



DEAJALO21

Bogotá, 18 de marzo de 2021

**Honorables
Consejeros
CONSEJO DE ESTADO (Reparto)**
E. S. D.

REF. Acción de Tutela
Demandante: Nación – Rama Judicial
**Demandada: Sección Tercera, Subsección B del Consejo
de Estado – Tribunal Administrativo del Cesar.**

Respetado Magistrado:

PAOLA JOANA ESPINOSA JIMÉNEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.818.097 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 204.447 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial conforme al poder conferido de manera atenta me permito promover ACCIÓN DE TUTELA contra la SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B” DEL CONSEJO DE ESTADO y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, en aras de que se acceda a las siguientes:

I. PRETENSIONES

1. Se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y a la igualdad al condenarse de forma arbitraria a la Rama Judicial, dentro del expediente de reparación directa No. en el que actúan como demandantes el señor Augusto Rafael Billar Lastra y otros, y demandada la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

2. Como consecuencia de lo anterior, se deje sin valor y efecto lo ordenado en el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia de fecha 8 de mayo de 2020, dentro del proceso de reparación directa No. 20001233100020120017701 (48737) en el que actúan como demandantes el señor Augusto Rafael Billar Lastra y otros; y, o en su defecto se sirva ordenar, a la Sección Tercera, Subsección “B” del Consejo de Estado proferir un nuevo fallo en el que se deje sin efectos lo ordenado en el numeral séptimo de la parte resolutive de la referida providencia.

II. SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR O PROVISIONAL

De conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, solicito se decrete como medida cautelar o provisional lo siguiente:

1. SUSPENDER LA EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA emitida dentro del proceso de reparación directa en el que actúan



Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

como demandantes el señor Augusto Rafael Billar Lastra y otros, y demandadas la Nación – Rama Judicial.

2. SE ORDENE A LA SECRETARÍA DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO O DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, ABSTENERSE DE EMITIR CONSTANCIA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO emitida dentro del proceso de reparación directa No. 20001233100020120017701 (48737) en el que actúan como demandantes el señor Augusto Rafael Billar Lastra y otros, y demandadas la Nación – Rama Judicial.

3. En caso de que ya se haya expedido la constancia de ejecutoria mencionada en el numeral anterior, suspender tal CONSTANCIA DE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO emitida dentro del proceso de reparación directa 20001233100020120017701(48737) el que actúan como demandantes el señor Augusto Rafael Billar Lastra y otros, y demandadas la Nación – Rama Judicial.

4. De no considerarse lo solicitado en los numerales 1, 2 y 3 **se SUSPENDA LO ORDENADO en el numeral TERCERO de la parte resolutive del fallo de fecha 8 de mayo de 2020, “(...) TERCERO: La Rama Judicial, en el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, deberá remitir con destino al señor Rafael Augusto Billar Lastra y su familia, una misiva en la que exprese disculpas a raíz de la privación de la libertad de la cual fue objeto. La Rama Judicial deberá coordinar con el aquí demandante si es suficiente con que el documento le sea entregado personalmente a él o si, además, debe publicarse en las plataformas de comunicación y difusión de la entidad...**)

Lo anterior con el objetivo de no hacer nugatorio el efecto de un eventual fallo de tutela a favor de los intereses de la Nación – Rama Judicial, y teniendo **en cuenta la amenaza cierta y real de afectación injustificada al buen nombre de la entidad** habida consideración de que, en caso de expedirse la constancia de ejecutoria del fallo de segunda instancia, **se estaría imponiendo en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial una obligación de hacer la cual es absolutamente infundada, impertinente, inconsecuente con las funciones del Director Ejecutivo y con el principio de autonomía judicial y violatoria de los derechos fundamentales de la entidad que represento.**

Para el análisis de esta medida provisional, de manera respetuosa, pido se tengan en cuenta todos los argumentos expuestos más adelante en el capítulo de fundamentos jurídicos de esta solicitud de amparo.

Las anteriores pretensiones se fundan en los siguientes:

III. HECHOS

1. El señor Augusto Rafael Billar Lastra (víctima directa) y su grupo familiar presentaron demanda de reparación directa en contra la Nación – Rama Judicial por la presunta



Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

privación injusta de la libertad del señor Billar con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra por el delito de como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años; la cual correspondió por competencia, en primera instancia, al Tribunal Administrativo del Cesar, correspondiéndole el número de radicado 20001233100020120017700 .

2. El Magistrado Ponente a través de auto admitió la demanda de la referencia, ordenándose las respectivas notificaciones a las entidades demandadas.

3. Dentro del respectivo término la Nación - Rama Judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas.

4. Una vez surtidas debidamente las respectivas etapas procesales, el Tribunal Administrativo del Cesar profirió sentencia de primera instancia de fecha 27 de junio de 2013 en la declaró la responsabilidad patrimonial de la Nación Rama Judicial y la falta de legitimación en la causa de la Fiscalía General de la Nación.

5. Contra la referida providencia la Nación – Rama Judicial interpuso recurso de apelación.

6. Por reparto el recurso de apelación de la referencia le correspondió a la Sección Tercera Subsección “B” de Consejo de Estado.

7. Por medio de auto de fecha 21 de febrero de 2014 se admitió el recurso de apelación en contra de la sentencia en comento.

8. A través de auto de fecha 31 de marzo de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentarán sus alegatos de conclusión.

9. El día, 8 de mayo de 2020 se profirió sentencia por medio de la cual se dispone:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que la Nación - Rama Judicial es administrativa y patrimonialmente responsable por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Rafael Augusto Billar Lastra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la Nación - Rama Judicial a pagar por concepto de perjuicios morales las sumas que a continuación se relacionan y a favor de las personas que se indican:

- *A favor del señor Augusto Rafael Billar Lastra, en su condición de afectado directo la suma de 57,78 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

- *A favor de Nelis MARÍA Ballestas Villar y Danith Cecilia Ballestas Villar la suma equivalente a 28,89 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una, al momento de la ejecutoria de esta providencia.*

TERCERO: La Rama Judicial, en el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, deberá remitir con destino al señor Rafael Augusto Billar Lastra y su familia, una misiva en la que exprese disculpas a raíz de la privación de la libertad de la cual fue objeto. La Rama Judicial deberá coordinar con el aquí demandante si es suficiente con que el documento



le sea entregado personalmente a él o si, además, debe publicarse en las plataformas de comunicación y difusión de la entidad.

CUARTO: La Nación- Rama Judicial deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A y deberá reconocer intereses sobre los valores debidos, si a ello hubiere lugar en la forma prevista en el artículo 177 ídem y la sentencia C-188 de 1999.

QUINTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

10. Según el sistema de consulta Siglo XIX, la anterior sentencia fue notificada por Edicto de desfijado el 21 de septiembre de 2020.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LAS PRETENSIONES

4.1 Procedibilidad de esta acción de tutela

Es importante destacar que en este caso sí se configuran las causales generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, definidas en la sentencia C-590 de 2005, tal como se expone a continuación:

Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional:

Teniendo en consideración que como consecuencia de la anómala decisión para la Rama Judicial, la Sección Tercera, Subsección “B” del Consejo de Estado en el fallo objeto de cuestionamiento decidió confirmar la declaratoria de responsabilidad patrimonial y extracontractual de la Nación, con cargo al presupuesto del Rama judicial una condena con cargo al erario, y a una obligación de hacer en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Por consiguiente, el yerro de la **autoridad judicial demandada que evidencia un defecto material y sustantivo, consistió en no haber tenido en cuenta las normas que rigen la materia en el presente caso**, así como haber dado interpretación errónea a varios de los precedentes judiciales aplicables al caso en concreto, fijados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, con lo que **se quebrantó irremediabilmente el debido proceso, el derecho de igualdad, el derecho de contradicción y el derecho de defensa de la Rama Judicial.**

Sumado a lo anterior, resulta de relevancia constitucional el asunto aquí planteado, toda vez que la Sección Tercera, Subsección “B” del Consejo de Estado en la sentencia cuestionada resolvió condenar a la Rama Judicial, **transgrediendo en forma abierta el derecho al debido proceso, derecho de defensa y contradicción** y los principios del derecho contencioso administrativo tales como el principio de justicia rogada y principio de congruencia en la decisión judicial, soslayando el análisis constitucional que se exige de las autoridades judiciales en el momento de tomar sus determinaciones, debido a la naturaleza vinculante e imperante de la Carta Política sobre las demás normas del ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han considerado que no existe otro mecanismo de defensa judicial que permita solicitar el derecho a la igualdad que tienen todos los ciudadanos a que sus procesos sean resueltos de igual manera a como se



hizo previamente en casos que guardan identidad fáctica y jurídica, de tal manera que de no abordarse el fondo de la alegación se dejaría a los actores en total estado de indefensión.

