

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Fundamento. Clases / ERROR JUDICIAL - Noción. Definición. Concepto / ERROR JUDICIAL - Excepción al principio de cosa juzgada

Antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991, la Sección Tercera del Consejo de Estado distinguió entre lo que denominó: i) responsabilidad derivada de la administración de justicia, que la asimiló a una falla en la prestación del servicio y consideró, por ejemplo, que había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos de los secuestres que ocasionaran grave deterioro a los bienes, o por sustracción de títulos o bienes que se encontraran bajo custodia de las autoridades judiciales ; y, ii) responsabilidad derivada del error judicial, la cual en un principio fue rechazada por la jurisprudencia de esta Corporación, bajo el entendido de que, en los eventos en los cuales los funcionarios judiciales incurrieran en errores en desarrollo de su actividad de los que se derivaban daños para los administrados, quien comprometía la responsabilidad era el propio funcionario judicial y no el Estado, idea bajo la cual se entendió que admitir la responsabilidad derivada del error judicial implicaría el desconocimiento del principio de cosa juzgada, en cuya virtud no es posible que un aspecto ya decidido por el juez sea fallado nuevamente, de tal suerte que los daños causados como consecuencia de ese error judicial únicamente comprometían la responsabilidad personal del funcionario judicial, en los términos del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil , esto es, cuando fueran causados como consecuencia de un error inexcusable. De manera excepcional, la Corporación llegó a reconocer la responsabilidad de la administración de justicia en aquellos eventos en los que el funcionario judicial, aún en el ejercicio de sus funciones, incurría en una vía de hecho y causaba lesión a una de las partes, sus apoderados, un auxiliar de la justicia o un tercero

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA - CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 40

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Regulación normativa / TITULOS JURIDICOS DE IMPUTACION - Error jurisdiccional y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia / ERROR JURISDICCIONAL - Elementos. Requisitos / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Elementos. Requisitos / ERROR JUDICIAL - De hecho. De derecho

[L]a Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia – reguló ampliamente el tema de la responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento de esta Rama del Poder Público, así como el de la responsabilidad personal de sus funcionarios y empleados judiciales. En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado se establecieron tres supuestos: el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad. En todo caso, conviene precisar que, aún con anterioridad a la expedición de la Ley Estatutaria, la jurisprudencia de esta Corporación había distinguido ya entre el contenido del error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia. En cuanto a la configuración del primero de estos, es decir, del error jurisdiccional, la mencionada ley estatutaria dispone que es necesario que concurren los siguientes elementos: i) que el error esté contenido en una providencia judicial, ii) que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y iii) que el afectado

haya interpuesto contra la citada providencia los recursos procedentes. Es preciso anotar que se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho. Esta clase de responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia. El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma procedente; además, deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las providencias que contraríen el orden constitucional **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema consultar Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2007, exp. 15528 y de 14 de agosto de 1997, exp. 13258

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996

**DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA -
Noción. Definición. Concepto / DAÑO - Acreditación**

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, se produce en las actuaciones judiciales –distintas a la expedición de providencias– necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de estas últimas. Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Pueden provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales; en efecto, en relación con las acciones u omisiones de estos últimos particulares, colaboradores de la justicia, el Consejo de Estado ha señalado que, cuando con unas u otras se causen daños antijurídicos, se deriva la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios. (...) ese detrimento debe ser acreditado, no sólo porque no siempre la falla en la prestación del servicio de administración de justicia genera un daño antijurídico sujeto a resarcimiento, sino porque, aun cuando no es un elemento suficiente para construir la imputabilidad que se pretende, es a partir del mismo que el análisis de la falla alegada por quien demanda y la relación de causalidad cobran importancia, porque “si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. (...) Se probó que, mediante providencia del 29 de abril de 2002, el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali, en atención al artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, estudió la viabilidad de aplicar una medida provisional de protección de derechos, toda vez que así lo solicitó la señora Alcalá Jiménez en la tutela incoada. Se demostró también que Luis Armando Carpio Caicedo, a través de apoderado judicial, formuló recurso de reposición en contra del anterior auto, por considerar que éste no se ajustó a derecho, en la medida en que el juez de tutela, al decretar la medida provisional, debió exigir a la accionante el pago de una caución; no obstante, mediante auto del 8 de mayo de 2002, el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali lo rechazó por improcedente. Mediante fallo de tutela del 10 de mayo de 2002, el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali ordenó la suspensión inmediata de la exhibición, circulación y venta del libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado” y el decomiso de todos los ejemplares que se encontraran en el mercado de todo el territorio nacional.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Procedencia / JUEZ DE TUTELA - Facultad para imponer una medida provisional / DAÑO ANTIJURIDICO - Prohibición de publicar libro impuesta como medida cautelar ordenada en tutela tanto en primera como en segunda instancia pero revocada en sentencia de revisión proferida por la Corte Constitucional

[E] actor acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa, con el fin de que la Administración repare los perjuicios que, según su dicho, se derivaron del daño consistente en la vulneración del derecho a la libertad de expresión, a lo cual agregó que la medida de suspensión de la exhibición, publicación, distribución y comercialización de un libro de su autoría se profirió sin la orden previa de pago de una caución que garantizara los posibles perjuicios derivados de ésta. (...) mediante auto del 29 de abril de 2002, proferido en el trámite de la acción de tutela promovida en contra del acá demandante, se impuso una medida provisional en el sentido de suspender toda actividad comercial del libro por él publicado, decisión que fue confirmada en los fallos de primera y de segunda instancia emitidos por el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali y el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali. (...) el actor sufrió un daño antijurídico por cuanto la prohibición de la divulgación y de la venta de una obra escrita por él le afectó su derecho constitucional a la libertad de expresión, máxime que, como lo concluyó aquella Corte, se trató de una restricción y censura inconstitucional que, por lo tanto, le impuso una carga que no estaba en el deber de soportar y que, en esa medida, genera responsabilidad patrimonial imputable al Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, a título de error jurisdiccional. (...) el legislador habilitó al juez de la acción de tutela para imponer una medida provisional, a través de la cual suspenda el acto que considere amenazante del derecho cuya protección persigue el demandante; sin embargo, la norma no condiciona esa facultad del funcionario judicial al requerimiento de la prenda sugerida por el actor, pues se trata de una orden que debe responder a la urgencia y a la necesidad del caso concreto. En esa medida, al no exigir el Decreto 2591 de 1991 el otorgamiento de caución para la concesión de una medida cautelar en el trámite de una demanda de tutela, mal puede afirmarse que el hecho de no exigirla constituye una falla atribuible a la parte demandada; sin embargo, ello no obsta para proferir una sentencia condenatoria a favor del demandante, pues, como ya se advirtió, el señor Luis Armando Carpio Caicedo sufrió un daño antijurídico como consecuencia de la restricción a su derecho de libertad de expresión, medida que se impuso, según la sentencia T-213 de 2004 atrás transcrita en lo pertinente, en contravía de las disposiciones constitucionales que protegen ese derecho.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90 / DECRETO 2591 DE 1991

INDEMNIZACION - Perjuicios materiales. Perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - No se probó su causación

En lo que se refiere a perjuicios inmateriales, que abarcan el aspecto interno del individuo y la afección directa a sus sentimientos como la congoja o la tristeza, cuando hay afectación del patrimonio económico de la parte demandante, la Sala accede a su reconocimiento siempre y cuando se demuestre que esos perjuicios fueron de una proporción o intensidad tal que lo amerite. Comoquiera que, en este caso, no obra elemento alguno de convicción que pruebe el perjuicio moral que el demandante aseguró haber padecido, no habrá lugar a su indemnización.

