



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrado Ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2019-05127-00
Demandante: JUAN CARLOS ORTEGA LUNA
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO

TEMAS: Tutela contra providencia judicial

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala resuelve la acción de tutela formulada por el señor Juan Carlos Ortega Luna contra el Tribunal Administrativo de Nariño, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991.

1. ANTECEDENTES

1.1. Solicitud

El señor Juan Carlos Ortega Luna, quien actúa por medio de apoderado, mediante escrito radicado el 6 de diciembre de 2019 en la Secretaría General de esta Corporación, presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Nariño, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

Tales garantías constitucionales las consideró vulneradas con ocasión de la sentencia de 5 de junio de 2019, proferida por la autoridad judicial accionada, mediante la cual, revocó el fallo de 19 de septiembre de 2016 expedido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Pasto para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda de reparación directa promovida por los señores Juan Carlos Ortega Luna, Paula Andrea Recalde Benavides, quienes actuaron en nombre propio y en representación de sus hijos Dayana Alejandra Ortega Burbano, Santiago Nicolás y Gabriela Alexandra Ortega Recalde; Olga Luna Narváez, José María Moreno Delgado, Julieth Catherine Ortega Rojas, Kevin Duván Santacruz Ortega, Melani Yaksuri Ortega Rojas, Coreen Patricia Ortega Jiménez, Lizeth Vanessa Ortega Gómez, Alfonso Ortega Luna, Elsy Yaneth Ortega Luna, Jairo Yovani Ortega Luna, Yonari Andrea Moreno Luna y Lenin Danian Moreno Luna contra la Nación – Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, asunto que se identificó con el número de radicado 2014-00389-01 (3708).



1.2. Hechos

De la solicitud de tutela y del expediente de reparación directa, la Sala encuentra como hechos relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia, los siguientes:

- El 17 de marzo de 2005, el señor Juan Carlos Ortega Luna hurtó una motocicleta y fue aprehendido en flagrancia por parte de la Policía Nacional.
- Por esos hechos, la Fiscalía Octava Local de Pasto dictó resolución de acusación en su contra, por lo que se inició la etapa de juicio ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto quien, mediante sentencia de 26 de diciembre de 2008, lo condenó por el delito de hurto calificado a 24 meses de prisión (Proceso 2007-00154).
- El señor Ortega Luna estuvo privado de su libertad del 23 de marzo al 22 de septiembre de 2005. Su sanción fue vigilada por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto quien, mediante auto de 28 de enero de 2013, declaró extinguida la pena.
- El 27 de octubre de 2010, por los mismos hechos, la Fiscalía Séptima Local de Pasto profirió una nueva resolución de acusación contra el señor Ortega Luna, como autor del delito de hurto calificado y, adelantó un segundo proceso penal como persona ausente – no contumaz¹- (Proceso No. 2011-00017).
- El juicio oral se llevó a cabo el 6 de febrero de 2011 y el 16 de julio de 2012 el señor Juan Carlos Ortega Luna fue condenado, nuevamente, pero esta vez a 36 meses de prisión por el delito de hurto agravado y calificado, con ocasión de los hechos ocurridos el 17 de marzo de 2005. Por ello, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Pasto emitió orden de captura contra el actor el 27 de noviembre de 2012.
- El 21 de febrero de 2013, el señor Ortega Luna fue aprehendido y puesto a disposición del juzgado de ejecución de penas.
- A partir de esa fecha fue nuevamente privado de la libertad para pagar la segunda condena y, afirmó, es en ese momento en el que se entera de la existencia de ese segundo proceso.

¹ **Artículo 291 del Código de Procedimiento Penal. CONTUMACIA.** *[Aparte en subrayado declarado CONDICIONALMENTE exequible] Si el indiciado, habiendo sido citado en los términos ordenados por este código, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.*



- Señaló que a pesar de que en todo momento informó a las autoridades, de manera verbal, que por ese hecho ya había cumplido su condena, le respondieron que debían continuar con la ejecución de la pena, por cuanto ello ya había sido objeto de debate en la etapa de juicio, de manera que lo que correspondía era ejecutar la sanción, sin que resultara procedente oponerse a ella, ni cuestionar si fue debidamente impuesta.
- La apoderada del actor, casi un año después de su captura, interpuso un *habeas corpus*, el cual fue negado el 20 de enero de 2014, por la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto.
- A pesar de que el anterior *habeas corpus* fue negado, el 31 de enero de 2014, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto decretó la nulidad del proceso penal y ordenó la libertad del señor Juan Carlos Ortega Luna, en consideración a que esa autoridad judicial advirtió que, por esos mismos hechos, el actor ya había pagado una primera condena.
- La Fiscalía explicó que en el caso del señor Ortega Luna se calificó la conducta una primera vez en el cuaderno principal y, la segunda en el cuaderno de copias, lo que generó un doble proceso y juzgamiento.
- En virtud de ello, el accionante demandó en reparación directa, proceso que correspondió al Juzgado Cuarto Oral Administrativo de Pasto, quien, con sentencia de 19 de septiembre de 2016, declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, al considerar que había quedado demostrada la falla en el servicio de las demandadas, por desconocer el principio del “*non bis in idem*” toda vez que se adoptaron dos decisiones acusatorias sobre los mismos hechos y la causa de ello, aceptada por las autoridades demandadas, fue que se calificó la conducta dos veces, una en el cuaderno principal y la otra en el cuaderno de copias, lo cual evidenciaba una conducta negligente del Estado.
- Esta decisión fue apelada por las autoridades condenadas y, mediante sentencia de 5 de junio de 2019, el Tribunal Administrativo de Nariño revocó la decisión de primer grado y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda al considerar que se encontraba demostrado el eximente de responsabilidad de “*culpa exclusiva de la víctima*”. Como fundamento de su decisión señaló que:

“... el señor Juan Carlos Ortega Luna no hizo saber a los operadores judiciales, que por los mismos hechos ya había pagado una pena, hasta cuando, el 20 de enero de 2014 su apoderada judicial interpuso una acción constitucional de habeas corpus, con el objeto de obtener su libertad.

(...) A pesar de que existió una doble condena por los mismos hechos, en contra de la misma persona, lo cual es el resultado de un error judicial, los perjuicios que de él se derivaron, la privación de la libertad es consecuencia única y exclusiva de la negligencia



y lenidad con la que actuó el actor en relación con su propio autocuidado, toda vez que en ningún momento de su aprehensión y encarcelamiento hizo conocer de los funcionarios judiciales o, penitenciarios que estaba purgando una pena por una condena que ya se había extinguido, en otro proceso.

(...)

Era el señor Ortega Luna, en la salvaguarda de su propia libertad, el que debía hacer valer sus derechos.”

1.3. Fundamentos de la solicitud

La parte actora manifestó que la autoridad demandada vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por incurrir en unas irregularidades que, si bien no denominó o encuadró en algún defecto de los enunciados por la Sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, la Sala advierte que corresponden a los defectos de: i) **violación directa de la Constitución** por vulnerar el postulado del “*non bis in ídem*”; ii) **defecto fáctico** por las deficiencias presentadas en la valoración probatoria, por aplicar indebidamente la causal exonerante de responsabilidad del Estado; lo cual también se podría encuadrar en un **defecto sustantivo**, por aplicar indebidamente la culpa exclusiva de la víctima; y, iii) **desconocimiento del precedente** fijado por el Consejo de Estado en la sentencia de 4 de abril de 2018 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa relacionado con la manera como se debe analizar y exigir la prueba de los eximentes de responsabilidad y, de la Corte Constitucional referida a las dificultades en las que se encuentran las personas privadas de la libertad, en materia probatoria, para lo cual se refirió a la sentencia T-260 de 2019. Los dos últimos defectos, por estar íntimamente relacionados, se tratarán en conjunto.