Así lo consideró la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia SU- 069 de 2018, en garantía del derecho a la protección judicial efectiva, al señalar que “(...) *El desconocimiento del precedente, sin una debida justificación, hace procedente la acción de tutela contra providencias judiciales puesto que vulnera el debido proceso y el derecho a la igualdad*”.

Adicionalmente, en la sentencia de segunda instancia cuestionada, la autoridad judicial **realizó un análisis superficial del caso de marras y condenó a la entidad sin un respaldo probatorio.**

4.2. Requisitos de procedibilidad adjetiva

4.2.1. Tutela contra tutela

La presente solicitud de amparo no se trata de una **tutela contra tutela**, puesto que la providencia judicial que se censura, fue proferida en segunda instancia dentro del proceso de reparación directa que promovieron los accionantes contra la Nación – Rama Judicial.

4.2.2 Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable:

En lo referente a la **existencia de otro mecanismo de defensa** para controvertir la decisión que vulnera los derechos fundamentales de la Nación – Rama Judicial, materializada en la sentencia de segundo grado, se advierte que no se cuenta con otro medio de defensa judicial ordinario para el efecto, por cuanto la providencia cuestionada resolvió el recurso de apelación interpuesto.

Tampoco proceden en el caso concreto los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia, por cuanto los argumentos de la presente acción de tutela no corresponden a las causales de revisión consagradas por el legislador y se trata de una sentencia dictada por el Consejo de Estado, como corporación de cierre contra la cual no procede el recurso de unificación.

Así las cosas, se tiene que, el único mecanismo para corregir la irregularidad en la que incurrió el Tribunal de Cierre de lo contencioso administrativo en este caso, es el amparo constitucional.

En efecto, en aras de obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos al debido proceso, a la defensa, y a la contradicción, se acude a este mecanismo constitucional de tutela en aras de obtener su amparo y garantía, **y así evitar un perjuicio irremediable**, concretizado en la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia desconocedora de los derechos fundamentales y, consecuentemente, **se estaría imponiendo en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial**



una obligación de hacer la cual es absolutamente infundada y violatoria de los derechos fundamentales de la entidad que represento.

4.2.3 Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración:

La sentencia de segundo grado fue notificada a las partes del proceso por edicto fijado el 17 de septiembre de 2020 y desfijado el 21 de ese mismo mes y año; por lo que el fallo objeto de la presente acción quedó ejecutoriado el 25 de septiembre de 2020; razón por la cual este requisito se cumple con suficiencia.

4.2.4 Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: Este requisito también se reúne en este caso, toda vez que ya fueron expuestos con suficiencia, precisión y claridad los hechos generadores de la vulneración de los derechos fundamentales alegados y **serán esbozados con mayor profundidad a continuación.**

La actuación judicial plasmada en la sentencia dictada por la Sección Tercera, Subsección “B” del Consejo de Estado vulnera abiertamente los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y de contradicción de la Nación – Rama Judicial, por habersele condenado a la Nación -Rama Judicial y ordenado realizar una obligación de hacer en cabeza del Director Ejecutivo de Administración Judicial, debido a que ésta se realizó con un DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL, concretamente la Sentencia de unificación del 14 de noviembre de 2011, reiterada en sentencia de fecha 28 de agosto de 2014, proferidas por el Consejo de Estado, dado que no se cumplen en este caso las condiciones que prevén esas sentencias para la medida restaurativa ordenada.

5.1 VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR DEFECTO SUSTANTIVO POR INDEBIDA VALORACIÓN Y ANÁLISIS DEL DAÑO ESPECIAL- INDEBIDA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN OBJETIVO- NO SE TUVO EN CUENTA LA CALIDAD DE SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN.

El fallo de fecha 8 de mayo de 2020 realiza el siguiente análisis:

“(…) 4.1 Análisis de la existencia del daño especial

33. Como quedó señalado en los apartes anteriores, no se demostró una irregularidad por parte de la Fiscalía General de la Nación ni la Rama Judicial, en lo que respecta a lo acontecido con la medida de aseguramiento. En tal sentido, se emprenderá el estudio de la responsabilidad de estas entidades bajo un régimen objetivo, en consideración a lo previsto en la sentencia SU-072 de 2018 de la Corte Constitucional.



Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

34. La Sala evidencia que aún, en presencia de una medida de aseguramiento preventiva que reunía los requisitos legales para su imposición, el demandante Rafael Augusto Billar no estaba llamado a soportar la privación de su libertad.

35. Es posible señalar que para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento, se contaba con elementos a partir de los cuales se podía inferir razonablemente la responsabilidad del señor Billar Lastra. En conjunto, la entrevista realizada a la señora Mayra Milena Ortiz, quien presenció los hechos y manifestó haber visto al procesado haciendo tocamientos a la menor de edad en la zona vaginal, hasta el punto de reclamarle por su conducta, la denuncia presentada por la madre de la menor y el dictamen médico que concluía escoriaciones en la zona vaginal de la menor de edad.

36. Sin embargo la inferencia inicial de responsabilidad decayó, en primer lugar, porque la única testigo presencial de los hechos relacionados con los actos sexuales en contra de la menor, no se presentó al juicio oral, como puede colegirse del resumen de la intervención del defensor del procesado, contenido en la sentencia absolutoria, donde se indicó: “al no haber comparecido, quien diera a conocer la presunta noticia criminal, señora Maira Milena Ortiz Pacheco, pese a lo que insistió la Fiscalía y él mismo, hasta el punto que se vieron obligados a renunciar a dicha prueba”³³.

39. Así las cosas, al haberse proferido sentencia absolutoria por los hechos que originaron la investigación en contra del señor Rafael Augusto Billar Lastra, debido a la ausencia de prueba de su responsabilidad penal, la Sala colige que no estaba obligado a soportar la privación de la libertad que por su presunta comisión fue dispuesta por el juez con función de control de garantías.

- Entidad a quien se le imputa el daño antijurídico.

40. De lo indicado anteriormente, se tiene que existe responsabilidad de la Nación- Rama Judicial, a través del juez con función de control de garantías, que impuso una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión en contra del demandante Rafael Augusto Villar Lastra y permaneció privado de su libertad durante la etapa de juicio cuando no había mérito para hacerlo, como se evidenció en la sentencia absolutoria.

41. Para la Sala el argumento expuesto por la entidad apelante no es de recibo. Si bien, la privación de la libertad surge con ocasión de la solicitud formulada por la Fiscalía y de los elementos probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que esta autoridad exhiba, corresponde al juez con función de control de garantías decidir su procedencia. En este evento, el juez accedió a la imposición de la medida de aseguramiento generadora del daño que en sede de reparación directa se reclama y en tal sentido resulta imputable a la actuación de la Rama Judicial el daño antijurídico...)

Al respecto es de suma importancia señalar que, la citada sentencia SU-072 de 2018, ratificó que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico, como tampoco lo hacen el artículo



68 de la Ley 270 de 1996 y la Sentencia C-037 de 1996,¹ cuando el hecho que origina el presunto daño antijurídico es la privación de la libertad.

Lo anterior en tanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo debe establecer en estos casos el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.

En otras palabras, definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en hechos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 y de paso el régimen general de responsabilidad, previsto en el artículo 90 constitucional.

En efecto, se transcribe el aparte de la sentencia SU-072 de 2018, en la que la Corte Constitucional señaló que:

“(...) determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia, el Estado deba ser condenado de manera automática, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede el precedente constitucional fijado...” (Negrilla para destacar)

*Concluyendo que lo señalado (...) **no se opone a que otros supuestos o eventos queden comprendidos por un título de imputación de esa naturaleza, tal y como podría ocurrir, en principio, con aquellos casos en los cuales el comportamiento no existió o la conducta es considerada atípica.** (...) (Negrilla y subrayado para destacar)*

Sobre esto último, es importante destacar que aun cuando la absolución de una persona se de por una denominada causal objetiva, ello no implica la responsabilidad automática de la entidad accionada, pues siempre debe analizarse la causal de exoneración.