PERJUICIOS MATERIALES - Daño emergente. Lucro cesante / DAÑO

EMERGENTE - No se acredita la pérdida económica con ocasión al daño / LUCRO CESANTE - Perdida de oportunidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Daño resarcible de carácter autónomo / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Indemnización. Procedencia

El señor Luis Armando Carpio Caicedo no acreditó la pérdida económica o el empobrecimiento que supuestamente sufrió, con ocasión de la medida impuesta en el trámite de la tutela formulada en su contra; en consecuencia, la Sala no accederá a su reconocimiento. (...) Está demostrado en el proceso que el señor Luis Armando Carpio Caicedo suscribió un contrato de distribución con Publicaciones Universitarias Ltda., por medio del cual se obligó a entregarle a esta última 5000 ejemplares del libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, con el fin de que esa empresa se encargara de venderlos, en forma exclusiva y a un precio por unidad del \$39.900, en todo el territorio colombiano y en los países con los que tuviera relaciones comerciales; además, en el contrato se pactó que el señor Carpio Caicedo otorgaría un descuento del 50% a la comercializadora del libro, sobre el precio de venta al público. (...) se desconoce si el demandante vendió los 1413 ejemplares después de proferida la sentencia de la Corte Constitucional, para la Sala no es posible determinar, de manera concreta y precisa, si don Luis Armando sufrió un lucro cesante con ocasión de la medida provisional; pero, lo que sí resulta evidente es que, en el tiempo en que estuvo vigente la medida de censura, el demandante perdió la oportunidad de distribuir y vender su libro, y es claro que, de no haberse impuesto esa medida, quizá hubiera tenido la posibilidad de vender esos 1413 ejemplares o, incluso, de publicar una nueva edición, máxime que el contrato de distribución, a pesar de contemplar una duración de un año contabilizado desde el 3 de abril de 2002, dejó abierta la posibilidad de que se renovara automáticamente si las partes no manifestaban su intención de darlo por terminado. (...) con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del perjuicio sufrido por el demandante como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad de vender el libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, la Sala estima, en virtud de: (i) la medida de restricción y de censura, (ii) del principio de equidad -reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas-, (iii) que no se sabe si -al reanudar la venta- hubiera podido vender o no todos los libros que aún le faltaban por vender (1413 ejemplares) y (iv) la suma que el señor Luis Armando Carpio Caicedo esperaba percibir por la venta de esos 1413 libros, esto es, \$28'189.350, correspondientes al 50% del total de la venta de dichos ejemplares (\$56'378.700), que una suma adecuada por concepto de la pérdida de oportunidad es lo equivalente a 43.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor Luis Armando Carpio Caicedo, toda vez que esta es la cifra se aproxima a la mitad de lo que el demandante habría recibido en el evento de venderse dicha cantidad de libros. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre pérdida de oportunidad consultar sentencias del Consejo de Estado, Sección tercera: 3 de abril de 2013, exp. 26437; 11 de agosto de 2010, exp. 18593 y de 7 de julio de 2011, exp. 20139.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUB SECCION A

Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 76001-23-31-000-2006-00871-01(36634)

Actor: LUIS ARMANDO CARPIO CAICEDO

Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. El 8 de marzo de 2006, el señor Luis Armando Carpio Caicedo, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado judicial, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Fiscalía General de la Nación, por la vulneración al derecho a la libertad de expresión, a través de la prohibición de la exhibición, circulación, venta y distribución del libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, de su autoría, medida provisional que se adoptó *“sin siquiera ordenar prestar caución que amparase los eventuales perjuicios que pudiese ocasionar tal medida”*.

Solicitó que, en consecuencia, se condenara a la parte demandada a pagar como indemnización por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, \$10'000.000 y, por lucro cesante, \$18.197'500.000. Por perjuicios morales, pidió 1.000 smmlv.

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que escribió y publicó, a través de la editorial Artes Gráficas del Valle Ltda., el libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”. Con ocasión de la acción de tutela impetrada en su contra por la Fiscal 41 Local de Cali, el Juzgado 30 Penal Municipal de esa ciudad, como medida provisional de protección, ordenó

suspender la exhibición, circulación y venta de aquel libro en todo el territorio nacional, medida que fue reiterada en sentencia dictada por el mismo juzgado el 10 de mayo de 2002 y confirmada en sentencia de segunda instancia, proferida el 18 de junio de ese mismo año, por el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali.

Según el demandante, la parte demandada vulneró su derecho de libertad de expresión y omitió decretar una caución que garantizara el pago de los perjuicios que pudieran derivarse de la medida cautelar ordenada en el trámite de esa tutela, lo cual le produjo un detrimento patrimonial de orden material y moral que debe ser indemnizado, pues la Corte Constitucional, en sede de revisión, mediante sentencia T-213 del 8 de marzo de 2004, revocó las sentencias de tutela recién mencionadas (f. 853 a 889 y 895 a 908, c. 1A).

2. Mediante autos del 16 de marzo de 2006 y del 11 de septiembre del mismo año, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y su aclaración. Dichas providencias se notificaron en debida forma a las demandadas (f. 892 a 893 y 910 a 911, c. 1A).

3. La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma, con fundamento en que, a su juicio, no hubo defectuoso funcionamiento en la administración de justicia que dé a lugar a declarar la responsabilidad del Estado, pues, si bien es cierto que, según la Corte Constitucional, las sentencias proferidas en la acción de tutela impetrada en contra del acá demandante fallaron jurídicamente, también es cierto que éstas se dictaron con respeto al debido proceso y al derecho de defensa, y se soportaron en normas sustantivas y procesales vigentes. Finalmente, propuso como excepciones la innominada o genérica, la inexistencia de perjuicios y el cobro de lo no debido (f. 923 a 931, c. 1).

4. Vencido el período probatorio, el cual fue abierto mediante auto del 9 de febrero de 2007, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 933 a 934 y 997, c. 1).