1.3.1. Violación directa de la Constitución

Como fundamento de sus afirmaciones señaló que la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño desconoció directamente la Constitución al transgredir el principio del *non bis in ídem*, pues validó las actuaciones penales que culminaron con la segunda condena y nuevamente con la privación de su libertad.

1.3.2. Defecto fáctico y desconocimiento del precedente

En consonancia con el anterior defecto, la parte actora considera que la autoridad judicial accionada le impuso al señor Ortega Luna deberes frente a los cuales, en su condición de privado de su libertad estaba en imposibilidad de cumplir de manera eficaz, pues desconoció que en esas circunstancias el acceso a los abogados, a las pruebas, y la comunicación con las autoridades son limitados.

Señaló que la posición de la autoridad judicial, objeto de reproche, pasó por alto que cuando una persona es privada de la libertad se encuentra en situación de



vulnerabilidad y no le es dable al Estado, exigirle cargas excesivas. En ese sentido, recordó que la Corte Constitucional ha entendido que a los internos no les es fácil recaudar material probatorio y que lo único que un privado de la libertad tiene para demostrar lo cierto de sus dichos, “*son las manifestaciones que hizo en su momento en el proceso penal*”².

Sostuvo que el momento de la aprehensión no puede considerarse como un momento procesal idóneo para poner en consideración de las autoridades la violación de sus derechos; no obstante, lo hizo de manera verbal pero la autoridad que legalizó la captura se limitó a verificar que la boleta de encarcelación estuviera proferida por una autoridad competente, como en efecto ocurría.

Además, adujo que a él siempre le informaron las autoridades, verbalmente, que aquello que estaba alegando debió plantearse en el proceso penal que culminó con el juicio y la condena, de manera que en esa etapa solo se debía vigilar el cumplimiento de la pena.

Argumentó que las autoridades que intervinieron en la ejecución de la condena no tuvieron en cuenta que él no contó con la oportunidad de defenderse en el juicio por haber sido declarado persona ausente, pues de haber sabido que estaba siendo procesado por segunda vez, era obvio que así lo habría informado.

Reiteró que pese a la interposición de la acción de *habeas corpus*, esta fue denegada, por las mismas razones, esto es, que estaba privado de la libertad con ocasión de una condena penal que fue legalmente proferida; no obstante, al ser tan evidente la vulneración, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas, a quien ya se le había solicitado previamente, por parte de su apoderado, que verificara los antecedentes del actor, declaró la nulidad de todo lo actuado y ordenó la libertad inmediata.

Al respecto enfatizó en que si bien no tenía prueba, a parte de su dicho, de que él siempre alegó verbalmente su situación y la extinción de la pena por esa conducta; y de que tampoco puede acreditar que su defensor lo puso en conocimiento del juez de ejecución de penas, lo cierto es que en el plenario se demostró, a folio 63 del expediente de reparación directa, el resumen de la consulta de su proceso penal, en el que consta que dos meses después de su captura, el juzgado solicitó sus antecedentes penales, especialmente el relacionado con su ingreso al establecimiento carcelario en marzo de 2005 y pese a ello, no consiguió la libertad.

Señaló que la referida prueba demostraba que actuó de conformidad con lo que le era exigible como persona privada de la libertad, frente a la cual no se pronunció el Tribunal, y a pesar de ello, esa autoridad judicial supuso acreditada la culpa exclusiva de la víctima por asumir una conducta pasiva.

² Al efecto citó la Sentencia T-260 de 2019



Sostuvo que, se desconoció la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado³, que señala que para que se tenga plenamente probada la culpa exclusiva de la víctima, ésta tiene que ser grave y determinante; aspecto que no fue analizado por la autoridad judicial objeto de reproche, quien supuso un hecho no probado para alegar la causal de exoneración (inacción de la víctima), como si exclusivamente el señor Ortega Luna hubiese buscado ese resultado, siendo ello la causa eficiente y definitiva; en otras palabras, como si estuviera demostrado que el procesado hubiera actuado de manera deliberada para ser condenado por segunda vez y, en consecuencia privado de la libertad.

Recordó que el señor Ortega Luna en el proceso penal estuvo representado por un estudiante de consultorio jurídico como consecuencia de ser declarado persona ausente – no en contumacia- lo que significa que nunca se enteró de ese proceso, y que, luego de ser aprehendido para cumplir la condena, cuando estaba en firme, es que tiene noticia de los hechos por los que fue capturado.

En ese sentido afirmó que no estuvo bien asesorado por los defensores públicos que le fueron designados a fin de invocar el principio del *non bis in ídem*, de manera que, si bien él sí buscó asesoría legal, al interior del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Pasto – en adelante EMPSC- ésta no fue suficiente para lograr su libertad, lo que no puede traducirse en una inacción de su parte, pues solo cuando acudió a otra apoderada que le recomendaron otros reclusos, es que ella interpuso el *habeas corpus*, que igualmente le fue negado.

Agregó que el hecho de que se hayan solicitado subrogados en el proceso “no correspondió a un decir propio [del señor Ortega Luna] sino a una actuación del apoderado defensor público que concurría en esos momentos a cumplir tal función al EPMSO Pasto”, sin embargo, reiteró que fue por petición de su defensor público, que el despacho judicial de ejecución de penas solicitó a la Fiscalía, en tres ocasiones, los antecedentes señalados, al advertir un posible error en el trámite, frente al cual tampoco hizo nada, lo cual se evidencia en el historial del proceso penal, visible a folio a 63 del expediente de reparación directa.

Finalmente agregó que la privación injusta de la libertad no fue culpa **exclusiva** del señor Ortega Luna, sino que fue consecuencia de un error judicial, como en efecto lo dice la providencia atacada y, que él no puede asumir esa responsabilidad por su ignorancia jurídica, máxime, si se tiene en cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, al encontrarse privado de la libertad, y que sus dichos invertían la carga de la prueba, de conformidad con la jurisprudencia reseñada de la Corte Constitucional. Lo cual también se podría encuadrar en un **defecto sustantivo**, por aplicar indebidamente la figura de la culpa exclusiva de la víctima, por lo que se analizará con el defecto fáctico.

³ Se refiere a una sentencia de 4 de abril de 2018 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



En ese orden, adujo que le correspondía a la Fiscalía y a la Rama Judicial, en el proceso de reparación directa, demostrar la inacción del actor acreditando las oportunidades efectivas que tuvo para defenderse, y desvirtuar el hecho de que el juez de ejecución de penas solicitó en tres ocasiones los antecedentes penales de la víctima, en concreto por los hechos ocurridos en el año 2005, lo cual indicaba razonablemente que, aunque no reposaba prueba de ello, de alguna manera eso indicaba que su defensor público o el señor Ortega Luna, le insistieron en que por esa conducta ya se había pagado una condena, pues si fuera cierto que el actor guardó silencio y nunca lo advirtió, no existiría una razón para que el juez de la ejecución haya requerido esos antecedentes en 3 oportunidades.