Al respecto debe insistirse que la aplicación de un régimen objetivo **no elimina la obligación de verificar que no opere una causa que exima o reduzca la responsabilidad del Estado, las cuales no se limitan a la culpa exclusiva de la víctima.**

En efecto, la aplicación de un régimen objetivo **no excluye la obligación de verificar que no opere una causa que exima o reduzca la responsabilidad del Estado, las cuales no se limitan a la culpa exclusiva de la víctima.**

Pues se insiste que determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia – aplicación del principio *in dubio pro reo*-, **o incluso en otros eventos, por ejemplo, en el caso sub -lite que operó una atipicidad subjetiva,** el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria,

¹ De la cual no se dio aplicación en el caso en particular



transgrede un precedente constitucional con efecto *erga omnes*, **concretamente la sentencia C-037 de 1996.**

En conclusión en la sentencia aquí cuestionada **no se realizó el análisis exigido por las sentencias de C-037 de 1996 y SU-072 de 2018**, puesto que para eventos de privación injusta es necesario, por un lado, identificar la antijuridicidad del daño, y por otro, verificar la ausencia de culpa grave o dolo de la persona detenida, **lo cual no se realizó** en el fallo aquí señalado.

Corolario, se destaca que en reciente sentencia la Subsección C del Consejo de Estado enfatizó que²:

“(…) Recientemente en sentencia de unificación de tutela, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró que no toda privación de la libertad implica de forma automática una condena en contra del Estado y que el juez de la administración debe valorar, en cada caso, si la decisión adoptada por la entidad a cargo de la investigación penal se enmarcó en los presupuestos fijados en la sentencia C-037 de 1996 que condicionó la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270 de 1996. En todos los casos es posible que el Estado se exonere si se acredita que el daño provino de una causa extraña, esto es, que sea imputable al hecho determinante y exclusivo de un tercero o a la culpa exclusiva de la víctima, esta de conformidad con los artículos 70 y 67 de la Ley 270 de 1996...) (Negrilla y subrayado para destacar)

Así las cosas, de conformidad con el pronunciamiento de constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 270, la privación de la libertad **SÓLO DEVIENE INJUSTA** cuando ha sido consecuencia de una actuación o decisión arbitraria, injustificada e irrazonable que transgrede los procedimientos establecidos por el legislador, es decir, **sólo en esos eventos el daño se torna antijurídico**, por manera que no puede calificarse como tal, la restricción de la libertad que se acompasa con los presupuestos legales que la regulan. De este pronunciamiento se desprende que el análisis que debe realizarse para efectos de establecer la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad se orientará bajo los estándares del régimen subjetivo o de falla del servicio, máxime cuando **NO ESTÁ ACREDITADA LA ILEGALIDAD DE LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**, pues en el presente caso el mismo fallo de fecha 8 de mayo de 2020 reconoce que *“(…)La Sala evidencia que aún, en presencia de una medida de aseguramiento preventiva que reunía los requisitos legales para su imposición...)*; además es claro, de un lado, que las decisiones del Juez de Control de Garantías se sujetaron a lo previsto en el artículo 28 de la Constitución Política y en los artículos 306, 308, 310, 311 y 313 de la Ley 906 de 2004, pues estuvieron fundadas en criterios de RAZONABILIDAD, PROPORCIONALIDAD y PONDERACIÓN, producto de los cuales se arribó a una inferencia razonable, soportada además en los elementos materiales

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)



probatorios que le fueron presentados por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Ahora bien, conformidad con lo dispuesto por el artículo 199 de la Ley 1098 del 2009, el sindicado no puede ser objeto de los subrogados penales de la ley 906 de 2004, por lo que el juez de control de garantías tan solo podía dar cumplimiento al imperativo legal.

Ahora bien, el sistema jurídico Colombiano ha reconocido que la Constitución es norma de normas y, por tanto, impera su supremacía, es así que el artículo 44 la Constitución Política establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; esto quiere decir que ninguna norma ni ninguna interpretación de la misma pueden ir en contravía de la Carta. La misma Constitución ha establecido además que la actividad judicial está sujeta al “imperio de la ley”.

Por lo anterior es de suma importancia recordar la aplicación del PRINCIPIO PRO INFANS, tema frente al cual el Consejo de Estado, absolvió a la RAMA JUDICIAL, pues consideró que en casos como en el que nos ocupa, priman los derechos de los niños, niñas y adolescentes y otros sujetos de especial protección³:

“(…) Como se trata de principios que –ab initio- están hechos de la misma molécula jurídica y, por ende, del mismo peso, cada jurisdicción, conforme a las reglas que la gobiernen, debe valorar aquellos cuya relevancia sea inobjetable a los fines y propósitos que a cada una corresponde. De esta forma, en el análisis de la culpa grave o dolo de la víctima no cabe ninguna consideración a cerca la presunción de inocencia, pero en cambio sí, de otros principios de igual raigambre e importancia, sobre los que se levanta el edificio de la responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo, la buena fe, el interés general, la moral y las buenas costumbres, el principio pro infans, el interés superior de los menores, entre otros.

Más aún, el estándar de valoración de dichos principios, impone a la Sala el deber de realizar dentro del marco normativo correspondiente, una estimación propia del material probatorio, conforme a los fines y presupuestos autónomos.

De entrada se advierte una razón importísima para exhaustivar el estudio de la causal exonerativa, por cuanto, como se mencionó anteriormente, las actuaciones en contra de los sujetos de especial protección son denotativamente dolosas e implican el desconocimiento de un interés superior y prevalente resguardado por el ordenamiento constitucional, cuya protección

3

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 17001-23-31-000-2008-00305-01(42615)



*supone un juicio de ponderación transpuesto al que se hace en materia penal (...)*⁴

De igual forma Consejo de Estado en providencia de fecha 24 de abril de 2020 explicó que, tratándose de casos de violencia sexual ejercida contra mujeres, no puede pasar inadvertido el hecho de que hay una gran dificultad probatoria, toda vez que, normalmente, no hay testigos, sólo están presentes el agresor sexual y la víctima, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se han desarrollado unos parámetros para lograr el grado de certeza suficiente para declarar la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor, los cuales, sirven de sustento para imponer una medida de aseguramiento.

Estos son los argumentos más relevantes que se trajeron a colación:

“(…) Es dable recordar que en sentencia de 26 de enero de 2006, la Corte Suprema de Justicia señaló que resulta imperativo apreciar especialmente el testimonio de las víctimas de violencia sexual y la prueba indiciaria, en atención al hecho de que el agresor, por lo general, busca condiciones propicias para evitar ser descubierto y que en esa medida “lo más frecuente es que sólo se cuente con la versión del ofendido, por lo que no se puede despreciar tan ligeramente”.

Así mismo, la Corte manifestó que la finalidad del proceso penal en eventos en los cuales se investigue la responsabilidad de los autores por la comisión de delitos sexuales, se debe orientar a una finalidad legítima y que, si se encausa la práctica probatoria a desvirtuar la responsabilidad del procesado mediante la culpabilización de la víctima, ello implicaría que el proceso penal se aparte de su objetivo y se transforme en un mecanismo de reproducción de prejuicios sociales adversos a las mujeres víctimas de conductas que podrían configurar delitos en contextos en los que desarrollen su libre desarrollo de la personalidad.

⁴ (...) que las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones. Estas dos consideraciones toman valía a partir del denominado principio pro infans y se respaldan en las siguientes premisas normo-fácticas:

(...)
En señal de reforzamiento del deber de protección, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

(...)
Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron las psicólogas en este caso. Ignorar el testimonio de la menor, es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.⁴

Cada vez más, el ordenamiento se ve precisado a refinar mecanismos y procedimientos de protección a menores víctimas de abuso sexual, conforme el contexto y los desafortunados sucesos lo vayan indicando, pues las estadísticas son claras en señalar que cualquier esfuerzo, por pequeño que sea, es significativo en términos de prevención y las autoridades judiciales, por su puesto, están llamadas a actuar como garantes de primer orden para afirmar el respeto por nuestra niñez. Inequívocamente, una forma de asegurar los derechos de los menores víctimas de agresiones sexuales, empieza por considerar seriamente el valor persuasivo de sus declaraciones, más allá de que por las particularidades y las circunstancias en que generalmente se cometen este tipo de conductas, la víctima es por excelencia el testigo único.