5. El demandante reiteró los supuestos fácticos que dieron lugar a esta acción e insistió en que el Estado debe reparar los perjuicios alegados, pues, según él, éstos devinieron del error jurisdiccional y del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (f. 1018 a 1023, c. 1).

La Fiscalía General de la Nación manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la acción de tutela en contra del señor Luis Armando Carpio Caicedo fue formulada por una funcionaria suya que actuó a nombre propio y no en representación del organismo; en consecuencia, alegó que no se le puede endilgar falla alguna ni mucho menos el deber de responder por el daño causado al demandante (f. 1002 a 1004, c. 1).

La Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial ratificó todos los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la contestación de la demanda (f. 1024, c. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 28 de noviembre de 2008, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que los fallos de primera y segunda instancia que resolvieron la tutela impetrada en contra del acá demandante se fundaron en la interpretación autónoma de los jueces respecto de la norma aplicable al caso concreto, de tal manera que, si la Corte Constitucional no compartió el alcance que ellos le dieron a las disposiciones legales en aquel asunto, ello no se puede entender como una vía de hecho.

Al respecto, el *a quo* concluyó lo siguiente (se transcribe como obra en el expediente, incluso con errores):

“Para la configuración de una vía de hecho dentro de una actuación judicial, debe presentarse una operación material o un acto que supere el ámbito de la decisión, un juicio sobre la actuación que desnaturaliza su carácter jurídico y una grave lesión o amenaza de un derecho fundamental, aspectos que no se observan en el presente asunto, toda vez que, como ya se dijo, las diferentes interpretaciones que efectúa el juez, respecto de la normatividad aplicable para decidir un caso concreto no constituyen por sí solas una vía de hecho.

“(…)

“No sobra por demás advertir, que los Juzgados de instancia apreciaron los hechos de acuerdo con las pruebas que en ese momento tenían a su alcance, pues no se puede pasar por alto que el trámite de la Tutela es mediante un procedimiento preferente, sumario, acelerado y estos jueces

no podían tomarse todo el tiempo para recolectar pruebas y fallar (como lo hace la H. Corte) porque su obligación, so pena de sanciones, es resolver en un término máximo de diez días, contados a partir de la fecha de la solicitud; trámite que las instancias debieron acatar conforme al ordenamiento jurídico, es así que a todas luces la H. Corte Constitucional contó con un término mucho más amplio para recaudar pruebas a través de diferentes instituciones para tener una apreciación diferente, que cambió el contexto fáctico del caso concreto sometido a su conocimiento, y que llevo a tomar una nueva decisión de fondo.

“Por lo anterior, para la Sala no es de recibo el argumento sobre el cual se edificó la demanda, consistente en que al haberse producido la revocatoria de las providencias de Tutela, como consecuencia de la revisión por la H. Corte Constitucional, haya existido un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por error jurisdiccional” (f. 1033 a 1050, c. ppl.).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Encontrándose dentro de la oportunidad legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación.

A su juicio, del fallo proferido por la Corte Constitucional es posible advertir que el proceso que se adelantó en su contra y las decisiones adoptadas con ocasión del mismo le produjeron un daño antijurídico, en la medida en que le vulneraron el derecho de libertad de expresión; no obstante, esto no fue tenido en cuenta por el Tribunal de primera instancia.

Afirmó, contrario a lo que se concluyó en la sentencia impugnada, que es evidente que los jueces que resolvieron la tutela incoada en su contra incurrieron en una vía de hecho, toda vez que desconocieron categóricamente normas elementales de derecho procesal, al ordenar la práctica de una medida cautelar, sin que mediara sentencia condenatoria previa ni la orden de la prestación de una caución, a través de la cual se le garantizara el pago de eventuales perjuicios derivados de tal medida.

Añadió que la posición del Tribunal resulta insostenible, toda vez que, en la sentencia apelada, éste reconoce que en las decisiones de los jueces de tutela se incurrió en error de derecho, no obstante lo cual concluye que no se configuró una falla en el servicio de la administración de justicia por error jurisdiccional.

De conformidad con dichas razones, insistió en que el Tribunal se equivocó al

considerar que las decisiones judiciales dictadas con ocasión de la mencionada tutela representaron actos normales y legales de la administración de justicia, pues, a su juicio, esa afirmación no se acompasa con la realidad procesal, en la medida en que resultó de bulto que se incurrió en una anomalía al decretar la medida cautelar respecto de la publicación del libro escrito por él (f. 1058 a 1072, c. ppl.).

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se concedió el 12 de febrero de 2009 y se admitió en esta Corporación el 31 de marzo del mismo año (f. 1056 a 1057 y 1076, c. ppl.).

El 11 de mayo de 2009, se corrió traslado a las partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para que rindiera concepto (f. 1078, c. ppl.).

En esta etapa, la Fiscalía General de la Nación sostuvo que, de conformidad con los supuestos fácticos de la demanda y el material probatorio, no puede estructurarse una falla en el servicio o un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que comprometa su responsabilidad patrimonial; en consecuencia, solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia (f. 1080 a 1083, c. ppl.).

El Ministerio Público manifestó que comparte la decisión del Tribunal de primera instancia, en la medida en que la decisión de la Corte Constitucional no invalidó ni descalificó las decisiones de los Jueces 30 Penal Municipal de Cali y 12 Penal del Circuito de Cali, sino que se trató de interpretaciones diferentes y no por ello menos válidas, máxime que estuvieron debidamente sustentadas, basadas en normas vigentes, ajustadas al acervo probatorio y respetando los derechos fundamentales de las partes (f. 1097 a 1109, c. ppl.).

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado¹, sin tener en cuenta la cuantía del proceso.

2. Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia

Antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991, la Sección Tercera del Consejo de Estado distinguió entre lo que denominó: *i)* responsabilidad derivada de la administración de justicia, que la asimiló a una falla en la prestación del servicio y consideró, por ejemplo, que había lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos de los secuestres que ocasionaran grave deterioro a los bienes, o por sustracción de títulos o bienes que se encontraran bajo custodia de las autoridades judiciales²; y, *ii)* responsabilidad derivada del error judicial, la cual en un principio fue rechazada por la jurisprudencia de esta Corporación, bajo el entendido de que, en los eventos en los cuales los funcionarios judiciales incurrieran en errores en desarrollo de su actividad de los que se derivaban daños para los administrados, quien comprometía la responsabilidad era el propio funcionario judicial y no el Estado, idea bajo la cual se entendió que admitir la responsabilidad derivada del error judicial implicaría el desconocimiento del principio de cosa juzgada, en cuya virtud no es posible que un aspecto ya decidido por el juez sea fallado nuevamente, de tal suerte que los daños causados como consecuencia de ese error judicial únicamente comprometían la responsabilidad personal del funcionario judicial, en los términos del artículo 40 del Código de Procedimiento Civil³, esto es, cuando fueran causados como consecuencia de un error inexcusable.