Entonces, para la parte actora, eran las autoridades demandadas las que debieron demostrar que tal solicitud de la autoridad de ejecución, reiterada en 3 ocasiones, se realizó por una razón distinta a la alegada por el accionante, consistente en que desde el momento de su captura le advirtió, verbalmente, a todas las autoridades su situación, y lo propio hizo su defensor, pues de otra forma no hay certeza de la existencia de la causal exonerante de responsabilidad de “culpa exclusiva de la víctima” que encontró acreditada, por suposición, la autoridad accionada, invirtiendo la carga de la prueba, al exigirle a la víctima que demostrara que no había sido su culpa el daño causado.

1.4. Petición de amparo constitucional

Las pretensiones del escrito de tutela son las siguientes:

“PRIMERA. Se tutelen los derechos fundamentales de mi representado el señor JUAN CARLOS ORTEGA LUNA al debido proceso y la administración de justicia que desconocieron la violación al principio de NON BIS IN IDEM y de su indemnización por parte del Estado, en decisión que adoptó el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO el día 5 de junio de 2019, la misma que fue publicitada el 20 de junio de este año.

SEGUNDA. Se deje sin efectos el fallo que adoptó el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO el día 5 de junio de 2019 y en su lugar se le ordene confirmar el fallo de primera instancia del Juzgado Cuarto Contencioso Administrativo de Pasto de 19 de septiembre de 2016 por las razones expuestas”⁴.

1.5. Trámite de la acción

Mediante auto de 11 de diciembre de 2019⁵, el Despacho Ponente admitió la solicitud de amparo y ordenó notificar a los magistrados del Tribunal Administrativo de Nariño.

En calidad de terceros con interés, ordenó vincular al Juzgado Cuarto Administrativo de Nariño, a la Nación – Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación y, a los

⁴ Folio 11.

⁵ Folios 66 y 67.



señores Paula Andrea Recalde Benavides, Dayana Alejandra Ortega Burbano, Santiago Nicolás y Gabriela Alexandra Ortega Recalde; Olga Luna Narváez, José María Moreno Delgado, Julieth Catherine Ortega Rojas, Kevin Duván Santacruz Ortega, Melani Yaksuri Ortega Rojas, Coreen Patricia Ortega Jiménez, Lizeth Vanessa Ortega Gómez, Alfonso Ortega Luna, Elsy Yaneth Ortega Luna, Jairo Yovani Ortega Luna, Yonari Andrea Moreno Luna y Lenin Danian Moreno Luna.'

Adicionalmente ordenó "a la Oficina de sistemas del Consejo de Estado que realice una publicación en la página Web de la Corporación, con la información relacionada con la tutela de la referencia, **con el fin de ponerla en conocimiento de los terceros interesados**" (Negrillas fuera de texto).

1.6. Contestaciones

Efectuadas las notificaciones correspondientes⁶ se presentaron las siguientes intervenciones:

1.6.1. Tribunal Administrativo de Nariño

La magistrada ponente de la decisión objeto de reproche, señaló que la sentencia de 5 de junio de 2019 se sustentó en la jurisprudencia vigente en relación con el error judicial, en tanto se consideró que la parte demandada no tenía conocimiento de la situación en la que se encontraba el señor Ortega Luna.

Precisó que la privación de la libertad del actor no fue injusta toda vez que se sustentó en la acción delictiva del tutelante, quien no hizo uso, si quiera de su dicho para evitar el cumplimiento de la nueva condena. Encuentra indudable que lo que el demandante pretende es sacar provecho del silencio que asumió frente a la nueva reclusión.

Por lo anterior, solicitó negar que se nieguen las pretensiones de la solicitud de amparo.

1.6.2. Fiscalía General de la Nación

La Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación señaló que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de la subsidiariedad, toda vez que el actor no explica por qué, a pesar de existir otros mecanismos judiciales idóneos para ventilar la controversia, acude en ejercicio de la acción de tutela.

Sostuvo que la decisión objeto de reproche se profirió de conformidad con el precedente del Consejo de Estado de 17 de octubre de 2013 y que, el señor Ortega Luna no demostró una actuación abiertamente arbitraria y violatoria de los procedimientos legales por parte de la entidad.

⁶ Las cuales obran a folios 68 a 74.



Agregó que la parte actora no logró identificar el tipo de error en el que presuntamente incurrió la providencia controvertida, razón por la cual, solicitó que se declarara su improcedencia.

1.6.3. Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial

Pese a haber sido notificada en debida forma, guardó silencio⁷.

1.6.4. Terceros interesados en las resultas del proceso

A pesar de haber realizado la publicación correspondiente, no se pronunciaron⁸.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la acción de tutela presentada por la parte actora contra el Tribunal Administrativo de Nariño, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y, el Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si procede el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, invocados por la parte actora, los cuales consideró vulnerados con la providencia de 5 de junio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y de encontrarse superados; **(iii)** el análisis del caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012⁹ **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción

⁷ Folios 72 Anv y 73.

⁸ Folio 74 (Publicación en la página Web del Consejo de Estado). Es importante precisar que el 11 de febrero de 2020 la Secretaría General de esta Corporación informó que los oficios enviados, con el objeto de notificar a los terceros, fueron devueltos por parte de la empresa de correspondencia con la anotación “cerrado”.

⁹ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.



de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁰.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹¹.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los “ **fijados hasta el momento jurisprudencialmente**”.

Al efecto, en virtud de la sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹², la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

Para la Sala resulta necesario precisar que, el caso objeto de estudio está revestido de **relevancia constitucional**, por cuanto al revisar el escrito que dio origen a la acción de tutela en relación con los supuestos fácticos de la demanda, las pretensiones, la carga argumentativa y probatoria, se advierte que la parte actora solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la administración de justicia y al debido proceso.

Tales garantías constitucionales cuya protección pretende la parte accionante tienen rango constitucional, lo que implica que la misma trascienda el ámbito meramente legal. De acuerdo con lo anterior, en el caso concreto, se evidencia una tensión o contradicción entre la razonabilidad de las decisiones y el núcleo esencial de los derechos fundamentales alegados por la parte actora, en tanto a su juicio, la autoridad judicial incurrió en los defectos de violación directa de la Constitución y fáctico.

¹⁰ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

¹¹ Se dijo en la mencionada sentencia: “DECLÁRASE la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia.

¹² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Magistrado Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.



En el mismo sentido se establece que la acción de **tutela de la referencia no se dirige contra una sentencia de tutela**, puesto que la providencia judicial que censura la parte accionante fue proferida en el marco del proceso de reparación directa identificado con el número de radicado 2014-00389-01 (3708), que promovió el señor Juan Carlos Ortega Luna contra la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación.

Respecto al requisito de **inmediatez**, es preciso señalar que se evidencia en el expediente que la decisión cuestionada hace referencia a la providencia que puso fin al proceso de reparación directa proferida el 5 de junio de 2019, notificada por correo electrónico el 21 de ese mismo año, y quedó ejecutoriada el 27 de junio de 2019. Luego, comoquiera que la solicitud de amparo fue radicada el 6 de diciembre de 2019, esto es, antes de transcurridos 6 meses, ello resulta un término que a juicio de la Sala es razonable.