(...). En Colombia, el panorama de violencia sexual contra menores no permite otra cosa para las autoridades que mantenerse en constante preocupación y vigilancia.(...)

Esta realidad conlleva a reprimir con severidad todo acto de violencia sexual contra menores y a que se extremen las medidas frente al riesgo y la amenaza que por cifras es dicente. También, a que se incrementen las exigencias de conducta, siendo por tanto, censurable desde donde se mire, cualquier clase de irrespeto hacia la integridad física y sexual de los niños/as. La violencia sexual aparece diversos comportamientos no siempre contrastables por otras fuentes que no sean la propia víctima y no por ello dejan de considerarse graves, de ahí que contener cualquier clase de agresión sexual, máxime si recae contra personas en inermidad, es un imperativo que no admite excepciones.

Si bien, en punto de la responsabilidad penal la duda imperó y favoreció al sindicado con alcance de cosa juzgada, en este estado la credibilidad arroja el conjunto de razones que llevan a la Sala a inferior, conforme al relato más consistente del menor, que XXXX quebrantó deberes de conducta moral, entendidos sobre la base del respeto irrestricto que merecen los menores, pues no de otra manera se explica la Sala que fuera este señor, precisamente, el blanco de los señalamientos del niño. Por volátil que fuera su imaginación, de las pruebas no se descuelga una circunstancia de mero azar que marcara la fijación del niño hacia XXXX, antes que a cualquier otro adulto de su entorno. En definitiva, hay un nivel de prudencia que deben guardar los adultos para acercarse y relacionarse con los niños que, por lo que se deduce de la pruebas, XXXX XXXX no observó y que, a instancias de la vista contenciosa, constituye un dolo civil que, ciertamente, redime la obligación de reparar.

Siendo así, el juicio de responsabilidad administrativa y patrimonial que fue puesto a conocimiento de esta Sala con ocasión del caso que se viene analizando, termina por sostener que, si bien, se constató que XXXX padeció un daño antijurídico con motivo de la privación de la libertad a la que fue sometido, el mismo es imputable a su propio actuar civilmente doloso, y en tal sentido, la obligación de reparar desaparece.”



La Corte ha dicho que para la demostración de la violencia en los delitos sexuales no es necesario que la víctima muestre signos de agresión en el cuerpo o afectación de su salud física...)⁵ “

De lo anterior se concluye, que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan.⁶

De conformidad con los lineamientos expuestos en el citado fallo⁷, el Consejo de Estado consideró que el análisis de la legalidad y razonabilidad de la medida de aseguramiento deberá ser interpretado a la luz de los anteriores criterios.

5.2 VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA IGUALDAD Y DE CONTRADICCIÓN JUSTICIA POR DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL // DEFECTO FÁCTICO, QUE SURGE CUANDO EL JUEZ CARECE DEL APOYO PROBATORIO QUE PERMITA LA APLICACIÓN DEL SUPUESTO LEGAL EN EL QUE SE SUSTENTA LA DECISIÓN.

Ahora bien, por otra parte el fallo de fecha sentencia de fecha 8 de mayo de 2020, **hace un reconocimiento extra petita de un perjuicio de carácter no pecuniario** (pues esto no fue solicitado en el libelo demandatorio); a continuación se transcribe el aparte de la referida providencia judicial: (...) *La privación de la libertad provocó en este caso una afectación al buen nombre y a la dignidad del demandante Augusto Billar Lastra, de suerte que se torna en una afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La Sala encuentra que la única forma de reparar este perjuicio es a través de la rectificación como medida de reparación no pecuniaria y en tal sentido dispondrá que la Rama Judicial exprese disculpas al señor Augusto Rafael Billar Lastra y su familia, por la privación injusta de la libertad de la que fue objeto, a través de una misiva dirigida al demandante...*)

En primer lugar, debe advertirse que el reconocimiento de cualquier tipo o clase de perjuicios **por parte del juez se encuentra condicionado a la prueba de su**

⁵ en relación con las lesiones de naturaleza corporal de que la víctima del acceso pueda ser objeto, tradicionalmente se ha considerado que tanto las causadas por la simple conjunción sexual (perforación del himen, desgarramientos perineales), como las normales inherentes a la violencia física aplicada para vencer su resistencia (equimosis, rasguños, laceraciones), quedan comprendidas por el tipo penal que pune la violación, pero que los daños que sobrepasan estos límites deben ser motivo de sanción adicional, bien como delito autónomo, o como simple circunstancias de agravación⁵⁵. Así, precisó que, con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, como lo indicó la Corte Constitucional:

Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un perjuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.

⁶ Corte Constitucional, entre otras, sentencias SU-159 de 2002 y SU-1159 de 2003, reiterado en sentencia del 26 de enero 2006, de la Corte Suprema de Justicia, Exp. 23706. Magistrado Ponente: Marina Pulido de Barón.

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020) Radicación número: 76001-23-31-000-2010-0075-01 (54271) Actor: JHONNY ALBINO VALLECILLA RAMÍREZ Y OTROS



causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, el Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T-212 de 2012 adujo que: “(…) La libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones (…)

En igual sentido en Consejo de Estado en sentencia de fecha explicó que⁸:

*(…) Ahora bien, no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración **no solamente con fundamento en la presunción** de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium iudicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la características mismas del daño, su gravedad y extensión, **el grado de afectación en el caso a cada persona**, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado **que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del quantum- obra como referente...** (Negrilla y subrayado para destacar)*

5.3 VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, A LA IGUALDAD Y DE CONTRADICCIÓN JUSTICIA POR DEFECTO FÁCTICO POR DESCONOCIMIENTO DE LA SANA CRÍTICA.

El desconocimiento de la sana crítica ocurre si el juez apoya sus decisiones en valoraciones subjetivas de las pruebas, carentes de lógica y de un razonamiento suficiente (C. Const. Sentencia T-057/2006).

El juez está facultado para admitir, decretar, practicar y valorar pruebas, relievando que éstas deben ser valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica (C. Const. Sentencia T-958/2005).

Por su parte, señala la Sentencia T-442 de 1994:

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SALA PLENA Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00454-01(24392)



*“(…) Si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (...), **dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables.** No se adecúa a este desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagradorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales...” (Negrilla y subrayado para destacar)*

La prueba judicial juega un papel trascendental dentro del proceso judicial, en tanto a través de ella se consolidan decisiones que involucran derechos constitucionales y legales. La Constitución Política de Colombia de 1991 la erigió como uno de los derechos más primordiales para el ser humano, en tanto posee garantías para alcanzar estadios de la dignidad humana y realizar otros derechos.

La valoración de la prueba es esencial en la actividad probatoria, pues de allí se desprende la decisión judicial, es decir, la función jurisdiccional parte de la apreciación adecuada y proporcionada de la prueba. Por tanto, una de las formas más gravosas en cuanto al desconocimiento del debido proceso probatorio, se origina en un fallo sin la debida valoración de las pruebas aportadas para acreditar los hechos objeto de controversia.

Tener un horizonte claro y delimitado del debido proceso probatorio es garantía de protección de este derecho⁹.

En efecto, NO existe sustentó fáctico, probatorio ni jurídico para sostener esta condena respecto de la Rama judicial, pues las medidas de reparación deben ser correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado, situación que no solamente no se analizó y ni siquiera se mencionó por parte del operador judicial en el fallo del fecha 8 de mayo de 2020.

⁹ Subreglas jurisprudenciales en las providencias de la corte constitucional Colombiana en torno al defecto fáctico. Autores: Juan Camilo Herrera Díaz Juliana Pérez Restrepo.