De manera excepcional, la Corporación llegó a reconocer la responsabilidad de la administración de justicia en aquellos eventos en los que el funcionario judicial, aún en el ejercicio de sus funciones, incurría en una vía de hecho y causaba lesión a una de las partes, sus apoderados, un auxiliar de la justicia o un tercero⁴.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 9 de septiembre de 2008 (expediente 2008 00009).

² Ver, entre otras: sentencias de 10 de noviembre de 1967 (expediente 868); de 31 de julio de 1976 (expediente 1808) y de 24 de mayo de 1990 (expediente 5451).

³ El artículo 40 del C.P.C. disponía: "*Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos: 1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad. 2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto. 3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer*". En sentencia C-244A de 30 de mayo de 1996, la Corte Constitucional declaró que esta norma fue subrogada por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia que reguló totalmente el tema.

⁴ Sala Plena, sentencia de 16 de diciembre de 1987 (expediente R-01).

Pues bien, la Constitución Política establece como regla de principio la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de todas las autoridades públicas, incluidas, por supuesto, las judiciales; así, en una decisión de 22 de julio de 1994, expediente 9043, la Sección Tercera aseguró que, en aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, no existía duda alguna en torno a que los errores judiciales podían ser fuente de reclamaciones por quienes resultaran dañados o perjudicados con ellos, independientemente de la responsabilidad que pudiera recaer sobre el funcionario judicial.

En los artículos 232 y siguientes del Decreto 2700 de 1991 –antiguo Código de Procedimiento Penal–, fue consagrada la acción de revisión, a través de la cual se contempló la posibilidad de reabrir un juicio ya clausurado, cuando se hubiera incurrido en error judicial. Dicha acción constituye una excepción a la intangibilidad de la cosa juzgada. A su turno, el artículo 242 del mismo ordenamiento consagró el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el proceso penal, aspecto frente al cual la Sección Tercera ha declarado la responsabilidad de la Administración, sin dificultad alguna⁵.

Posteriormente, la Ley 270 de 1996 – Estatutaria de la Administración de Justicia – reguló ampliamente el tema de la responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento de esta Rama del Poder Público, así como el de la responsabilidad personal de sus funcionarios y empleados judiciales.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado se establecieron tres supuestos: el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad. En todo caso, conviene precisar que, aún con anterioridad a la expedición de la Ley Estatutaria, la jurisprudencia de esta Corporación había distinguido ya entre el contenido del error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia.

En cuanto a la configuración del primero de estos, es decir, del error jurisdiccional, la mencionada ley estatutaria dispone que es necesario que concurren los

⁵ Ver: sentencias de 30 de mayo de 2002 (expediente 13.275) y de 14 de agosto de 1997 (expediente 13.258).

siguientes elementos: *i)* que el error esté contenido en una providencia judicial, *ii)* que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y *iii)* que el afectado haya interpuesto contra la citada providencia los recursos procedentes. Es preciso anotar que se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho.

Esta clase de responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia⁶. El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma precedente; además, deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las providencias que contraríen el orden constitucional⁷.

No es necesario que la providencia sea constitutiva de una vía de hecho, esto es, que se trate de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que obedezca a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, como lo entendió la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 66 de la Ley 270 de 1996⁸, porque ello implicaría desconocer la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto dicha disposición prevé que se debe indemnizar todo daño antijurídico que llegue a ocasionarse, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa⁹.

Dado que el artículo 90 de la Constitución de 1991 y la Ley 270 de 1996 conciben el error judicial de una manera objetiva, para su configuración basta que la providencia que lo contenga cause un daño antijurídico y que éste resulte imputable a la administración de justicia, pues la noción de culpa grave o dolo queda diferida a los eventos en los que se pretenda demostrar la responsabilidad personal del funcionario.

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, se produce en las actuaciones

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2007 (expediente 15.528).

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de agosto de 1997 (expediente 13.258).

⁸ Sentencia C-037 de 1996.

⁹ Sentencia de 4 de septiembre de 1997 (expediente 10.285).

judiciales –distintas a la expedición de providencias– necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de estas últimas.

Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Pueden provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales; en efecto, en relación con las acciones u omisiones de estos últimos particulares, colaboradores de la justicia, el Consejo de Estado ha señalado que, cuando con unas u otras se causen daños antijurídicos, se deriva la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios.

Así lo dispuso el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 que, en desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política, reguló la responsabilidad del Estado y la de sus funcionarios y empleados judiciales, en los siguientes términos:

“ART. 65.- DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

Al respecto, esta Corporación también ha dicho:

“Así las cosas, la actividad judicial de los auxiliares de la justicia, en detrimento de los deberes que la constitución y las leyes les impone (sic), bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, no solamente su responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros. Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes. Claro está, que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, así lo sea transitoriamente aquél deber (sic) repetir contra éste, según claras voces del art. 90 Constitución Nacional”¹⁰.

En estos casos, ese detrimento debe ser acreditado, no sólo porque no siempre la

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de noviembre de 1991 (expediente 6380).

falla en la prestación del servicio de administración de justicia genera un daño antijurídico sujeto a resarcimiento, sino porque, aún cuando no es un elemento suficiente para construir la imputabilidad que se pretende, es a partir del mismo que el análisis de la falla alegada por quien demanda y la relación de causalidad cobran importancia, porque “si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil”¹¹.

Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, inclusive antes, como se anotó, y de la Ley 270 de 1996, el Estado está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, esto es, que se haya causado un daño antijurídico, que éste resulte imputable a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial y que exista un nexo causal entre el primero y el segundo.

3. Valoración probatoria y caso concreto

Según las pruebas documentales aportadas al proceso, la señora Elizabeth Alcalá Jiménez formuló acción de tutela en contra de Luis Armando Carpio Caicedo, al considerar que el libro por él publicado (“La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”) vulneró sus derechos fundamentales al buen nombre y a la honra (f. 58 a 79, c. 1).

Se probó que, mediante providencia del 29 de abril de 2002, el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali, en atención al artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, estudió la viabilidad de aplicar una medida provisional de protección de derechos, toda vez que así lo solicitó la señora Alcalá Jiménez en la tutela incoada; al respecto, resolvió, en síntesis, lo siguiente (se transcribe como obra en el expediente, incluso con errores):

“Tenemos entonces que con las manifestaciones que el accionado CARPIO CAICEDO ha plasmado en su libro 'La corrupción de la justicia en Colombia – Proponen Robo al Estado', pretende enlodar la ética y la honorabilidad de la doctora ALCALA JIMENEZ, y en aras a no ir a afectar mayormente sus derechos constitucionales fundamentales al buen nombre

¹¹ HENAO, Juan Carlos: “El daño. análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 36.

y a la honra, conforme la solicitud de medida provisional que se ha solicitado, que es deber de esta juez de tutela entrar a proteger tales derechos, procediendo a tomar medidas provisionales, en aras de menguar los efectos de la acción violatoria en que ha incurrido el demandado en su publicación, al menos hasta que se recaude la prueba necesaria para emitir el fallo de tutela que corresponda.