Ahora bien, frente a la **subsidiariedad**, se tiene que la parte accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial distinto a la tutela para conjurar la eventual transgresión que la aludida decisión pudiera irrogarle a sus derechos fundamentales. Esto teniendo en cuenta que contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño no procede ningún recurso, y que los cargos alegados por el actor no encuadran en las causales de procedencia del recurso extraordinario de revisión ni del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Superado lo anterior corresponde a la Sección analizar los cargos propuestos en la tutela por la parte actora.

2.5. Caso concreto

Corresponde a la Sala establecer si el Tribunal Administrativo de Nariño, con la providencia de 5 de junio de 2019, incurrió en violación directa de la Constitución, defecto fáctico y en desconocimiento del precedente. Para ello, a continuación se realizará una síntesis de los argumentos expuestos en la decisión objeto de reproche y los juicios formulados en su contra en el escrito de tutela.

El Tribunal Administrativo del Nariño revocó la decisión adoptada en primera instancia, que accedió a las pretensiones de reparación directa, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- (i) El actor no hizo saber a las autoridades judiciales que por los mismos hechos ya había pagado una pena.
- (ii) No era posible que el juez que debía vigilar el cumplimiento de la segunda condena, supiera que ya había sido condenado por esos mismos hechos.



(iii) Las decisiones proferidas por los miembros de la Rama Judicial y las actuaciones de los de la Fiscalía General de la Nación, se fundaron en lo probado procesalmente.

(iv) La doble condena por los mismos hechos, es el resultado de un error judicial, pero los perjuicios que de él se derivaron, fueron consecuencia única y exclusiva de la negligencia y lenidad con que actuó el actor.

(v) No es posible alegar un desconocimiento de las posibilidades procesales que tenía respecto de su situación penitenciaria, si se tiene en cuenta que solicitó dos subrogados penales.

(vi) El señor Ortega Luna no cumplió con la carga probatoria que le asistía y fue su silencio lo determinante para que se causara el “perjuicio”.

Pues bien, de conformidad con lo alegado por la parte accionante, corresponde a la Sala establecer si en efecto, las providencias enjuiciadas incurrieron en los defectos alegados, para lo cual se analizará cada uno de ellos.

2.5.1. Violación directa de la Constitución

Esta causal de procedencia específica de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene su fundamento en el modelo actual del ordenamiento constitucional, puesto que a los preceptos contenidos en la Carta de 1991 se les ha reconocido valor normativo, de manera que pueden ser aplicados directamente por las autoridades y los particulares en algunos casos.

En ese sentido, es posible discutir las decisiones judiciales por medio de la acción de tutela en los eventos donde los jueces omiten o no aplican debidamente los principios superiores¹³.

Pues bien, la violación directa de la Carta, inicialmente, se concibió como un defecto sustantivo, pero con posterioridad, en sentencia T-949 de 2003, se empezó a entender como una causal autónoma de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, lo cual se robusteció con la sentencia C-590 de 2005, donde la Corte *“incluyó, en ese contexto, definitivamente a la violación directa de un precepto constitucional en el conjunto de defectos autónomos que justifican la presentación de una tutela contra providencias judiciales. Al hacerlo no modificó, por supuesto, el sentido específico que la jurisprudencia anterior le había atribuido, aunque sí la inicial importancia que al comienzo le reconoció”*¹⁴.

La Corte Constitucional ha explicado que el desconocimiento de la Constitución puede producirse por diferentes hipótesis.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU -069 de 2018.

¹⁴ Ibídem.



Ello puede ocurrir, **primero**, porque no se aplica una norma fundamental al caso en estudio, lo cual se presenta porque: (a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional; (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata; y (c) en las decisiones se vulneraron derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.

En **segundo** lugar, porque se aplica la ley al margen de los preceptos consagrados en la Constitución. En este caso, se ha señalado que los jueces, en sus fallos, deben tener en cuenta la excepción de inconstitucionalidad contenida en el artículo 4º Superior, en tanto la Carta es norma de normas y, cuando existe incompatibilidad con las disposiciones legales, debe aplicarse de preferencia las constitucionales¹⁵.

Ahora bien, para la parte actora, la autoridad judicial que conoció en segunda instancia del proceso de reparación directa, al revocar la providencia que accedió a las pretensiones indemnizatorias para, en su lugar negarlas, por considerar que la segunda condena y privación de la libertad, fue un perjuicio causado exclusivamente por el señor Ortega Luna al guardar silencio frente a su primer juicio, incurrió en violación directa de la Constitución, al desconocer, a su juicio, el principio del *non bis in ídem*, cuyo origen se encuentra en el artículo 29 de la Constitución, y que implica que “*toda persona tiene derecho a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho*”.

Frente a este principio, la Corte Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental autónomo¹⁶. Ello significa que es **contrario a la Constitución iniciar un nuevo proceso sancionatorio en contra de una persona que ya fue juzgada por esos mismos hechos, por lo que se prohíbe una nueva investigación, juicio o condena en contra de la persona que ya fue sometida al poder punitivo del Estado**. El principio de *non bis in ídem*, se encuentra ubicado en el centro de las garantías procesales comprendidas por el derecho al debido proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-081 de 2018, explicó:

“El principio non bis in ídem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-196 de 2015.



expediente. El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción”¹⁷.

Al respecto, es importante señalar que en el asunto bajo examen, al juez de tutela no le corresponde establecer si en el **proceso penal y en la ejecución de la segunda condena** se desconoció o no la garantía fundamental del *non bis in ídem*, pues la providencia cuestionada, esto es, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el marco del medio de control de reparación directa, acepta que ello sucedió.

Tampoco le corresponde determinar si por los perjuicios causados con esa situación debe responder patrimonialmente el Estado, pues es claro que ello fue el objeto del proceso de reparación directa que fue conocido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Pasto, y por el Tribunal Administrativo de Nariño.

En ese orden, el problema jurídico que le corresponde analizar a esta Sala, en sede de tutela, consiste en estudiar si el Tribunal Administrativo de Nariño desconoció o no la Constitución, en cuanto a la garantía del *non bis in ídem* al considerar que **“a pesar que existió doble condena por los mismos hechos, en contra de la misma persona lo cual es el resultado de un error judicial, los perjuicios que de él se derivaron, la privación de la libertad es consecuencia única y exclusiva de la negligencia y lenidad con la que actuó el actor en relación con su propio autocuidado, toda vez que en ningún momento de su aprehensión y encarcelamiento hizo conocer de los funcionarios judiciales o, penitenciarios que estaba purgando una pena por una condena que ya se había extinguido, en otro proceso”** (Negrillas fuera de texto).

Al respecto, es necesario resaltar que el Tribunal, como ya se indicó, en momento alguno negó la existencia de una doble condena por la misma conducta, pues partió del hecho de que tal situación en efecto ocurrió, y aceptó que ello obedeció a un error judicial lo cual implica una transgresión del principio del *non bis in ídem*; lo que permite concluir que tal autoridad judicial en momento alguno desconoció esta garantía constitucional con su decisión. Sobre el particular indicó:

*“... de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se encuentra establecido que **existió un daño**, que consiste en que el señor Juan Carlos Ortega Luna fue vinculado a un proceso penal por un delito de hurto agravado (...) se le impuso una condena, porque se lo encontró responsable de los hechos ocurridos el 17 de marzo de 2005 y a través de los medios legales redimió la condena.*

*Por los mismos hechos se le impuso una nueva condena, en un proceso con radicación diferente, es decir, **fue condenado dos veces por la comisión del mismo delito, en contra vía del principio de non bis in ídem**, capturado, privado de su libertad por el término de 11 meses y 10 días y posteriormente se declaró la nulidad de la segunda*

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2018, reiterada en la T-260 de 2019.



actuación y se ordenó su libertad inmediata, porque se demostró que ya había sido condenado por el mismo delito, en una ocasión anterior”.