- Ahora bien, en este punto se destaca que en sentencia de fecha 8 de mayo de 2020 la Sala de la Subsección A, de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰, advirtió que:

“(…) 6.2. Afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

*Sea lo primero manifestar que la jurisprudencia de esta Sección, siguiendo los lineamientos planteados en sus sentencias de unificación, se apartó de la tipología de perjuicio inmaterial denominado perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación, para en su lugar reconocer las categorías de **daño a la salud**¹¹ (cuando estos provengan de una lesión a la integridad psicofísica de la persona) y de **afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**¹², estos últimos que se reconocerán siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso y se precise su reparación integral, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos. (Negrilla propia del texto original)*

En relación con la reparación a la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, en las referidas providencias de unificación se estableció que se privilegiaría la compensación, a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente (E): MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., ocho (08) de mayo de dos mil veinte (2020) Radicación número: 76001233100020100163001 (51227) Actor: NELSON BONILLA GARZÓN Y OTROS Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

¹¹ “(…) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...) la Sala unifica su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales en el sentido de indicar que, para su tasación, debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar (...)” (Se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth y exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 32988 M.P. Ramiro Pazos Guerrero y exp. 26251. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



afecto que se presumen entre ellos, las cuales operarían teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos. Lo anterior, con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

Al respecto, se advierte que dicho daño no será analizado por la Sala, toda vez que los actores no lo solicitaron en la demanda y hacer algún pronunciamiento al respecto implicaría desconocer el principio de congruencia y desconocer el derecho de defensa que le asiste a las demandadas, pues es evidente que frente a este daño no tuvieron oportunidad de esgrimir ningún argumento de defensa. (Negrilla y subrayado para destacar)

Sobre el particular, la Sala en sentencia de 30 de marzo de 2006, señaló (se transcribe literal):

*“Adviértase que tal y como lo describe el tratadista Hernán Fabio López, el recurso de apelación es aquél que permite al ad quem, directo superior jerárquico del juez de primera instancia, a quo, decidir la manifestación de inconformidad presentada por una de las partes contra una providencia judicial. **No puede entenderse éste como un mecanismo para reformar la demanda o cambiar su causa petendi.**”*

“Como quiera que mediante el recurso de apelación no es posible hacer estas modificaciones, aun cuando estas sean sucintas, la Sala se abstendrá de hacer algún pronunciamiento frente a los argumentos nuevos que se expusieron en el recurso de apelación y sólo atenderá los que se refieren a que los perjuicios económicos objeto de esta demanda se originaron con la expedición de unos actos administrativos que no fueron impugnados ...”

En igual sentido en sentencia de fecha 13 de agosto de 2020, la subsección A del Consejo de Estado nuevamente vuelve a advertir que¹³:

(...)Al respecto, se precisa que la jurisprudencia de esta Sección, siguiendo los lineamientos planteados en sus sentencias de unificación, se apartó de la

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERASUBSECCIÓN AConsejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020) Radicación:76001-23-31-000-2011-01421-01 (52.571)Actor: Marco Tulio Herrera Ramírez y otros



*tipología de perjuicio inmaterial denominado perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación, para en su lugar reconocer las categorías de daño a la salud (cuando estos provengan de una lesión a la integridad psicofísica de la persona) **y de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, estos últimos que se reconocerán siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso y se precise su reparación integral, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos.***

Ahora, en relación con la reparación a la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, en las referidas providencias de unificación se estableció que se privilegiaría la compensación, a través de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente o estable y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos, las cuales operarían teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos.

Lo anterior, con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

Revisado el expediente, se advierte que no obra prueba alguna que acredite la existencia de este perjuicio, el cual, contrario a lo señalado por la parte actora en su apelación, no se infiere, sino que debe ser debidamente probado, por tanto, se confirmará en este aspecto la decisión del a quo..)

Ahora bien se tare a colación la sentencia de fecha 9 de marzo de 2016 en la que el Consejo de Estado¹⁴ destaca que previo al reconocimiento de los mentados perjuicios se debe realizar un análisis del material probatorio obrante en el expediente y de los presupuestos de la de unificación dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 28 de agosto de 2014, así lo explicó el Alto Tribunal:

“ Ahora bien, aparece probado en el expediente una vulneración al buen nombre y a la honra del señor Servando Pardo Reyes, producto de un despliegue publicitario de la situación jurídica por la cual atravesó, de ahí que resulte

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN AConsejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICOBogotá D.C., marzo nueve (09) de dos mil dieciséis (2016).Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02453-01(34554)Actor: SERVANDO PARDO REYES Y OTROSDemandado: NACIÓN-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN



*procedente reparar esta afectación de derechos fundamentales **bajo los parámetros contenidos en la sentencia que acaba de citarse.***

Con la demanda se allegaron unos recortes de prensa con el objeto de ilustrar el despliegue noticioso que se hizo del proceso penal en que se vio envuelto el señor Servando Pardo Reyes en su condición de Concejal de Bogotá¹⁵. Sobre el valor probatorio de este tipo de documentos la jurisprudencia de la Corporación ha dicho lo siguiente: (...)

Se sigue de lo que viene de verse que los recortes de prensa que obran en el expediente resultan acordes, en lo fundamental, con los demás elementos probatorios, esto es, que el señor Servando Pardo Reyes en su condición de Concejal fue vinculado a un proceso penal por el delito de peculado y en virtud del cual se le dictó medida de aseguramiento, de ahí que la Sala concluye que sí hacen referencia a los hechos que subyacen a este proceso.

Así las cosas, toda vez que está probada la afectación al buen nombre y a la honra del demandante, procede ordenar la siguiente medida de satisfacción...” (Negrilla y subrayado para destacar)

En consecuencia de la lectura de las sentencias citadas se observa que la Sección Tercera del Consejo de Estado advierte que no solamente debe acreditarse probatoriamente la existencia de este tipo de perjuicios denominados de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, y el fallo que los reconozca debe hacer una acuciosa valoración probatoria, atendiendo además los criterios esgrimidos por la SU; **POR LO QUE LOS MISMOS JAMÁS PUEDEN INFERIRSE O PRESUMIRSE, TAL Y COMO SE HIZO EN LA SENTENCIA OBJETO DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA. Además que el reconocimiento extra petita de dichos perjuicios no solamente implica el desconocimiento del principio de congruencia sino además el desconocimiento flagrante del derecho de defensa que le asiste a la Rama Judicial , pues es evidente que frente a este daño no se tuvo oportunidad de esgrimir ningún argumento de defensa.**

Destacándose que el Consejo de Estado se ha referido al precedente judicial como el conjunto de sentencias que han decidido de la misma forma un conflicto jurídico y que sirven como referente para que se decidan otros conflictos semejantes. Es decir, el precedente judicial no lo conforma un solo caso, sino una serie de pronunciamientos que terminan convirtiéndose en

¹⁵ Folios 15-20, cuaderno de pruebas.



reglas de derecho específicas que deben aplicarse en los casos similares, a fin de garantizar la efectividad del derecho a la igualdad¹⁶.

En segundo lugar, se resalta que la naturaleza de las disculpas públicas son un elemento **propio de la política de justicia transicional** como forma de reparación simbólica, una disculpa es un reconocimiento formal, solemne y, en la mayoría de los casos, público de que se cometieron violaciones a los derechos humanos en el pasado, de que estas causaron daño grave y a menudo irreparable a las víctimas, y de que el Estado, el grupo o el individuo que pide disculpas acepta parte o toda la responsabilidad por lo ocurrido.

Ahora bien, la naturaleza del medio de control de reparación directa, a través del cual la persona que se crea lesionada o afectada podrá solicitar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo la reparación del daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, impide esa comprensión conceptual.

Las características y finalidades propias del resultado esperado de la declaratoria de la responsabilidad extracontractual del Estado reviste por esencia, desde su origen conceptual y legal un contenido sustancialmente material, es decir, económico, sin perjuicio de los reconocimientos extrapatrimoniales procedentes distintos del perjuicio moral, propiamente dicho. **Por ende, tratar de retrotraer los hechos al estado en que primigeniamente se encontraban es un imposible real que ubica la reclamación en un deber ser que carece de la virtud y posibilidad de volver al pasado.**

El principio de la *reparación in natura*, “*tal como fue pactada por las partes o esta establecida*” viene del tratamiento civil de las obligaciones de cómo debe devolverse la cosa o bien adeudado. Parte del supuesto desde el punto de vista del derecho civil de la existencia de un derecho a cargo del deudor asumida conforme a los principios de la autonomía de la voluntad de antemano y susceptible de cumplirse en las condiciones originarias del pacto, porque de lo contrario, debe aceptarse su cumplimiento “por equivalencia”, es decir, permitida por el ordenamiento y por lo general mediante la indemnización de perjuicios.

