia, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o la motivación de la imputación aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión*”. Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Tercera de 29 de agosto de 2007, expediente: 15494, 3 de octubre de 2007, expediente 22655, 7 de octubre de 2009, expediente: 17629, 14 de agosto de 2008, expediente 16413.

meses, no encuentra probado la Sala que esta consecuencia configure un daño antijurídico, toda vez que para la época en que se adelantó el proceso penal contra el aquí demandante, no existía claridad sobre la jurisdicción que investigaba las conductas punibles cometidas por los miembros de comunidades indígenas, como pasa a exponerse:

El proceso adelantado en contra del señor Hermógenes Prada Alape inició para el año 1994, año en el cual la jurisdicción penal avocó el conocimiento para determinar quién había cometido el homicidio perpetrado en contra de la humanidad del indígena Héctor Gentil Alape Poloche; hecho que denunció la hermana del occiso, quien sindicó como autor al señor Prada Alape, circunstancia que llevó a la Fiscalía General de la Nación a iniciar la investigación en contra del aquí demandante; lo anterior en cumplimiento de una obligación constitucional, la cual se encuentra establecida en el artículo 250 de la Constitución Política que establece que *“la Fiscalía General de la Nación está obligada adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de una denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo”*

Para esa época, si bien las autoridades indígenas allegaron dos escritos en los cuales señalaban que el señor Prada Alape era miembro de la comunidad indígena de Chenche Amayarco del municipio de Coyaima; no era claro para ninguna de las dos jurisdicciones, ordinaria e indígena, quien tenía la competencia para juzgar al sindicado del delito de homicidio, pues si bien en el artículo 246 de la Constitución Política se reconoció que *“las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. (...)”*. para esa época no existía un desarrollo legal y doctrinal; por lo que la Corte Constitucional con su jurisprudencia solventó los vacíos conceptuales y resolvió los diferentes conflictos suscitados entre la Jurisdicción Ordinaria y la Indígena.

En efecto, la Corte Constitucional reconoció la autonomía de la Jurisdicción Especial Indígena¹⁰⁸⁻¹⁰⁹ hasta el año de 1996,¹¹⁰ y realizó un desarrollo jurisprudencial en el que determinó los elementos claves para identificar el fuero de los indígenas el cual se analizaba dependiendo de las circunstancias de cada caso y definió *“que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de*

¹⁰⁸ Ver entre otras sentencias de la Corte Constitucional la T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la C-139 de 1996, M.P. Ciro Angarita Barón y la T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰⁹ Ver sentencias de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-1127 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹¹⁰ Sentencia C-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso”.

Asimismo, instituyó las circunstancias para identificar la Jurisdicción Especial Indígena como lo eran: i) que existiera la respectiva autoridad indígena, para conocer del proceso de conformidad con su estructura; ii) el ámbito territorial, que los delitos hubiesen sido cometidos dentro de la jurisdicción de dicha comunidad y por algún miembro que estuviere sometido a sus costumbres y normas¹¹¹, y iii) normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos¹¹².

Así las cosas, es claro que las demandadas no incurrieron en ninguna omisión del deber normativo, pues estas actuaron de conformidad con la normativa constitucional vigente para la época de los hechos, que las obligaba a determinar, sí el señor Alape Prada era o no responsable del punible endilgado, respecto de lo cual, como se demostró en el proceso penal, encontraron los elementos para condenarlo como autor del delito de homicidio y como consecuencia de ello se vio privado de la libertad. Tan evidente es lo anterior, que el actor, sólo hasta el año 2002 acudió al juez de tutela para que se le amparara su derecho a la diversidad étnica, y de sus propias costumbres; situación que demuestra que los jueces y fiscales actuaron de conformidad con lo establecido en las disposiciones vigentes para la época de los hechos y que sólo hasta que la Corte Constitucional desarrolló los parámetros para que la Jurisdicción Especial Indígena resolviera los respectivos procesos cuando se cometiera un delito por un miembro que perteneciere a dicha jurisdicción, este sujeto solicitó la protección de su diversidad cultural.

Por lo expuesto es claro para la Sala que el señor Prada Alape se encontraba en el deber jurídico de soportar la privación de la libertad, toda vez que fue hasta después del año de 1996 que la Corte Constitucional jurisprudencialmente estableció los criterios de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, a los cuales acudió hasta el año 2000.

De esta manera se tiene entonces, que el daño antijurídico alegado en el caso de autos no se configuró ni por error jurisdiccional, ni por privación de la libertad. Así las cosas, está claro para la Subsección que en el sub examine, no existe daño antijurídico sufrido por el

¹¹¹ Sobre este punto ver sentencias de la Corte Constitucional T-344 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-667 A de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-266 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-728 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹² C-139 de 1996.

demandante, razón por la cual no hay lugar a condenar a las entidades demandadas, por ende se revocará la sentencia proferida por el 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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida el **02 de julio de 2010** por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar se dispone:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto Cfr. Av. Rad. 35796/16#2 y 3;

Av. Rad. 36146/15 y Av. Rad. 37100/16

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente

Aclaración de voto