Así las cosas, para esta Sala es claro que el Tribunal Administrativo de Nariño no desconoció la garantía fundamental consistente en no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, toda vez que, no solo no fue la autoridad judicial que lo condenó por segunda vez, sino porque al resolver la demanda de reparación directa, **aceptó la existencia del el error judicial consistente en la transgresión del principio del non bis in ídem**, lo cual implica que reconoció la ocurrencia del daño, como expresamente lo indicó en su providencia.

No obstante, a pesar de encontrar plenamente acreditado el daño, consideró que los perjuicios que de él se derivaron, esto es, la segunda privación de la libertad fue consecuencia única y exclusiva del actor al momento de su aprehensión y encarcelamiento, porque no *“hizo conocer de los funcionarios judiciales o, penitenciarios que estaba purgando una pena por una condena que ya se había extinguido, en otro proceso”*, lo cual, a juicio de esta Sala no conlleva a la violación directa de la Constitución, pues claramente, tratándose de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, el juez de la reparación directa está facultado para analizar si existe o no un eximente de responsabilidad, como lo es la culpa exclusiva de la víctima.

Por las anteriores razones, esta Sala considera que no se incurrió en el defecto alegado por la parte actora, consistente en la violación directa de la Constitución en relación con el principio del *non bis in ídem*.

2.5.2. Defecto fáctico (en conjunto con un defecto sustantivo) y desconocimiento del precedente

En relación con el defecto fáctico, esta Sala en decisión de 12 de noviembre del 2015¹⁸ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

De conformidad con la sentencia de 11 de febrero de 2016¹⁹, estos aspectos tienen características que se transcriben a continuación:

¹⁸ Consejo de Estado, sentencia del 12 de noviembre de 2015, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01.

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia del 11 de febrero de 2016, M.P. Rocío Araújo Oñate, Radicación No. 11001-03-15-000-2015-03442-01.



Evento	Características
<p>Omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto</p>	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicitó al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitó b) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legal c) Se expongan las razones por la cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea. d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
<p>Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes</p>	<p>Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez.</p> <p>Así las cosas, se configura siempre que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez. b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
<p>Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas</p>	<p>Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.</p> <p>Se requiere entonces que:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La parte precise cual o cuales de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez



	<p>b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.</p> <p>El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.</p> <p>c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado</p>
<p>Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso</p>	<p>Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde:</p> <p>a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional.</p> <p>b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración.</p> <p>c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.</p>

De conformidad con lo anterior, se entienden cumplidas las exigencias para que proceda el estudio del **defecto fáctico** por cuanto la parte actora señaló expresamente las irregularidades probatorias en las que considera que incurrió el Tribunal Administrativo de Nariño, esto es, la prueba que omitió valorar, y la manera cómo debió exigirse a la parte demandada, que acreditara la configuración del eximente de responsabilidad, lo cual también se podría encuadrar en un **defecto sustantivo**, por aplicar indebidamente el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 que se refiere a la figura de la culpa exclusiva de la víctima; y un **desconociendo el precedente** del i) Consejo de Estado fijado en la sentencia de 4 de abril de 2018 con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; y, ii) de la Corte Constitucional referida a las dificultades en las que se encuentran las personas privadas de la libertad, en materia probatoria, para lo cual se refirió a la sentencia T-260 de 2019, pues al respecto indicó:

(i) La decisión referida impuso al señor Ortega Luna unos deberes que, por su condición de persona privada de la libertad, estaba en imposibilidad de cumplir.



(ii) La privación injusta de su libertad no fue culpa exclusiva del señor Ortega Luna, sino que fue consecuencia de un error judicial, como en efecto lo dice la providencia atacada.

(iii) La autoridad judicial debió exigir a la parte que lo alega la carga de la prueba, con el fin de que la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial demostraran sus dichos, esto es, que probaran las oportunidades procesales reales y efectivas que tuvo el actor para poner en conocimiento de las autoridades judiciales su situación.

(iv) La decisión de 5 de junio de 2019 desconoció la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, según la cual, para que dentro de un acervo probatorio se tenga plenamente probada la culpa exclusiva de la víctima, ésta tiene que ser **grave y contundente en el resultado**, aspecto que no fue analizado.

(v) En dicho fallo según los registros que se consignaron en la consulta del proceso penal, prueba aportada a **folio 63** del cuaderno de reparación directa, se demostró que dos meses después de la captura de 21 de febrero de 2013, “*seguramente por petición del defensor público*”, el Juez de Ejecución de Penas que vigilaba la segunda condena impuesta, solicitó los antecedentes relacionados con la detención de 17 de marzo de 2005, **petición que se hizo en 3 ocasiones**.

Expuesto el panorama del asunto, la Sala advierte la necesidad de realizar un breve acercamiento a los conceptos básicos que deben considerarse para resolver los argumentos de la parte actora, sin perder de vista el contexto teórico que sustenta la responsabilidad del Estado; pues lo que pretende el actor es cuestionar el hecho de que la autoridad judicial accionada haya encontrado acreditado el eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, lo cual significa que, para efectos metodológicos, es necesario precisar los elementos que tienen relevancia en el caso concreto, sin que ello implique una invasión de la competencia que radica en el juez natural.

2.5.2.1. Elementos de la responsabilidad del Estado

La Sección Tercera Consejo de Estado, ha explicado la responsabilidad extracontractual del Estado, en diversas providencias²⁰, acudiendo al artículo 90 constitucional que dispone que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En ese orden, la responsabilidad del Estado se hace patente **cuando se configura un daño**, el cual deriva su calificación de **antijurídico** atendiendo a que el sujeto que lo

²⁰ Ver entre otras, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 15 de noviembre de 2011. Radicado No. 23001233100019970893401. Magistrada Ponente: Olga Mélida Valle De De la Hoz.

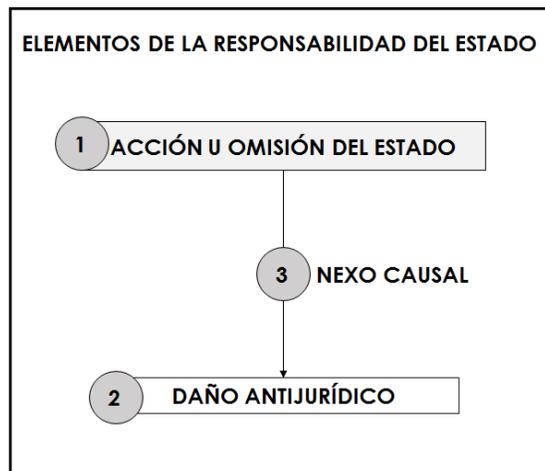


sufre no tiene el deber jurídico de soportar el daño, tal como ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación²¹. Verificada la ocurrencia de un daño y su antijuridicidad, surge el deber de indemnizarlo, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad ante las cargas públicas, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración.