En los eventos de la responsabilidad extracontractual del Estado la obligación de resarcimiento debe provenir de una sentencia judicial que la declare, con posterioridad al evento dañoso, salvo que estén expresamente contempladas en la ley en forma pecuniaria. Así pues las sentencias judiciales siempre deben atender la congruencia y la legalidad, es decir, **ser coherentes con lo pretendido y probado, porque lo que debe resarcirse es la consecuencia o resultado del daño antijurídico y no el hecho que lo produce.**

¹⁶ Sentencia del 3 de julio de 2013, expediente n.º 11001-03-15-000-2013-00725-00, M.P Hugo Fernando Bastida Bárcenas



En tanto, el principio de reparación integral, como ha sido clásicamente reconocido, manda que el perjuicio sea el límite de la reparación, es decir, **que se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio**, en los términos establecidos por el juez en la sentencia, momento en el que nace la obligación de indemnizar. **De otro modo, se extralimita el espacio jurídico de esta clase de responsabilidad, porque devolvería al pasado un conflicto ya resuelto aunque con efectos perjudiciales para los accionantes, que son en definitiva los que la ley y la jurisprudencia convienen en reparar materialmente, en el presente.**

En ese sentido, intentar volver las cosas a su estado natural, ordenando al representante para efectos judiciales de la Rama Judicial, corregir el error o la falla que, en su erróneo entender condujo a un presunto daño, incluso aunque así lo hubiesen pedido las partes, puede ir acompañado de una carga subjetiva moral del fallador de segunda instancia acerca de su comprensión personal de supuesto daño, indeseable para cualquier entendimiento de la justicia, y no depender de las reales circunstancias que rodearon su ocurrencia, conforme a la prueba de los hechos oportuna y legalmente aportadas al proceso. Además, también conlleva riesgos aleatorios e inciertos, cuya prevención o aseguramiento sería imposible aplicar. **Cualquier interpretación restringida o amplia comprendería un concepto desproporcionado de la justicia reparatoria.**

Así mismo, desde una perspectiva finalista de la administración de justicia la propuesta puede comprometer la eficacia de la reparación integral, porque las partes, como es normal, eventualmente, están en la facultad de oponerse a la decisión adoptada con base proposición correctiva del yerro, como lo dispuso la autoridad competente. **Riesgo que conlleva revivir juicios terminados e invadir competencias extrañas o ajenas a esta Jurisdicción.**

Recuérdese que el juez debe atenerse y resolver la aspiración formulada por las partes a través de la demanda, consistente por lo general en resarcir el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial, no corregir lo que considera equivocado, sino procurar su resarcimiento. Emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea factible dictar sentencias por fuera (extrapetita) o por más de lo pedido (ultrapetita), en esta sede judicial, según el principio de congruencia. **De tal modo que, acudir a ordenar este tipo de medidas restaurativas no solamente es incoherente sino que desconoce por completo la autonomía e independencia de autoridades judiciales y administrativas; en la medida en que imponer en cabeza del Director Ejecutivo ofrecer disculpas frente a decisiones en las que no interviene en forma alguna**, dado a que son adoptadas por las autoridades judiciales en forma autónoma atendiendo sus criterios y hermenéutica jurídica.

Además, tal medida restaurativa desnaturaliza el ámbito de las funciones estatutarias del señor Director Ejecutivo reguladas en los artículos 98 y 99 de la Ley 270 de 1996, en cuanto él es el encargado de ejecutar las políticas administrativas ordenadas por el Consejo Superior de la Judicatura. Es decir, de acuerdo a la naturaleza de sus funciones, es el ordenador del gasto y gerente administrativo de la Rama Judicial. Por su parte, las autoridades judiciales gozan de autonomía e independencia, por disposición de la Constitución y la Ley y, en



tal virtud, el Director Ejecutivo no es orientador, ni superior jerárquico, ni nominador, ni director de las autoridades judiciales, ni aún menos incide en sus decisiones, pues, si lo hiciera o hiciera algún pronunciamiento frente a las providencias judiciales transgrediría flagrantemente el principio de autonomía e independencia judicial.

También es de resaltar que la petición de excusas por decisiones judiciales, en la forma ordenada en la sentencia que aquí se cuestiona, **deslegitima la actividad judicial y desnaturaliza y atenta contra el principio de autonomía e independencia judicial, regulada en el artículo 228 de la Constitución, al imponer a un tercero (sin función jurisdiccional) descalificar públicamente las providencias judiciales, lo cual irradia en la imagen que tiene el ciudadano frente a la Rama Judicial y mina la credibilidad frente a los administradores de justicia.**

Además, como lo ha referido la jurisprudencia, resulta acorde con el mentado principio que frente a un mismo punto de hecho o de derecho haya entendimientos diferentes por parte de las autoridades judiciales, por lo que resulta contrario a ese principio exigir disculpas u otra medida de esta índole frente a las decisiones judiciales que se adoptan.

En gracia de discusión, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 28 de agosto de 2014¹⁷, reiteró y reafirmó los criterios expuestos **en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección del 14 de septiembre de 2011¹⁸, en la cual se sostuvo que esta clase de afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos y que su eventual reconocimiento procede siempre y cuando se cumpla con unas características y parámetros señalados en el referido fallo; y además que su procedencia será viable siempre y cuando se encuentren acreditados dentro del proceso, se verifique su concreción y se precise su reparación integral** teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos...¹⁹

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988) Actor: FELIX ANTONIO ZAPATA GONZALEZ Y OTROS

¹⁸ ver la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 3822

¹⁹ "Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera: La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o **mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.**

(...) En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa: **El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:**

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. iii) Es un daño autónomo (...) y La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva.

¹⁹En la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, se indicó que "en repetida jurisprudencia que aquí se reitera y se unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de las medidas no pecuniarias en casos de lesión a otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos.... Procederá siempre y cuando



En este punto se advierte que el fallo de fecha 8 de mayo de 2020 al ordenar dicha forma de reparación nuevamente violó los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y contradicción de la Rama Judicial puesto que **PRESUMIÓ** estos perjuicios, sin que en el plenario obrara ninguna prueba que lograra al menos avizorar la ocurrencia de la vulneración de bienes y derechos constitucional y convencionalmente protegidos, pues si bien la parte demandante en los hechos de la demanda manifiesta superficialmente las consecuencias que le produjo al núcleo familiar de la víctima su reclusión, no se demostró de forma alguna dentro del proceso que tales dichos hubieren ocurrido.

Es preciso señalar que la concreción de dicha categoría autónoma de perjuicio NO SE PUEDE PRESUMIR, sino que, el operador judicial está en el deber de analizar la procedencia de la indemnización, siempre y cuando su concreción este acreditada dentro del proceso.

De igual forma se trae a colación un pronunciamiento reciente del Consejo de Estado en relación a la carga de la prueba y el desinterés de la parte demandante impide al juez de instancia completar el material probatorio²⁰:

“(…) De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que en el presente caso la parte actora no cumplió con la carga de la prueba, teniendo en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de donde la antijuricidad del daño que alega requiere de prueba, cuya omisión por la demandante, a quien corresponde tal carga procesal, impide comprobar la existencia de uno de los elementos estructurales de la responsabilidad, sin la cual, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, no es posible su declaración.