“Teniendo en cuenta la solicitud y lo obrante dentro del corto trámite adelantado, encuentra esta instancia viable entrar a dar aplicación a lo preceptuado en el Art. 7 del Dcto 2591 de 1991, por cuanto con la edición y publicación de los cinco mil (5000) ejemplares del plurimentado libro se estaría afectando el buen nombre y la honra de la doctora ELIZABETH ALCALA JIMENEZ, dado que allí el autor del mismo la tilda de corrupta y crudamente da a entender que en el proceso que ella conoció e instruyó, favoreció a la firma Thomas Greg & Sons de Colombia. Por consiguiente considera esta juez de tutela pertinente tomar como medida provisional a efecto de proteger, preservar o garantizar la tutela del derecho al buen nombre y a la honra conculcados, ordenar lo siguiente:

“(…)

“**Segundo:** Oficiar al Gerente de la LIBRERÍA NACIONAL en la ciudad de Cali, a efectos de que en forma inmediata suspenda la exhibición y venta en esta ciudad del libro 'La corrupción de la justicia en Colombia – Proponen Robo al Estado', de la autoría de LUIS ARMANDO CARPIO CAICEDO, en la sede principal y en todas las demás sucursales que tenga esa entidad en esta ciudad y así mismo por su conducto, impartir la directriz en igual sentido a las sucursales de todo el país.

“**Tercero:** Oficiar a los organizadores de la FERIA INTERNACIONAL DEL LIBRO que en la actualidad se desarrolla en la ciudad de Santafé de Bogotá D. C., para que en forma inmediata suspenda (sic) la exhibición, circulación y venta en dicho evento del aludido libro.

“**Cuarto:** Notifíquesele a las empresas editoriales 'PUBLICACIONES UNIVERSITARIAS' o 'EDICIONES UNIVERSITARIAS' y 'EDICIONES JURIDICAS GUSTAVO IBAÑEZ', la iniciación de este proceso de tutela, e igualmente solicíteles que en forma inmediata suspendan la exhibición, distribución y comercialización del libro citado en precedencia” (f. 149 a 157, c. 1).

Se demostró también que Luis Armando Carpio Caicedo, a través de apoderado judicial, formuló recurso de reposición en contra del anterior auto, por considerar que éste no se ajustó a derecho, en la medida en que el juez de tutela, al decretar la medida provisional, debió exigir a la accionante el pago de una caución; no obstante, mediante auto del 8 de mayo de 2002, el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali lo rechazó por improcedente (f. 176 a 211, c 1).

Mediante fallo de tutela del 10 de mayo de 2002, el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali ordenó la suspensión inmediata de la exhibición, circulación y venta del

libro "La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado" y el decomiso de todos los ejemplares que se encontraran en el mercado de todo el territorio nacional. Como fundamento de la decisión, sostuvo lo siguiente:

"(...) debemos manifestar que de las pruebas aportadas por la parte actora, en especial el ejemplar del plublicado libro 'La corrupción de la justicia en Colombia – Proponen Robo al Estado', se establece fehacientemente la flagrante vulneración del derecho al buen nombre y a la honra de la doctora ELIZABETH ALCALA JIMENEZ, y llegamos a tan lógica conclusión por cuanto el accionado LUIS ARMANDO CARPIO CAICEDO, en dicha obra hace manifestaciones que ciertamente ponen (sic) entredicho la ética, honorabilidad, honradez y profesionalismo de la aludida funcionaria judicial, dado que la describe como una funcionaria corrupta, que dentro del proceso penal que ella instruyó y dentro del cual él era denunciante y ofendido, cometió irregularidades para favorecer a la firma THOMAS GREG & SONS, TRANSPORTADORA DE VALORES S.A., que estaba vinculada a la misma investigación en calidad de tercero civilmente responsable; afirmaciones que se traducen en una acusación de trasgresión a los tipos penales de Prevaricato por Acción y Favorecimiento, previstos en los artículos 413 y 446 de la actual codificación penal, respectivamente.

"(...)

"Pero todo no queda allí, CARPIO CAICEDO dedica en su libro un capítulo especial a la doctora ALCALA JIMENEZ, más concretamente el capítulo octavo, titulado 'LA HONORABLE' SEÑORA FISCAL 41 DE CALI – DRA. ELIZABETH ALCALA JIMENEZ' en cuyo contenido es evidente su actitud ofensiva hacia la accionante; pues por una parte, de manera tendenciosa hace comentarios de actuaciones procesales, en los que da a entender que éstas son irregulares, cuando en realidad no lo son, por cuanto se desarrollaron conforme a la norma procedimental penal.

"(...)

"LUIS ARMANDO CARPIO CAICEDO en la presentación del libro tantas veces mencionado, expresa que en ejercicio pleno de las facultades ciudadanas, que le otorgan la constitución y la ley, su objetivo principal al publicar el mismo es el de dar a conocer, de primera mano, a la opinión pública, sin callar, ocultar o transigir ante la verdad, unos hechos de corrupción, que señalan el grado de descomposición moral de los administradores de justicia de Colombia, sin que tenga de tales afirmaciones pruebas concretas que soporten su decir, empero descaradamente lanza improperios contra la señora fiscal en comentario y en general con (sic) todos los administradores de justicia, los que según él, no tenemos ningún órgano de control" (f. 219 a 241, c. 1).

Comoquiera que el señor Luis Armando Carpio Caicedo impugnó dicha sentencia, el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali, mediante providencia del 18 de junio de 2002, encontró acertada la decisión de primera instancia, acogió las motivaciones que la sustentaron y confirmó la orden impartida en el fallo apelado, pues consideró que éste se ajustó a la Constitución, a la ley y a la jurisprudencia; en

consecuencia, remitió el proceso a la Corte Constitucional, corporación que, por auto del 12 de agosto de 2002, seleccionó el asunto para su revisión (f. 225 a 277, 336 a 367 y 397 a 402, c. 1).

Mediante sentencia T-213 del 8 de marzo de 2004, la Corte Constitucional revisó los fallos de primera y segunda instancia dictados en la acción de tutela incoada en contra del acá demandante y revocó las decisiones en ellos contenidas, así como aquella dispuesta en el auto del 29 de abril de 2002, arriba transcrita. Como fundamento de esta decisión, la Corte concluyó, en síntesis, lo que pasa a verse:

“Leyes de desacato.

“(…)

En el ámbito jurídico, la construcción de una dogmática y una doctrina jurídica implica la posibilidad de cuestionar las decisiones judiciales. Más aún, la imposibilidad de cuestionar o criticar al Estado, sea el ejecutivo, el legislador o la judicatura, impide el ejercicio de la libertad de pensamiento y la formación científica en la sociedad.