Los elementos son²²:

- “1. Un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o a varios individuos.
2. Una conducta, activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública y,
3. Cuando hubiere lugar a ella, una **relación o nexo de causalidad entre esta y aquél**, vale decir, “que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada”.

Para efectos metodológicos, la Sala explica cómo se ubican los anteriores elementos en la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado:



Ahora bien, el hecho de que se acrediten los anteriores elementos, no necesariamente implica la declaratoria automática de responsabilidad del Estado, pues es posible que en el proceso el juez de la reparación directa advierta la ruptura del nexo causal entre la acción u omisión del Estado y el daño antijurídico, ya sea, por el hecho de un tercero, la **culpa exclusiva de la víctima** y la fuerza mayor o caso fortuito.

En atención a que la decisión objeto de reproche se fundó en la configuración de la causal de exoneración de responsabilidad del Estado por el hecho determinante y exclusivo de la propia víctima, esta Sala recuerda que, en esa materia, el artículo 67 de la Ley 270 de 1996 dispone que para que sea responsable el Estado por error judicial, el afectado debe haber interpuesto los recursos de ley, en los términos del

²¹ Ibídem

²² Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia 25000232600020050088301 (38139), 8 de octubre de 2016.



artículo 70 de esa normativa “salvo en los casos de privación de la libertad cuando esta se produzca en virtud de una providencia judicial”.

Con arreglo a la mencionada normativa, esta Corporación ha exonerado de responsabilidad al Estado en aquellos eventos en los cuales quienes han sido privados de la libertad, contribuyeron con su actuación dolosa o gravemente culposa **en la producción del daño**.

La Sección Tercera de esta Corporación²³, ha señalado que para que se exima de responsabilidad al Estado por la causal de culpa exclusiva de la víctima “**es necesario que la conducta desplegada por [esta] sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad** y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima” (Negritas y subrayas fuera de texto).

Asimismo, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como “la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder²⁴.

Y se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”, en los términos del artículo 63 Código Civil. Al respecto, la Sección Tercera ha precisado:

“La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita. Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones. Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil”²⁵.

²³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017), Rad. 05001-23-31-000-2012-00690-01 (54121)

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 4 de abril de 2018, Rad. 54001-23-31-000-2010-00466-01.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.



Entonces, cuando se alega un eximente de responsabilidad por el hecho **determinante y exclusivo de la propia víctima**, debe acreditarse plenamente que el **“daño provino de su actuar imprudente o culposo”²⁶**.

2.5.2.2. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso concreto

2.5.2.2.1. Rompimiento del nexo causal por cuanto el perjuicio fue culpa exclusiva de la víctima

Precisados los anteriores conceptos, es posible entender lo que ocurrió en el *sub lite*, y la manera como la autoridad judicial accionada resolvió las pretensiones del actor, para así determinar si en efecto se incurrió o no en las irregularidades alegadas.

El actor en su escrito de tutela señaló que la privación injusta de su libertad no fue culpa **exclusiva** del señor Ortega Luna, sino que fue consecuencia de un error judicial, como en efecto lo dice la providencia atacada.

Al respecto, el Tribunal aceptó como probado el hecho de que el daño tuvo como causa un error judicial, pues concluyó que **“de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, se encuentra establecido que *existió un daño, que consiste en que el señor Juan Carlos Ortega Luna (...) fue condenado dos veces por la comisión del mismo delito, en contra vía del principio de non bis in ídem, capturado, privado de su libertad por el término de 11 meses y 10 días y posteriormente se declaró la nulidad de la segunda actuación y se ordenó su libertad inmediata, porque se demostró que ya había sido condenado por el mismo delito, en una ocasión anterior*”**.

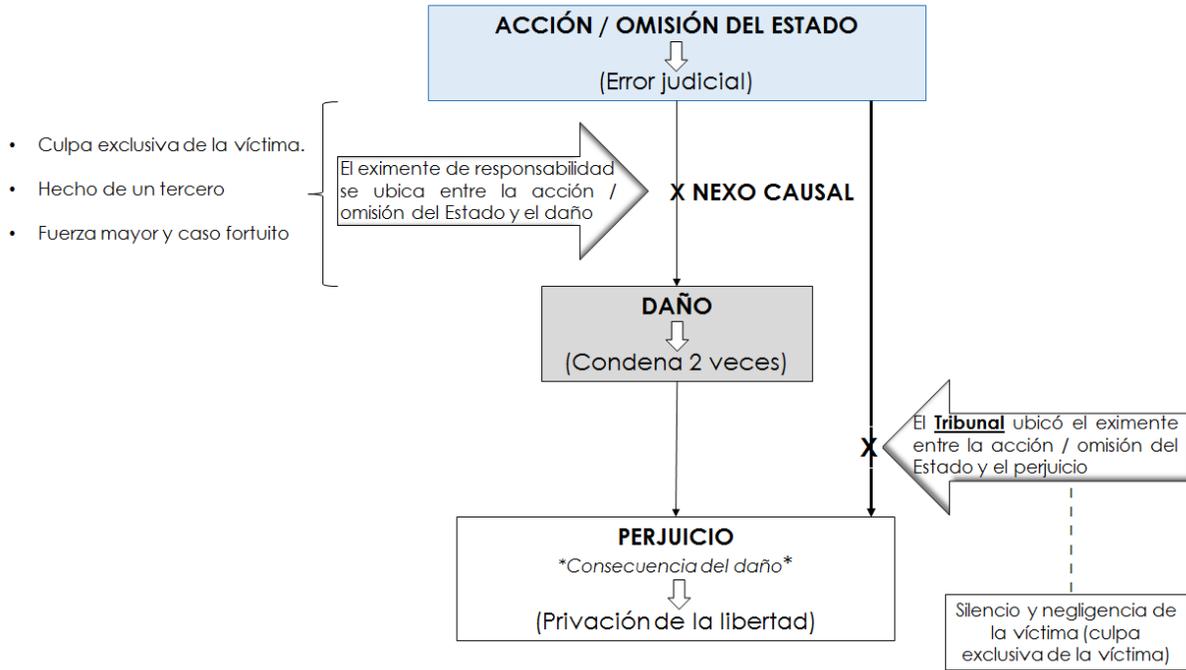
En ese orden el Tribunal hizo consistir el daño en el desconocimiento del *“non bis in ídem”* y, respecto de **la fuente** del daño, señaló que **“...existió una doble condena por los mismos hechos, en contra de la misma persona lo cual es el resultado de un error judicial”**

De esta manera, el Tribunal accionado fue claro en que: i) el daño existió y consistió en que el señor Ortega Luna fue condenado dos veces por la misma conducta; ii) que **la causa** de éste fue un error judicial; y iii) en consecuencia, concluyó que sí se acreditó el nexo causal, toda vez que el error judicial provino del Estado (acción y omisión) y ello fue la fuente de la doble condena por los mismos hechos (daño antijurídico).

Con lo anterior, en principio, podría concluirse que el Tribunal encontró probada la responsabilidad de las autoridades demandadas; no obstante, la autoridad judicial accionada declaró acreditada una causal eximente de responsabilidad, consistente en la culpa exclusiva de la víctima, cuyo efecto implica que se **rompe el nexo causal entre el daño y su fuente**. Y, a juicio del Tribunal Administrativo de Nariño, la relación causal se fracturó porque el **perjuicio** obedeció a una única y determinante causa, esto es, la conducta omisiva del actor.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 25 de julio de 2002, Rad. 13.744.

A continuación se explica gráficamente lo que sucedió en el caso concreto:



La anterior conclusión fue expresada por el Tribunal accionado al señalar que: “**los perjuicios que de él [daño] se derivaron, la privación de la libertad, es consecuencia única y exclusiva de la negligencia y lenidad con la que actuó el actor en relación con su propio autocuidado**”.

Ello resulta equivocado, pues como se explicó, el Tribunal Administrativo de Nariño ubicó la culpa exclusiva de la víctima como una causal de ruptura del **nexo causal entre la acción u omisión del Estado y el perjuicio**, y no, como corresponde, entre la primera y el daño; ello por cuanto desconoció la diferencia entre estos dos conceptos, y los confundió.

Sobre el particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina, al referirse al daño como elemento configurativo de la responsabilidad extracontractual del Estado, ha señalado la importancia de diferenciar este concepto de la noción de perjuicio. Para tal efecto, en diversas oportunidades²⁷ este órgano de cierre ha indicado que el **daño lo constituye la lesión en sí misma** a un bien jurídicamente protegido, mientras que

²⁷ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 10 de noviembre de 2016, radicado No. 73001-23-31-000-2003-01562-01(34021), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia de 25 de enero de 2017, radicado No. 50001-23-31-000-2003-20007-01(33728), M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 30 de mayo de 2019, radicado No. 13001-23-33-000-2016-01174-01(63274), M.P. Alberto Montaña Plata. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 7 de octubre de 2019, radicado No. 52001-23-31-000-2008-00157-01(57762), M.P. Martín Bermúdez Muñoz. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 15 de noviembre de 2019, radicado No. 25000-23-26-000-2007-00337-01(42176), M.P. Alberto Montaña Plata.



el **perjuicio representa la afectación** que se deriva u ocurre como **consecuencia** del daño.

En ese sentido, entre tales conceptos no se predica una similitud, sino una relación de causa y efecto, en donde los perjuicios se derivan de la ocurrencia del daño. A manera de ilustración, la Subsección “A” de la Sección Tercera de esta Corporación en una de sus providencias citó el siguiente ejemplo: “[...] vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños [...]”²⁸.

Como conclusión, se tiene que el Tribunal confundió que el **daño lo constituye la lesión en sí misma**, y en este caso lo hizo consistir en el doble juzgamiento por la misma conducta; mientras que el **perjuicio representa la afectación**, que para el Tribunal fue la segunda privación de su libertad, de manera que el eximente de responsabilidad se debía ubicar entre la conducta del Estado y el daño (doble condena) y no entre ésta y el perjuicio (privación de la libertad).

Lo cual significa que para que se encuentre acreditada o probada esta causal eximente de responsabilidad, el Tribunal debe explicar porqué la supuesta conducta omisiva de la parte actora – una vez fue capturado - fue determinante **como fuente del daño**, es decir, fue la razón de su segundo juzgamiento – pues para el Tribunal en ello consistió el daño- y no, de la privación de la libertad, toda vez que al tratarse del perjuicio, ello deriva es del daño y no de la conducta del Estado.

2.5.2.2 Demostración de la culpa exclusiva de la víctima en el *sub lite*

Sumado a lo anterior, para la Sala es claro que, como se explicó en el marco conceptual, la configuración de un eximente de responsabilidad, como lo es la culpa **exclusiva** de la víctima, debe ser contundente y adecuada como **fuentes del daño**, y de ello debe existir en el plenario certeza absoluta; toda vez que, se reitera “**en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad** y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima”²⁹.

Entonces, la Sala estudiará los reproches formulados por la parte actora, consistentes en que, supuso una inacción del señor Ortega Luna y, desconoció que, para llegar a la conclusión que arribó, esto es, que en el asunto se configuraba el eximente de responsabilidad por el hecho determinante de la víctima, se debía exigir la carga

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, sentencia de 25 de agosto de 2011, radicado No. 19001-23-31-000-1997-08009-01(20316), M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de noviembre del dos mil diecisiete (2017), Rad. 05001-23-31-000-2012-00690-01 (54121).



probatoria a quien se beneficia de ello, esto es, a la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial que demostraran sus dichos y controvirtieran los del actor.

Sobre el particular, esta Sala encuentra que le asiste la razón a la parte actora, pero no en el sentido de que las autoridades accionadas debieron probar una negación indefinida (que el actor no actuó) sino en que debieron demostrar cuáles fueron aquéllas oportunidades procesales, luego de la aprehensión del señor Ortega Luna, en las cuales, la víctima podía de manera efectiva e idónea, poner de presente su situación ante las autoridades que intervinieron en la ejecución de la segunda condena, con posibilidad de éxito, pues del expediente se encuentra acreditado que:

1. La Fiscalía explicó que en el caso del señor Ortega Luna **se calificó la conducta una primera vez en el cuaderno principal y, la segunda en el cuaderno de copias.**
2. El segundo juicio oral se llevó a cabo el 6 de febrero de 2011 y el señor Juan Carlos Ortega Luna (**persona ausente en el proceso**) fue condenado. Por ello, el Juzgado Décimo Penal Municipal de Pasto emitió orden de captura contra el actor.
3. En esta etapa de juzgamiento, que es la idónea para informar que ya había pagado una condena por esa conducta, **fue asistido por un abogado de oficio** que desconocía esa situación.
4. Tuvo conocimiento del segundo juicio cuando fue aprehendido para ejecutar la condena impuesta en ese proceso en el que no participó.
5. A folio 63 del expediente de reparación directa, consta el resumen de la consulta de su proceso penal, en el que se evidencian las actuaciones del juzgado de ejecución de penas, y se advierte que dos meses después de su captura, el juzgado solicitó sus antecedentes penales, **especialmente el relacionado con su ingreso al establecimiento carcelario en marzo de 2005** y que ello fue reiterado en 2 oportunidades. A continuación se transcribe este documento:

“El 21 de febrero de 2013, el señor Ortega Luna es aprehendido y legalizada su captura.

El 5 de abril de 2013, con Oficio 1574 el juzgado “solicita antecedentes a SIJIN SIANS DIJIN.

(...)

El 30 de abril de 2013, se solicita a la Directora del EPMSC³⁰ de Pasto “remisión de cartilla biográfica del condenado anotada y actualizada,

³⁰ Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario



indicando en especial, el registro relacionado con su primer ingreso y alta del penal con ocasión de la primera detención del día 17 de marzo de 2005.

Ordena **solicitar a Fiscalías 7 y 8 Local Pasto informen si dentro del sumario No. 120392 le fue decretada en la etapa de la investigación la libertad al Sr. Juan Carlos Ortega Luna. Insiste ante la SIAN de la Fiscalía en el cumplimiento del oficio circular de 5 de abril de 2013.**

(...)

El 9 de mayo de 2013 “Constancia Secretarial: Oficio 1920 del Dir. del EPC Pasto – Oficio 1921 y 1922 Fiscalías 7 y 8 Locales Pasto – Oficio 1923 **Insiste en certificado de Antecedentes ante SIAN**”³¹ (Negrilla y subrayas fuera de texto).