*Por otra parte, en su aspecto sustancial, debemos considerar que la causación de un daño antijurídico genera la obligación correlativa de indemnizarlo a quien lo sufre y, como obligación de contenido crediticio de reparación integral del mismo, su prueba corresponde a quien lo alega y reclama, tal y como se desprende del artículo 1757 del Código Civil²¹; de donde tratándose de la prueba del nacimiento y existencia de una obligación, es un deber insoslayable del acreedor que solo excepcionalmente puede suplirse por orden del juez o en virtud de la ley, **pues ello rompe el equilibrio de la relación subyacente a la discusión de la obligación misma.***

***se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral.** Se privilegia la compensación a aves de medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad o civil en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se da lugar a inferir la relación de parentesco¹⁹*

*Así mismo, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado “se apartó de la tipología de perjuicio inmaterial denominado perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación, para en su lugar reconocer las categorías de daño a la salud (cuando estos provengan de una lesión a la integridad psicofísica de la persona) y de afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, estos últimos se reconocerán siempre cuando su concreción **se encuentre acreditada dentro del proceso y se precise su reparación integral.** teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos...”¹⁹(Negrilla y subrayado para destacar)*

²⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C CONSEJERO PONENTE: NICOLÁS YEPES CORRALES Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020) Referencia: REPARACIÓN DIRECTA, Radicación:25000232600020120016201 (50520) ,Demandante:NELSON DE JESÚS ISAZA DELGADO Y OTROS Demandado:NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y OTRO

²¹ “Artículo 1757. Persona con la carga de la prueba. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”



Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

*Debe recordarse, además, que quien solicita indemnización de perjuicios porque considera que su privación de la libertad fue injusta no sólo debe probar que se restringió el derecho a la libertad y que el proceso penal culminó con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión de la investigación, sino que debe acreditar su detención y que las condiciones en que ésta se presentó se realizaron de forma ilegal, para acreditar que el daño que alega tiene el carácter de antijurídico...)*²²

De igual forma el pluricitado fallo desnaturalizó y extralimitó la razón de ser de este tipo de medidas de reparación integral entratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, pues el ya citado fallo de fecha 28 de agosto de 2014 impone la necesidad de que el juez realice una exigente verificación en la que se debe previamente examinar:

*(...) (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) **que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.** (Negrilla y subrayado para destacar)*

(...) 'La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de 'daño corporal o afectación a la integridad psicofísica' y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación'.

"15.4. Así, en los casos de perjuicios por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, se reafirman los criterios contenidos en la sentencia precitada. En esta oportunidad la Sala, para efectos de unificación de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisa:

"15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

"i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes

²² (...) Al tratarse de un evento de responsabilidad extracontractual por privación injusta de la libertad, la carga de la prueba que recaía en los demandantes implicaba la comprobación: i) de la detención y ii) de las condiciones en que ésta se presentó, de manera que se pueda establecer que esta se realizó.

Aunque el juez posee claras facultades oficiosas para decretar pruebas y con ello auscultar algunos vacíos que en materia probatoria pudo dejar una deficiente concepción de la prueba por el extremo procesal interesado y de esta manera buscar la verdad material, dichas facultades deben utilizarse para esclarecer las partes oscuras que puedan quedar en el proceso, pero no puede esgrimirse para suplir la ritualidad probatoria de las partes desequilibrando la relación jurídico procesal entre ambos extremos procesales, pues al juez corresponde guardar la debida neutralidad dentro del proceso, salvo condiciones excepcionales que exijan a este hacer uso de las atribuciones oficiosas en materia probatoria.

En el presente expediente se encuentra tal evidente y amplio desinterés de la parte demandante de ofrecer al plenario la ilustración probatoria de las afirmaciones de la demanda, que se impide al juez de instancia completar el material probatorio en la medida en que no se trata en este caso de llenar vacíos probatorios, de lograr compensar aspectos que permanecieron oscuros por ausencia de alguna prueba o de superar alguna condición o situación de la parte que propone la litis, sino de una ausencia probatoria más profunda que implica dejar sin fundamento alguno la proposición judicial contenida en la demanda. De suplirse tal desidia en la iniciativa probatoria se rompería el aludido equilibrio procesal que propugna la Sala... (Negrilla y subrayado para destacar)



Consejo Superior de la Judicatura Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

“ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

“iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

“iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

“15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

“(…).

“ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia. (Negrilla y subrayado para destacar)

En conclusión en el fallo de fecha 8 de mayo de 2020, al haberse condenado a la Rama Judicial al realizar una obligación de hacer en cabeza de su Director, no solamente se le concedió al señor Augusto Billar y a su núcleo familiar la reparación a un daño autónomo que la parte actora no pidió en su demanda, con lo cual se rompió el equilibrio procesal que existía entre la parte actora y la Rama Judicial, en materia de defensa y probatoria provocando ASÍ UNA GRAVE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, IGUALDAD Y CONTRADICCIÓN DE LA RAMA JUDICIAL, al desconocerse el principio de la jurisdicción contencioso administrativa de la justicia rogada; sumado a ello, desatendió que no existía prueba alguna que acreditara tal daño, y por razones desconocidas se hizo caso omiso a la sentencia de unificación de fecha 14 de septiembre de 2011 reiterada y ratificada por la sentencia de fecha 28 de agosto de 2014 y se adentró a PRESUMIR dicho daño; así como tampoco se realizó la exigente verificación de procedibilidad así como ni se justificó aunque fuera sumariamente la razón para conceder este tipo de medidas resarcitorias no pecuniarias, figura propia de la reparación integral y la grave violación de derechos humanos; adicionalmente, desnaturalizó las funciones del Director Ejecutivo y transgredió en forma evidente el principio de la autonomía e independencia judicial.



Así pues al no haberse realizado la verificación exigida por las sentencias citadas en el párrafo anterior se ignoró que este tipo de medidas **procede siempre y cuando se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral.**

En gracia de discusión se resalta que claramente en el caso sub-lite no procede de forma alguna su indemnización pues éstas medidas no son correlativas, ni oportunas, ni pertinentes ni adecuadas con el presunto daño presuntamente generado; así como tampoco se realizó un estudio de la situación fáctica del caso en concreto y particular ni se analizó **la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, así como también se omitió una verificación de la temporalidad de la presunta vulneración; presupuestos sine quan no procede la indemnización de este tipo de perjuicios**²³.

5.4 VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, Y DE CONTRADICCIÓN JUSTICIA POR DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL CARÁCTER ROGADO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Asimismo se quiere resaltar que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, el carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo significa que ésta no puede actuar de oficio, sino que su actividad se desarrolla únicamente cuando los particulares acuden a ella en ejercicio de las acciones de origen constitucional y legal existentes en el ordenamiento jurídico.

Por lo que, no cualquier petición tiene la virtualidad de dar inicio a un proceso. Todo lo contrario, una vez un particular se convierte en demandante de una causa litigiosa ante esta jurisdicción, queda obligado a presentar la demanda en la forma en que las normas de procedimiento lo han prescrito. De manera que el actor de un proceso contencioso administrativo tiene la importante carga de orientar la labor del juez, que resulta satisfecha si la demanda reúne los presupuestos descritos, en este caso para la fecha de interposición de la demanda, en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, especialmente el relacionado con la indicación de “*Los fundamentos de derecho de las pretensiones*”.

Ahora bien, tradicionalmente se ha dicho que el principio de la justicia rogada rige el actuar de la jurisdicción Contencioso Administrativa y ha sido entendido en dos ámbitos que se encuentran conexos, que consisten en que: i) **el juez no puede iniciar de oficio un juicio pues es el libelista quien debe identificar e individualizar el sus pretensiones; y ii) el funcionario judicial se encuentra vinculado a lo solicitado en la demanda, de modo que en principio el fallador está impedido para estudiar temas y pronunciarse sobre puntos que no han sido planteados o sustentados por el actor.**



El principio de la jurisdicción rogada, surge entonces como una forma de morigerar el principio conocido como *iura novit curia*, que impone al juez la aplicación del derecho sobre los hechos alegados y probados.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-873/01 señaló que :

“(…) El proceso contencioso administrativo sólo puede ser iniciado por demanda de parte y en ejercicio del derecho de acción es una carga procesal para el demandante expresar, con claridad y precisión, las partes, las pretensiones y sus fundamentos de hecho. Este punto resulta de capital importancia en la estructura misma del proceso, como quiera que a la par que traza el marco de controversia judicial junto con las excepciones formuladas por el demandado…”

(…) Al contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador…”

(Negrilla y subrayado para destacar)

En consonancia a lo anterior el principio de congruencia en la decisión judicial se erige como una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento **con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión.**

Para el caso en concreto, se advierte que el Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección “B” motivó su sentencia de segunda instancia bajo unos supuestos que no fueron alegados en la demanda puesto que como ya mencionó en líneas anteriores la **aquí demandante NO solicitó medida restaurativa alguna por afectación a bienes o derechos constitucional o convencionalmente afectados y, por ende, frente a tal medida ordenada de oficio no se ejerció el derecho de contradicción y defensa por parte de la Rama Judicial, y no se encuentran acreditado ese daño en forma alguna.**

5.5. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, Y DE CONTRADICCIÓN JUSTICIA POR DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL

Por lo expuesto anteriormente, se desconoció igualmente el principio de congruencia procesal por parte de la sentencia cuestionada.