“En suma, conduce a la consideración del ser humano como una suerte de autómeta, sujeto a las directrices del Estado. Desaparece, así, cualquier asomo de autonomía y de dignidad humana.

“Por otra parte, las leyes de desacato de la naturaleza propuesta, (sic) parten de la idea de que la administración de justicia (o el resto del Estado) es titular del derecho al buen nombre; simplemente existe, como se ha dicho, un interés constitucionalmente legítimo en proteger la confianza de los ciudadanos en la recta administración de justicia.

“De allí que, (sic) sólo cuando la opinión tenga por objeto específico minar dicha confianza podrá el Estado legítimamente imponer restricciones proporcionadas al ejercicio de la libertad de opinión. Pero tal afectación de la confianza no puede evitarse cuando es consecuencia de la valoración de hechos que involucran a la administración de justicia, de sus decisiones o si se trata de una percepción generalizada en la población. Así, si la sociedad o una persona consideran que una institución que participa en el proceso de administración de justicia no es digna de merecer confianza, no puede impedirse la publicación o emisión de opiniones que tengan como consecuencia criticar una determinada institución.

“De igual manera, si se llega a la conclusión, a partir de la valoración de determinados hechos, como la filiación política de los jueces, sus estudios, las preferencias personales, etc., que la administración de justicia no ofrece garantías de confianza, no puede impedirse la emisión de tales opiniones.

“Precisamente, tales opiniones tienen por objeto generar un consenso en la necesidad, bien sea de cambio en la administración de justicia o de mantener dicho estado de desconfianza.

“ (...)

“Primera aproximación al caso concreto.

“ (...)

“La obra trata de denunciar una serie de hechos que el demandante considera constituyen un fenómeno de corrupción en la administración de justicia. Aunque el libro se centra en la descripción de lo ocurrido en un proceso penal que se inició como consecuencia de una denuncia formulada por el autor, el análisis va más allá de la mera descripción de lo acaecido en el proceso penal.

“La ecuación que formula el autor en el libro se puede resumir de la siguiente manera: (i) una empresa privada tiene suficiente poder para alterar el curso de los procesos penales; (ii) dicho poder es producto de las relaciones que mantienen sus propietarios con altos dignatarios del Estado, entre ellos el Presidente de la República y el Fiscal General de la Nación; (iii) como consecuencia de dicho poder, logra que procesos penales en los cuales puede considerarse como civilmente responsable, o bien no se le vincule, o que el caso no se resuelva de fondo debido a la prescripción de la acción penal y, (iv) termine el Estado colombiano asumiendo los costos del daño causado y que se buscaba reparar en el proceso penal.

“Esta ecuación se observa en la distribución propia del libro, que comienza con una descripción de la empresa y sus dueños; con una explicación de las relaciones que la empresa y los dueños mantienen con los altos funcionarios; sigue con la descripción de lo ocurrido en el proceso penal y (sic) consideraciones sobre las consecuencias derivadas de decretar la prescripción de la acción penal.

“Así, resulta claro para la Corte que el autor no escribió una obra dirigida a atacar a la demandante, sino a cuestionar la actuación de la justicia misma. Sólo el contexto global de la obra permite observar lo anterior.

“ (...)

“Expresiones emitidas y que son demandadas.

“ (...)

“39.1 En los fundamentos 27 y siguientes de esta providencia se analizó cómo no es posible reducir el reproche a lo jurídicamente inadmisibles. En esta oportunidad, el demandado ha hecho una crítica, por demás severa, en contra de lo ocurrido dentro del proceso penal. Tal crítica no se apoya en la corrección o no del procedimiento seguido. Por el contrario, el reproche se basa en la consideración de que la empresa podría resultar afectada y, gracias a su poder, alteró el curso del proceso. Incluso, podría señalarse que se trata de expresiones exageradas.

“Críticas de este tipo han de soportarse en una democracia constitucional. Por ello se avanzó sobre la imposibilidad de que se prohíba o restrinja el ejercicio de la libertad de opinión respecto de la administración de justicia misma. La cuestión es cuál debe ser el límite de la libertad de expresión.

Para la Corte, dicho límite se define con base en la plausibilidad (la Corte advierte que no se trata de corrección) de tales opiniones a partir del contexto descrito. Según se ha precisado en la sentencia C-489 de 2002, la afectación del buen nombre parte de informaciones falsas o erróneas, que (sic) distorsionan el concepto público sobre un individuo. También se indicó que bajo el amparo del derecho al buen nombre, las opiniones meramente insultantes, (sic) están proscritas (fundamento 15).

“ (...)

“Se ha puesto en duda, no a manera de insulto u ofensa en contra de la fiscal, su comportamiento dentro del proceso. La duda surge de la existencia de una serie de hechos, dentro y fuera del proceso, que en últimas conducen a cuestionar toda la administración de justicia. Así, si bien es claro que el autor tiene por objetivo cuestionar a la Fiscal y criticar su labor en el proceso penal, las opiniones manifestadas y las críticas y dudas emitidas, se encuentran constitucionalmente protegidas.

“ (...)

“Si bien no existe una 'plena prueba' de la capacidad directa de la empresa para afectar el transcurso del proceso, si (sic) existen elementos de juicio que le permiten al demandado, de manera plausible, inferir tal poder¹². Es posible que éste hubiera exagerado en los alcances del poder de la empresa. Sin embargo, los medios de comunicación ya habían cuestionado al Fiscal General por sus nexos con empresarios¹³. De allí que la exageración no pueda reputarse como producto de la intención de insultar u ofender en manera grave.

“ (...)

“Resulta claro para la Corte que nuevamente el autor parte de la existencia de una compleja relación de poder que afecta a la Fiscalía. Producto de tal relación de poder, quien se enfrenta a los intereses de la empresa, recibe una “sanción” –en este caso traslado -. Bajo este contexto, no resulta desatinado sostener que por corrupción o falta de imparcialidad, se adopta una decisión de archivo de un proceso penal. Puede resultar completamente exagerado señalar que la Fiscal actuó de manera parcializada, pero no puede calificarse como un ejercicio abusivo de la libertad de opinión, y mucho menos considerar que la interpretación que el demandado hizo de tales hechos (a los que se suma (sic) los argumentos de la decisión), (sic) tengan (sic) por propósito exclusivo dañar el buen nombre de la demandante. Claramente no ha intentado insultarla u ofenderla, tampoco se desprende que le impute un hecho punible.

“La expresión contenida en el numeral 2.2.1, consistente en colocar en comillas la palabra honorable, adquiere, conforme a lo anterior, un sentido distinto. Es claro que el demandante cuestiona la honorabilidad de la funcionaria, pero dicho cuestionamiento es producto del análisis que el autor hace. Por lo mismo, se encuentra constitucionalmente protegida.