6. La apoderada del actor, interpuso un *habeas corpus*, el cual fue negado el 20 de enero de 2014.
7. Pese a las anteriores actuaciones, fue solo hasta el 31 de enero de 2014, que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto decretó la nulidad del proceso penal y ordenó la libertad del señor Juan Carlos Ortega Luna.

Del anterior recuento de hechos probados en el expediente de reparación directa, la Sala considera que, como lo señaló el actor en su escrito de tutela, le correspondía a la Fiscalía y a la Rama Judicial, en el proceso de reparación de directa, demostrar: i) las oportunidades efectivas que tuvo el señor Ortega Luna, para informar su situación; y, ii) explicar la razón por la cual el juez de ejecución de penas solicitó en tres ocasiones los antecedentes penales de la víctima, a pesar de que se supone que el actor guardó silencio y nunca advirtió que por esos hechos ya había pagado una condena.

Así las cosas, tal como lo planteó la parte actora, eran las autoridades demandadas las que debieron demostrar que tal solicitud de la autoridad de ejecución, reiterada en 3 ocasiones, se realizó por una razón distinta a la alegada por el accionante, consistente en que desde el momento de su captura le advirtió, verbalmente, a todas las autoridades su situación, y lo propio hizo su defensor.

Además, el Tribunal Administrativo de Nariño, al verificar la existencia o no del eximente de responsabilidad, debió pronunciarse expresamente sobre otros hechos debidamente acreditados como: **primero**, que la razón del doble juzgamiento y condena obedeció a que se calificó la conducta investigada, por un lado en el cuaderno principal y por separado en el cuaderno de copias; **segundo**, el hecho de que el señor Ortega Luna fue juzgado como persona ausente; **tercero**, que fue representado por un defensor de oficio que desconocía su situación; y **cuarto**, que actuó a través de una nueva abogada para interponer un *habeas corpus*.

³¹ Fl. 63 del Expediente de reparación directa.



En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en la sentencia alegada por el actor como desconocida³², que si bien no es precedente por haber sido expuesto por una sala de revisión y no por la Plena de esa Corporación, será considerado como criterio auxiliar de justicia, para evidenciar el nivel de indefensión de quienes se encuentran privados de la libertad, al punto de que se considere que es la parte privilegiada en una controversia la que deba asumir la carga procesal. Así lo señaló:

*“Puntualmente, las personas reclusas en los centros penitenciarios y carcelarios son personas de especial protección constitucional quienes se encuentran en una condición de indefensión respecto a las autoridades a cargo de su cuidado, debido a que el Estado impone la restricción de diferentes derechos, incluso aquellos de naturaleza fundamental como la libertad, por consiguiente, **es dable entender que los internos no tienen facilidad de recaudar piezas procesales, ajenas a su declaración, para sustentar los hechos que pueden originar la violación o amenaza de sus derechos fundamentales.** Así entonces, resulta “de elemental justicia que sea la parte privilegiada y fuerte, por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal³³. Bajo ese entendido, en principio, cuando el sujeto activo de la demanda se compone por personas privadas de la libertad y, a su vez, el demandado es el Estado o entidades a cargo de su vigilancia y cuidado, la carga de la prueba se invierte y, en esa medida, es el sujeto accionado el que debe actuar con la mayor diligencia para recaudar el material probatorio que permita, en caso de que así lo considere pertinente, contrarrestar las declaraciones de los demandantes” (Negritillas fuera de texto).*

Así, en el entendido de que la regla enseña que el Estado debe responder cuando ocasiona un daño antijurídico, salvo la demostración de una causal eximente de responsabilidad, esa excepción no permite dudas acerca de su configuración, pues exige la certeza absoluta de ello.

2.6. Conclusión

De lo expuesto, este juez de tutela amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del actor, no sin antes precisar que éste no se dirige a ordenarle al Tribunal Administrativo de Nariño que acceda a las pretensiones de la demanda objeto de esta acción, sino que, emita una sentencia de reemplazo en la que tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

2.6.1. Que la culpa exclusiva de la víctima, como eximente de responsabilidad, rompe el nexo causal entre la acción u omisión del Estado y el daño; y no como lo entendió esa autoridad, frente al perjuicio irrogado. Esto implica, que para que se encuentre acreditada esta causal eximente de responsabilidad, el Tribunal debe

³² Sentencia T-388 de 2013 reiterada en la T-143 de 2017: “los menos privilegiados, las personas más descuidadas y abandonadas a su suerte y sus problemas, como es el caso de las personas privadas de la libertad” son sujetos de especial protección constitucional en razón a la masiva y generalizada violación de sus derechos fundamentales al interior de los mismos centros de reclusión. De ahí que sus garantías constitucionales deben “ser [protegidas] con celo en una democracia”.

³³ Sentencia C-086 de 2016.



explicar las razones por las cuales la supuesta conducta omisiva de la parte actora **fue determinante como fuente del daño**, es decir, se constituyó en la razón de su segundo juzgamiento y de la privación de su libertad.

2.6.2. Desde el punto de vista probatorio, le corresponde a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial, en el proceso de reparación de directa demostrar la culpa exclusiva de la víctima, por tal razón las autoridades demandadas deben probar:

- i) Las oportunidades efectivas que tuvo el señor Ortega Luna, para informar su situación.
- ii) Que la solicitud de la autoridad de ejecución, consistente en que se allegaran los antecedentes penales del condenado, reiterada en tres (3) ocasiones, visible a folio 63 del expediente, se realizó por una razón distinta a la alegada por el accionante, esto es, que desde el momento de su captura le advirtió a las entidades que por esa conducta ya había pagado una condena y que también lo hizo su defensor.

2.6.3. En la providencia de reemplazo, el Tribunal Administrativo de Nariño deberá analizar los siguientes hechos relevantes a la luz del acervo probatorio recaudado:

- i) Si el doble juzgamiento y la segunda condena se originó en la existencia de dos cuadernos, el principal y el cuaderno de copias, de cuya existencia se tramitaron los dos procesos por separado.
- ii) Que en el plenario está ampliamente acreditado, que el señor Ortega Luna fue juzgado como persona ausente y representado por un defensor de oficio que desconocía su situación;
- iii) La importancia de la interposición del *habeas corpus*, para hacer cesar la privación de su libertad, y poner de presente la irregularidad advertida.
- iv) Verificar el mérito que pueda tener que en el trámite surtido en el proceso penal, como se observa a folio 63 del cuaderno de reparación directa, el juez de ejecución de penas que vigilaba su segunda condena, dos meses después de su captura, solicitó los antecedentes penales del condenado, especialmente el relacionado con su ingreso al establecimiento carcelario en marzo de 2005, y que ello fue reiterado en dos oportunidades.

En consecuencia, esta Sala encuentra acreditado el *defecto fáctico*, en relación con el alcance que se le dio al acervo probatorio allegado al expediente de reparación directa en los términos indicados y el *defecto sustantivo* respecto de la aplicación del artículo 70 de la Ley 270 de 1996 relacionado con la figura de la culpa exclusiva de la víctima en los casos de privación injusta de la libertad.

3. DECISIÓN



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: AMPARAR los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia del señor Juan Carlos Ortega Luna. En consecuencia, **ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Nariño, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta decisión, profiera una sentencia de reemplazo en la que tenga en cuenta las consideraciones expuestas en este fallo.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto No. 2591 de 1991.

TERCERO: Si no se impugna esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
En comisión