Ciertamente, en relación al principio de congruencia procesal el cual implica por un lado que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de



los que han sido alegados por las partes, y por otro lado la obligación de los magistrados es de pronunciarse respecto a todos los puntos controvertidos establecidos en el proceso, a todas las alegaciones efectuadas por las partes en sus actos postulatorios o en sus medios impugnatorios.

Por lo tanto, la incongruencia consiste en el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, **concediendo más** o menos o cosa distinta de lo pedido. Dicha situación entraña en una clara vulneración al debido proceso, derechos de defensa y de contradicción.

Por lo que al haber fallado *extra petitem*, al recaerse sobre un tema no incluido en las pretensiones invocadas en el proceso, de tal modo que se le cercenó tajantemente a la Nación –Rama Judicial la posibilidad de efectuar alegaciones pertinentes en defensa de los intereses relacionados con lo decidido, provocando la indefensión y vulnerándose al debido proceso, derechos de defensa y de contradicción.

Así, el juicio sobre la congruencia de una resolución judicial presupone la confrontación entre la parte dispositiva y el objeto del proceso, comprendiendo una adecuación que debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada²⁴.

Se han distinguido dos tipos de incongruencia por parte de la doctrina española, así:

*(...) de una parte, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Y, de otra parte, la denominada incongruencia extra petitem, que se da cuando el pronunciamiento judicial **recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción**²⁵. (Negrilla y subrayado para destacar)*

²⁴ ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” (Subraya la Sala). Y así mismo, el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) -Ley 1437 de 2011-, señala al respecto

²⁵ 2. «Doctrina constitucional sobre la defensa de derechos fundamentales ante la sentencia incongruente omisiva. Comentario crítico a la STC 250/2004, 20 diciembre», Santiago CARRETERO SÁNCHEZ, Actualidad Administrativa, núm. 16/2005



Al respecto en Sentencia T-455/16, la Corte Constitucional refirió que la falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso, así²⁶:

“El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó””.

En consonancia con el criterio jurisprudencial antes expuesto y bajo la égida del derecho al debido proceso, defensa, y contradicción adicionalmente, , Honorables Magistrados solicito se acceda a las pretensiones de la solicitud de amparo.

En caso contrario, se estarían salvaguardando decisiones abiertamente ilegales, en claro desmedro de las garantías constitucionales procesales de la Rama Judicial, tales como el derecho al debido proceso, la defensa y de contradicción, en tanto se impediría su acceso a las formas propias del juicio contencioso administrativo, en tanto implicaría la ejecutoria de la sentencia de segundo grado, en la que esa Corporación resolvió condenar a la Rama Judicial en forma injustificada a la realización de una obligación de hacer.

El proceso judicial sirve a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes, siendo el medio constitucionalmente instituido para ello, por lo que el derecho al debido proceso, la defensa y la contradicción son elementos imprescindibles ya que por medio de estos se permite a las partes tener una igualdad procesal, para que éstas

3. «El principio de congruencia en el procedimiento administrativo», Daniel CUADRADO ZULOAGA, Actualidad Administrativa, núm. 5/2004

. «Lenguaje judicial: argumentación y estilo», David ORDOÑEZ SOLÍS, Diario LA LEY, núm. 5564, de 12 de junio de 2002

²⁶ Referencia: expediente T-5.490.941 Acción de tutela Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO

²⁷ Además ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso. La Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, profirió en el 2008 la sentencia 12748 de ese año, en la que estableció lo siguiente: “... la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso” (Negrilla y subrayado para destacar)



tengan los mismos derechos y con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra. Requiere de una igualdad.

5.6 VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, A LA DEFENSA, Y DE CONTRADICCIÓN JUSTICIA POR DEFECTO FÁCTICO - PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-

La garantía constitucional de la non reformatio in pejus, la cual es aplicable no solo a procesos punibles sino a otras ramas del derecho incluyendo la contenciosa administrativa, es un derecho fundamental que consagra una de las reglas básicas de los recursos, y es la de establecer un límite a la competencia del fallador de segunda instancia consistente en que su providencia debe ceñirse únicamente a un pronunciamiento respecto de lo desfavorable a quien apeló, es decir, no puede hacer más perjudiciales las consecuencias de quien ejerció el recurso. Si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución. Así pues la prohibición para el fallador de hacer más gravosa la situación del apelante único, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable.

En el caso particular y concreto, reiterándose por demás los argumentos expuestos en los numerales 5.2, 5.3, 5.4 y 5.5 de la presente acción de tutela; el fallador de segunda instancia al haber ordenado la referida medida restaurativa en el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de fecha 8 de mayo de 2020 vulneró el principio de la non reformatio in pejus de la Nación – Rama Judicial **toda vez que desconoció la calidad de apelante único de esta entidad al condenarla al resarcimiento de un perjuicio que no fue reconocido en la sentencia de primera instancia, y por ende derivó en efectos nocivos en lo atinente a las ventajas reconocidas por el juez de primera instancia.**

Así en el caso en particular la regla constitucional que proscribe la reformatio in pejus, contenida en el inciso segundo del Artículo 31 de la Constitución, impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia primera instancia, cuando se esté en presencia de "un único interés o múltiples intereses no confrontados", esto es, de un "apelante único".

Su finalidad, por tanto, es permitir el libre ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos para el apelante único, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia.

Por otra parte se destaca que el postulado del rechazo a la reformatio in pejus, esto es, la prohibición de reformar en peor la providencia cuando se trate de apelante único. Es preciso entonces determinar la naturaleza, protección y el espíritu de dicho postulado, no sin antes advertir que éste supone la realización del principio tantum devolutum quantum appellatum, como que la competencia del superior frente a una apelación solitaria se halla limitada para revisar lo desfavorable. Pues bien, la prohibición de la reformatio in pejus se torna en un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único, por haberlo incansablemente profesado la Corte Constitucional.



En sana lógica, es evidente que quien recurre una decisión, solo lo hace en los aspectos que le resultan perjudiciales. La situación del apelante puede mejorarse pero nunca hacerse más gravosa .

En este orden de ideas, si el operador transgrede esta regla, su sentencia estará violando directamente la Constitución.

V. PRUEBAS

Solicito se decreten y tengan y soliciten como pruebas las siguientes documentales:

1. Aporto copia de la sentencia de fecha 8 de mayo de 2020, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B".
2. De forma respetuosa, solicito se sirva oficiar al Tribunal Administrativo del Cesar, con el fin de que se remita copia auténtica del expediente con N° de radicado 20001233100020120017701 (48737)

VI. ANEXOS

Anexo los documentos referidos como pruebas, y además:

1. Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, por el cual el Director Ejecutivo de Administración Judicial delegó en la Directora Administrativa de la División de Procesos la facultad de representación judicial de la Nación – Rama Judicial (en 1 folio).
2. Resolución de nombramiento y Acta de posesión de la suscrita en el cargo de Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (en 1 folios).

VII. DIRECCIÓN DE NOTIFICACIONES

Solicito se remitan notificaciones:

A LA AUTORIDAD JUDICIAL DEMANDADA: SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "B" DEL CONSEJO DE ESTADO en los respectivos despachos judiciales ubicados en el Palacio de Justicia, Calle 12 No. 7-65.

A LA PARTE AQUÍ DEMANDANTE: Paola Joana Espinosa Jiménez, apoderada de Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a la Calle 72 No. 7-96, o al correo electrónico pespinoj@deaj.ramajudicial.gov.co y deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co

Cordial saludo,



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial


PAOLA JOANA ESPINOSA JIMENEZ
C.C. No. 52.818.097 de Bogotá