¹² En el ámbito europeo, ver las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *De Haes and Gijssels v. Bélgica* y *Perna v. Italia*

¹³ En el libro aparece copia de una publicación de un conocido medio de comunicación, en el cual uno de sus periodistas reseña los cuestionamientos de otros medios de comunicación conocidos y ofrece su perspectiva personal.

“Medida cautelar.

“41. El juez *a quo* dictó orden para impedir la circulación y venta del libro. Tal decisión se adoptó durante el proceso, antes de escuchar los argumentos del demandado y, claramente, antes de dictar sentencia.

“El artículo 20 de la Constitución prohíbe la censura. Por su parte, el artículo 13 del Pacto de San José señala que está prohibida la censura previa y que el ejercicio de este derecho sólo está sujeto a 'responsabilidades ulteriores'.

“El privilegio *prima facie* del derecho a la libertad de opinión, (sic) implica que (sic) mientras no se determine claramente que las expresiones emitidas constituyen un ejercicio abusivo de éste y violatorio de derechos fundamentales, se mantiene la protección de las opiniones. Existe, en este orden de ideas, una presunción de conformidad con la Constitución de toda opinión, la cual ha de ser protegida mientras no se adopte decisión judicial.

“Censura es una supresión de la libertad de expresión. Ordinariamente ocurre cuando (sic) previo a la publicación de la información o la opinión, esta es evaluada por la autoridad y, a partir de ello (sic) se emite autorización para su publicación (en el sentido de emitir) final. Sin embargo, existen formas más sutiles de censura. No sólo a través de presiones directas o indirectas por parte del Estado.

“Se incurre en censura cuando, sin haberse establecido responsabilidad, se impide que continúe (sic) circulando información u opiniones. Al establecerse la responsabilidad, desaparece la presunción de constitucionalidad de la emisión y, por lo tanto, el Estado está en el deber de proteger en sus derechos a la persona afectada por la información o la opinión.

“De allí que por regla general, constituye una forma de censura retirar de circulación o impedir la publicación de una obra, **sin que medie sentencia judicial previa** que señale que en ella se incurre en violación de los derechos fundamentales de una persona.

“Por lo tanto, la medida adoptada por el juez *a quo*, con el objeto de proteger los derechos de la demandante, implicó una restricción inconstitucional de los derechos del demandado y, por lo mismo, será revocada.

“(…)

“Conclusión.

“47. En conclusión, la Corte observa que en el presente caso:

“a) Se censuró la obra 'La corrupción de la justicia en Colombia –Proponen robo al Estado-', al dictarse una medida cautelar sin que se estableciera responsabilidad previa alguna.

“b) No existen en Colombia leyes de desacato y, por lo mismo, es absolutamente legítimo que los ciudadanos critiquen y juzguen la actuación de las entidades estatales.

“c) No existió amenaza o violación del derecho al buen nombre de la demandante, pues las opiniones expresadas por el demandado, a pesar de ser fuertes y, posiblemente, exageradas, resultan plausibles a partir de la investigación y la descripción de los hechos en la obra. Además, no existe elemento alguno que permita inferir con una alta probabilidad, que el demandado difundió información falsa o inexacta como base para emitir sus opiniones.

“d) No existió amenaza o violación del derecho a la honra de la demandante, pues las opiniones expresadas no tuvieron como objetivo la personalidad de la fiscal, sino su conducta exterior como funcionaria del Estado colombiano.

“e) Las expresiones emitidas por el demandante constituyen un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, en particular, del derecho de opinión” (f. 759 a 803, c. 1).

Como ya se ha dicho, el actor acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la acción de reparación directa, con el fin de que la Administración repare los perjuicios que, según su dicho, se derivaron del daño consistente en la vulneración del derecho a la libertad de expresión, a lo cual agregó que la medida de suspensión de la exhibición, publicación, distribución y comercialización de un libro de su autoría se profirió sin la orden previa de pago de una caución que garantizara los posibles perjuicios derivados de ésta.

Pues bien, de conformidad con el material probatorio allegado al proceso, está demostrado que, mediante auto del 29 de abril de 2002, proferido en el trámite de la acción de tutela promovida en contra del acá demandante, se impuso una medida provisional en el sentido de suspender toda actividad comercial del libro por él publicado, decisión que fue confirmada en los fallos de primera y de segunda instancia emitidos por el Juzgado 30 Penal Municipal de Cali y el Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali.

Al respecto, obran en el expediente certificados en los que consta que algunas librerías de Cali y Bogotá¹⁴ vendieron, durante el año 2002, la publicación de Luis Armando Carpio Caicedo titulada “La corrupción de la Justicia en Colombia – proponen robo al Estado”. También obra en el proceso el acta de diligencia del 29 de mayo de 2002, en la que consta que un grupo de funcionarios de Contravenciones Especiales y Delitos Varios de la Sección de Investigación del CTI de Cali realizó la diligencia de decomiso del libro censurado (f. 371 y 372, c. 1).

¹⁴ Librería Gustavo Ibáñez, de Bogotá; librería y distribuidora Lerner, de Bogotá; Publicaciones Universitarias Ltda., de Cali (f. 4 a 6, c. 1).

Ahora bien, de conformidad con los fundamentos de la sentencia T-213 de 2004 recién transcrita, por medio de la cual la Corte Constitucional, en sede de revisión, revocó las decisiones del Juzgado 30 Penal Municipal de Cali y del Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali, por medio de las cuales se restringió toda actividad comercial del libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, para la Sala es evidente que el actor sufrió un daño antijurídico por cuanto la prohibición de la divulgación y de la venta de una obra escrita por él le afectó su derecho constitucional a la libertad de expresión, máxime que, como lo concluyó aquella Corte, se trató de una restricción y censura inconstitucional que, por lo tanto, le impuso una carga que no estaba en el deber de soportar y que, en esa medida, genera responsabilidad patrimonial imputable al Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, a título de error jurisdiccional.

Ahora, comoquiera que el actor consideró que la medida provisional de restricción a la divulgación de su libro debió aplicarse previa orden y pago de una caución que garantizara los posibles perjuicios derivados de aquella, la Sala considera apropiado traer a colación el artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, que faculta al Juez de tutela a imponer medidas provisionales, en los siguientes términos:

“ART. 7- Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

“Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

“La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

“El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

“El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado”.

De la lectura del mencionado artículo es posible concluir, con claridad meridiana,

que el legislador habilitó al juez de la acción de tutela para imponer una medida provisional, a través de la cual suspenda el acto que considere amenazante del derecho cuya protección persigue el demandante; sin embargo, la norma no condiciona esa facultad del funcionario judicial al requerimiento de la prenda sugerida por el actor, pues se trata de una orden que debe responder a la urgencia y a la necesidad del caso concreto.

En esa medida, al no exigir el Decreto 2591 de 1991 el otorgamiento de caución para la concesión de una medida cautelar en el trámite de una demanda de tutela, mal puede afirmarse que el hecho de no exigirla constituye una falla atribuible a la parte demandada; sin embargo, ello no obsta para proferir una sentencia condenatoria a favor del demandante, pues, como ya se advirtió, el señor Luis Armando Carpio Caicedo sufrió un daño antijurídico como consecuencia de la restricción a su derecho de libertad de expresión, medida que se impuso, según la sentencia T-213 de 2004 atrás transcrita en lo pertinente, en contravía de las disposiciones constitucionales que protegen ese derecho.

4. Indemnización de perjuicios

4.1 Perjuicios morales

En lo que se refiere a perjuicios inmateriales, que abarcan el aspecto interno del individuo y la afección directa a sus sentimientos como la congoja o la tristeza, cuando hay afectación del patrimonio económico de la parte demandante, la Sala accede a su reconocimiento siempre y cuando se demuestre que esos perjuicios fueron de una proporción o intensidad tal que lo amerite. Comoquiera que, en este caso, no obra elemento alguno de convicción que pruebe el perjuicio moral que el demandante aseguró haber padecido, no habrá lugar a su indemnización.

4.2 Perjuicios materiales

Daño emergente

El señor Luis Armando Carpio Caicedo no acreditó la pérdida económica o el empobrecimiento que supuestamente sufrió, con ocasión de la medida impuesta en el trámite de la tutela formulada en su contra; en consecuencia, la Sala no

accederá a su reconocimiento.

Lucro cesante

Está demostrado en el proceso que el señor Luis Armando Carpio Caicedo suscribió un contrato de distribución¹⁵ con Publicaciones Universitarias Ltda., por medio del cual se obligó a entregarle a esta última 5000 ejemplares del libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, con el fin de que esa empresa se encargara de venderlos, en forma exclusiva y a un precio por unidad del \$39.900, en todo el territorio colombiano y en los países con los que tuviera relaciones comerciales; además, en el contrato se pactó que el señor Carpio Caicedo otorgaría un descuento del 50% a la comercializadora del libro, sobre el precio de venta al público.

Según Publicaciones Universitarias Ltda., entre abril y mayo de 2002 se vendieron 3587 ejemplares del mencionado libro, venta que reportó \$143'121.300, de los cuales el 50% correspondía al autor (f. 6, c. 1).

Entonces, si bien es cierto que la Rama Judicial incurrió en un error jurisdiccional al imponer, de manera inconstitucional, una medida restrictiva al derecho de libertad de expresión del demandante, y que con ella se suspendió todo tipo de comercialización del mencionado libro, también es cierto que, a partir de la sentencia de la Corte Constitucional, se reactivó la libre circulación y venta del mismo, de tal manera que, si se dejaron de vender 1413 ejemplares -según se deduce del certificado de ventas de Publicaciones Universitarias Ltda.-, su comercialización pudo realizarse con posterioridad al fallo de la Corte.

No obstante, habida cuenta que no hay certeza sobre ello, es decir, que se desconoce si el demandante vendió los 1413 ejemplares después de proferida la sentencia de la Corte Constitucional, para la Sala no es posible determinar, de manera concreta y precisa, si don Luis Armando sufrió un lucro cesante con ocasión de la medida provisional; pero, lo que sí resulta evidente es que, en el tiempo en que estuvo vigente la medida de censura, el demandante perdió la oportunidad de distribuir y vender su libro, y es claro que, de no haberse impuesto esa medida, quizá hubiera tenido la posibilidad de vender esos 1413 ejemplares o, incluso, de publicar una nueva edición, máxime que el contrato de distribución, a

¹⁵ F. 15 a 18, c. 1.

pesar de contemplar una duración de un año contabilizado desde el 3 de abril de 2002, dejó abierta la posibilidad de que se renovara automáticamente si las partes no manifestaban su intención de darlo por terminado.

La pérdida de oportunidad, como daño resarcible de carácter autónomo, ha sido analizada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de esta Corporación; al respecto, en sentencia del 3 de abril de 2013¹⁶, la Sala reiteró los criterios expuestos en sentencias del 11 de agosto de 2010¹⁷ y del 7 de julio de 2011¹⁸, así (se transcribe textualmente):

“2.- La ‘pérdida de oportunidad’ o ‘pérdida de chance’ como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones ‘chance’ u ‘oportunidad’ resultan próximas a otras como ‘ocasión’, ‘probabilidad’ o ‘expectativa’ y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto (...) Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta ésta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado;

¹⁶ Expediente 26.437.

¹⁷ Expediente 18.593.

¹⁸ Expediente 20.139.

expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento (...).

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de ‘pérdida de oportunidad’ conviene identificar con la mayor claridad posible sus límites: así, de un lado, en caso de que el ‘chance’ constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del ‘chance’ en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida ‘tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él’, para su determinación (...).”

En relación con el daño indemnizable en los eventos en los que se encuentra acreditada la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

“Tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en

el evento de no haber mediado el hecho dañino”¹⁹.

De conformidad con lo anterior y como no obran en el plenario elementos de juicio que permitan establecer, con base en criterios técnicos, estadísticos y con información objetiva y contrastada, la cuantía del perjuicio sufrido por el demandante como consecuencia de la referida pérdida de oportunidad de vender el libro “La corrupción de la justicia en Colombia – proponen robo al Estado”, la Sala estima, en virtud de: (i) la medida de restricción y de censura, (ii) del principio de equidad -reconocido por el ordenamiento jurídico para efectos de reparar de forma integral²⁰ el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas-, (iii) que no se sabe si -al reanudar la venta- hubiera podido vender o no todos los libros que aún le faltaban por vender (1413 ejemplares) y (iv) la suma que el señor Luis Armando Carpio Caicedo esperaba percibir por la venta de esos 1413 libros, esto es, \$28'189.350, correspondientes al 50% del total de la venta de dichos ejemplares (\$56'378.700), que una suma adecuada por concepto de la pérdida de oportunidad es lo equivalente a 43.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor Luis Armando Carpio Caicedo, toda vez que esta es la cifra se aproxima a la mitad de lo que el demandante habría recibido en el evento de venderse dicha cantidad de libros.

5. Condena en costas

En consideración a que no se evidenció temeridad ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 28 de noviembre de 2008, proferida por el Tribunal

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593.

²⁰ “Artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar:

PRIMERO: DECLÁRASE la responsabilidad de la Rama Judicial, por la pérdida de oportunidad sufrida por Luis Armando Carpio Caicedo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Rama Judicial a pagar la suma de cuarenta y tres punto cinco (43.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor Luis Armando Carpio Caicedo.

TERCERO: ABSTIÉNESE de condenar en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

QUINTO: DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil; para tal efecto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca cumplirá los dictados del artículo 362 del C. de P.C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA