



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D. C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2017-01456-01

Acumulado: 11001-03-15-000-2017-01207-00

**Accionantes: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y REGISTRADURÍA
NACIONAL DEL ESTADO CIVIL**

**Accionados: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN
“A”**

Asunto: Fallo de segunda instancia

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por el apoderado del señor Efrén Antonio Hernández Díaz, en su condición de tercero vinculado, contra el fallo del 20 de septiembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, a través del cual concedió el amparo solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente 11001-03-15-000-2017-01456-01

1.1. La petición de amparo

El Consejo Nacional Electoral, por conducto de apoderado¹, instauró acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, con el propósito de que se amparara su derecho fundamental al debido proceso, que consideró vulnerado con ocasión de la sentencia del 14 de septiembre de 2016², proferida por la referida autoridad judicial en sede del medio de control de reparación directa, identificada con el número de radicación 25000-23-26-000-2006-00313-02.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

¹ A folio 18 del expediente obra poder conferido por el CNE al abogado Renato Rafael Contreras Ortega.

² Vista a folios 181 a 193.



“1. TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

2. DECLARAR que con la Sentencia del 14 de septiembre de 2016 proferida por el CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A, integrada por los Magistrados Marta Nubia Velásquez Rico, Hernán Andrade Rincón y Carlos Alberto Zambrano Barrera, dentro del radicado 25000-23-26-000-2006-00313-02 (39546), se le vulneró el derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

3. ORDENAR que se deje sin efectos la sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A, integrada por los Magistrados Marta Nubia Velásquez Rico, Hernán Andrade Rincón y Carlos Alberto Zambrano Barrera, el día catorce (14) de septiembre de 2016, a fin de que se garantice el debido proceso y el acceso a la justicia.

4. EXONERAR de toda responsabilidad al Consejo Nacional Electoral por las razones que se expondrán.”³

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

1.2. Hechos⁴

- Señaló que el 10 de marzo de 2002 se llevaron a cabo las elecciones para los representantes a la Cámara por el departamento de Casanare, que contó con la participación como candidato del señor Efrén Antonio Hernández Díaz, y en la que resultaron electos los señores Oscar Leonidas Wilches y Javier Enrique Vargas Barragán, según el Acuerdo 001 del 17 de julio de 2002, proferido por el Consejo Nacional Electoral.
- Adujo que el señor Efrén Antonio Hernández Díaz presentó demanda contra el acto de elección bajo cita, y la Resolución 004 del 19 de marzo de 2002 de la Comisión Escrutadora Departamental de Casanare, mediante la cual se excluyeron del cómputo general los pliegos de las mesas 3 y 17 de la cabecera del municipio de Aguazul.

³ Folios 1 a 17 del expediente 11001-03-15-000-2017-01456-01.

⁴ Los antecedentes fueron tomados del proyecto presentado por el Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, el cual fue derrotado en sala del 1º de marzo de 2018.



- Mencionó que esta Sección, en sentencia del 10 de noviembre de 2003, declaró la nulidad de los actos demandados, ordenó la incorporación de las mesas 3 y 17 de la cabecera del municipio de Aguazul, cuyos votos fueron excluidos de manera irregular, y la realización de un nuevo escrutinio.
- Explicó que, realizado el escrutinio en mención, se determinó que el señor Efrén Antonio Hernández Díaz tenía derecho a una curul en la Cámara de Representantes, como resultado de la inclusión de los votos de las mesas excluidas.
- Indicó que el referido representante presentó acción de reparación directa contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, en la que pretendió la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de dichas entidades, por la falla en el servicio derivada de la actuación irregular de la Comisión Escrutadora Departamental de Casanare.
- Agregó que, agotado el trámite correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones, sin embargo, en sede de apelación, la autoridad judicial demandada revocó tal proveído y, en su lugar, accedió al *petitum* de reparación, al considerar que se probó la falla de las entidades demandadas, por la anulación de los actos electorales.

1.3. Sustento de la petición

Advirtió que la decisión bajo cuestionamiento es lesiva del derecho fundamental al debido proceso, en la medida que se atribuyó responsabilidad al Consejo Nacional Electoral, pese a que los hechos que la generaron son atribuibles a los terceros que se desempeñaron como jurados de votación, quienes permitieron la suplantación de electores y excluyeron del escrutinio, de manera irregular, unas mesas de votación.

Refirió que si bien esta Sección encontró irregularidades en el escrutinio, como la exclusión de las mesas de votación 3 y 17, ello no tuvo incidencia en el cambio de los resultados electorales, toda vez que la inclusión de esos votos aumentó la desventaja del



demandante en el proceso ordinario, por lo que la anomalía en mención no tenía incidencia para modificar el resultado electoral y, por lo tanto, para generar un daño.

Explicó que los jurados de votación no tienen una relación de dependencia con el Consejo Nacional Electoral, en la medida que estos son designados y capacitados por un tercero, a saber, la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que si bien hace parte de la Organización Electoral, es autónoma e independiente.

Indicó que para la fecha de la elección, el Consejo Nacional Electoral no tenía competencia para pronunciarse en relación con registros falsos o apócrifos, puesto que sus atribuciones se limitaban a las precisas causales de reclamación previstas en el artículo 192 del Código Electoral.

Advirtió que no se acreditó la producción de un daño antijurídico, por cuanto el mismo se predicó de la declaratoria de nulidad de la elección, sin analizar su origen; más aún cuando las irregularidades del escrutinio fueron cometidas por los jurados de votación, particulares designados por sorteo y que cumplen con autonomía una función pública derivada de la ley.

Sostuvo que si bien la Constitución Política atribuyó al Consejo Nacional Electoral la función de inspección y vigilancia de la Organización Electoral, la misma no ha sido materia de reglamentación, lo que conlleva concluir que, en este caso, no existió omisión alguna por parte de la entidad, de modo que no se le podía endilgar responsabilidad por la presunta desatención de deberes inexistentes.

Indicó que la nulidad del acto de elección no prueba el nexo causal, por cuanto el Consejo Nacional Electoral lo expidió en cumplimiento de un deber legal.

Afirmó que la providencia bajo cuestionamiento adolece de defecto material, pues la Corporación demandada atribuyó el daño con fundamento en un precepto inexistente, el cual consistiría en la *“extensión pública del servicio por parte de particulares que fungen como jurados de votación, cuyas actuaciones serían objeto de*



control por parte del Consejo Nacional Electoral”, sin embargo tal obligación no está prevista en norma alguna.

Expuso que, según la Corte Constitucional⁵, el Consejo Nacional Electoral tiene la función de realizar el control y vigilancia del proceso electoral, pero al no haber norma que consagre la obligación de ejercer control sobre los jurados de votación, no puede endilgarse a la entidad una desatención de deberes.

Advirtió que en la providencia cuestionada se configuró un defecto fáctico, toda vez que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta que la exclusión irregular de las mesas antes referidas, no incidía en el resultado de la elección, puesto que en las mismas se depositaron 51 votos a favor del señor Efrén Antonio Hernández Díaz, mientras que 190 lo fueron en favor de su contendor.

Manifestó que la sentencia bajo reproche incurrió en desconocimiento del precedente de esta Sección, de acuerdo con la cual, para la época de los hechos, las autoridades electorales no podían pronunciarse sobre irregularidades en el proceso de votación o de escrutinio constitutivos de causales de nulidad electoral, por cuanto ello era de competencia exclusiva del juez administrativo⁶.

2. Expediente 11001-22-04-000-2017-01207-00

2.1. La petición de amparo

La Registraduría Nacional del Estado Civil, por conducto de apoderado, instauró acción de tutela contra el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, con el fin de que se protegiera su derecho fundamental al debido proceso, el cual consideró vulnerado con ocasión de la sentencia del 14 de septiembre de 2016, proferida por la referida autoridad judicial en el trámite de la acción de reparación directa con radicación 25000-23-26-000-2006-00313-02.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

“QUE SE DECRETE la protección del derecho fundamental constitucional al DEBIDO PROCESO para la REGISTRADURÍA

⁵ Citó la sentencia C-238 de 2008.

⁶ Citó las sentencias del 23 de septiembre de 2005 (Rad: 3232); y del 18 de abril de 2013 (Rad: 2012-00030-01).



NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, quebrantado por EL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A - en la sentencia de septiembre catorce (14) de 2016 al declarar administrativamente responsable a la entidad por los perjuicios causados a Efrén Antonio Hernández Díaz, por ser contraria a derecho, al concluir que las actuaciones de los jurados de votación y la comisión escrutadora son responsabilidad de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, producto de una relación de causalidad inexistente.

En similar sentido, que se protejan principios esenciales y fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, en riesgo de ser quebrantados por la sentencia de ese Tribunal, antes citada, al conceder un derecho, con su correspondiente reconocimiento pecuniario en favor de Efrén Antonio Hernández Díaz, derecho que tiene una fuente ilegítima, comoquiera que el beneficiario de la indemnización deprecada en el proceso electoral analizado en la sentencia que se controvierte, se hizo elegir con el apoyo explícito de grupos al margen de la ley, como lo determinó la SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en sentencia de octubre 28 de 2014. Dado este fallo judicial, si el pago ordenado por ese Tribunal se realizara, se estarían transgrediendo principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, al reconocerse y pagarse con recursos del tesoro público, una indemnización que tiene una causa delictual, ilegal y antijurídica.

Como consecuencia de lo anterior, solicito respetuosamente, se proceda a DEJAR SIN EFECTO la sentencia mencionada, proferida por el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A y, en su defecto, (sic) se ordene proferir la decisión conforme a derecho en la cual se exonere de toda responsabilidad a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL”⁷

2.2. Hechos

- El 10 de marzo de 2002 se llevaron a cabo las elecciones para los representantes a la Cámara por el departamento de Casanare, en la que resultaron electos los señores Oscar Leonidas Wilches y Javier Enrique Vargas Barragán.

⁷ Folios 1 a 15 del expediente 11001-22-04-000-2017-01207-00.



- El señor Efrén Antonio Hernández Díaz, candidato vencido, presentó demanda contra los actos que declararon esa elección, y el Consejo de Estado accedió a sus pretensiones dadas las irregularidades presentadas en los escrutinios.
- Una vez realizado el nuevo escrutinio que ordenó esta Corporación, el señor Efrén Antonio Hernández Díaz resultó electo.
- Por tal razón, presentó acción de reparación directa contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, en la que pretendió la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de dichas entidades, por la falla en el servicio derivada de la actuación irregular de la Comisión Escrutadora Departamental de Casanare. Dicho trámite culminó con la sentencia de segunda instancia aquí atacada.
- Señaló, en síntesis, que la autoridad judicial demandada declaró la responsabilidad patrimonial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por la declaratoria de nulidad de unos actos de elección que no profirió dicha entidad, al establecer un nexo de causalidad por las irregularidades cometidas por unos jurados de votación.
- Agregó que la demandada concedió un derecho en favor de quien fue condenado penalmente por hechos relacionados con su elección.

2.3. Sustento de la petición

Indicó que la providencia bajo reproche incurrió en defecto sustantivo, por cuanto tuvo en cuenta un precepto inaplicable al caso, ya que declaró la responsabilidad patrimonial de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por actuaciones que realizaron los jurados de votación y la comisión escrutadora, respecto de los cuales la entidad no tiene injerencia.

Adujo que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta el artículo 104 y siguientes del Código Electoral, que regulan de manera específica la actividad de los jurados de votación.



Agregó que las comisiones escrutadoras son entes transitorios, a cuyo cargo está el escrutinio de los votos y la atención de las reclamaciones, de acuerdo con el trámite previsto en el Código Electoral, y en su conformación la Registraduría Nacional del Estado Civil hace parte, únicamente, en calidad de secretaria.

Sostuvo que la función de escrutinio, que es en la que se advirtió la irregularidad que supuestamente causó el daño, no radica en cabeza de la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo que la sentencia cuestionada incurrió en un error al atribuir responsabilidad a esa entidad.

Advirtió que la indemnización que reconoció la Sección demandada tiene su origen en un título ilegal, toda vez que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 28 de octubre de 2014, declaró penalmente responsable al señor Efrén Antonio Hernández Díaz, por el delito de concierto para promover grupos al margen de la ley, dado que obtuvo el aval del jefe paramilitar alias "*Martín Llanos*", para presentarse como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Casanare, en las elecciones del año 2002, siempre que este designara como segundo renglón a un líder del sur de ese departamento.

Afirmó que, en consecuencia, se demostró que el señor Efrén Antonio Hernández Díaz incurrió en un ilícito para ser elegido representante a la Cámara por el departamento de Casanare, por lo que no es admisible reconocerle una indemnización por una designación ilegítima.

Adujo que el referido representante, no obstante dicha condena, guardó silencio durante el trámite procesal contencioso, lo que se evidencia al cotejar las fechas de las sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, en tanto aquella se profirió el 28 de octubre de 2014, y ésta el 14 de septiembre de 2016, esto es, casi dos años después.

3. Trámite procesal



3.1. Primera instancia

3.1.1. Expediente 11001-03-15-000-2017-01456-00

A través de proveído del 15 de junio de 2017, se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar dicha decisión a la autoridad judicial demandada, y se vinculó en calidad de tercero con interés a la Registraduría Nacional del Estado Civil⁸.

Por auto del 31 de julio de 2017 se ordenó la acumulación del proceso radicado 11001-03-15-000-2017-01207-00, al proceso 11001-03-15-000-2017-01456-00.

3.1.2. Expediente 11001-03-15-000-2017-01207-00

Mediante auto del 15 de mayo de 2017, se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar dicha decisión a la autoridad judicial demandada, y se vinculó en calidad de terceros con interés al señor Efrén Antonio Hernández Díaz y al Consejo Nacional Electoral⁹.

En proveído del 7 de julio de 2017, se ordenó la remisión del proceso para resolver sobre una acumulación¹⁰.

3.2. Segunda instancia

Por medio de auto del 22 de noviembre de 2017, se ordenó poner en conocimiento de los magistrados de la Sección Tercera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la posible configuración de la causal de nulidad consagrada por el artículo 133, numeral 8º, del Código General del Proceso, para los efectos previstos en el artículo 137 ibídem¹¹, por cuanto no se les vinculó al presente trámite en la primera instancia, pese a que dicha Corporación profirió la sentencia de primera instancia en el trámite ordinario¹².

Surtida la notificación en debida forma¹³, la Corporación vinculada

⁸ Folio 197.

⁹ Folio 77.

¹⁰ Folio 102.

¹¹ Folio 63.

¹² Folio 284.

¹³ Folio 290.



guardó silencio, por lo que se entiende saneado el trámite.

4. Contestación

De manera conjunta, se sintetizan las intervenciones de la siguiente manera.

4.1. Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección A

Por conducto de la consejera ponente de la decisión cuestionada, contestó la demanda en los siguientes términos¹⁴:

Manifestó que, con base en las pruebas aportadas al proceso, se determinó la responsabilidad de las demandantes en esta tutela, por la desatención grave de sus deberes, los cuales no sólo se encuentran en cabeza de los funcionarios y empleados adscritos a tales dependencias, sino, de igual forma, discernidas en los particulares que ejercen esa función de manera accidental durante los comicios.

Advirtió que, de acuerdo con el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, y del escrutinio allí ordenado, se estableció que el señor Efrén Antonio Hernández Díaz obtuvo la segunda votación más alta, por lo que se le otorgó la respectiva credencial.

Explicó que en la referida providencia se encuentra la razón por la cual se atribuyó el resultado dañoso a la organización electoral, bajo el régimen de la falla probada del servicio, dado el protuberante yerro que consistió en dejar de efectuar el conteo de los votos válidos vertidos en algunas mesas de votación, sin justificación para ello.

Agregó que el Acuerdo 001 del 17 de julio de 2002, proferido por el Consejo Nacional Electoral, confirmó la Resolución 003 del 19 de marzo de 2002, dictada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, Delegación Departamental Casanare, que dispuso la exclusión de unas mesas de votación del escrutinio general de ese departamento, por lo que, en efecto, las demandantes de esta tutela

¹⁴ Folios 209 a 211 del expediente 11001-13-15-000-2017-01456-00; y 83 a 84 del expediente 11001-13-15-000-2017-01207-00.



intervinieron en el proceso democrático, y que la declaratoria de nulidad de tales actos, dejó al descubierto el daño antijurídico, al poner en evidencia las irregularidades del proceso electoral.

Frente a la presunta ilegalidad del título que fundamentó la indemnización, aclaró que para la fecha en la que la Corte Suprema de Justicia emitió el fallo condenatorio en contra del señor Efrén Antonio Hernández Díaz, la acción de reparación directa se encontraba al Despacho para fallo, sin que fuera posible para la Sala tener conocimiento de tal asunto. Por ello, precisó que la Registraduría Nacional del Estado Civil cuenta con el recurso extraordinario de revisión.

4.2. Efrén Antonio Hernández Díaz

Por conducto de apoderado, se pronunció en los siguientes términos¹⁵:

Indicó que no se evidencian los defectos alegados por las entidades demandantes, por cuanto no se advierte alguna violación normativa o probatoria en la sentencia cuestionada.

Advirtió que la parte actora busca reabrir el debate de las instancias ordinarias, para lo cual la acción de tutela no es procedente.

En lo concerniente a la sentencia condenatoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, adujo que las entidades demandantes en esta tutela debieron hacer valer tal circunstancia en el trámite ordinario.

4.3. Registraduría Nacional del Estado Civil

Por conducto del jefe de la Oficina Jurídica, se pronunció en el trámite de la acción de tutela con radicación 11001-13-15-000-2017-01456-00, en el sentido de indicar, básicamente, que el Consejo Nacional Electoral no demostró las causales de procedencia de la acción de tutela y, además, sus argumentos fueron resueltos en la sentencia materia de cuestionamiento, por lo que existe cosa juzgada¹⁶.

¹⁵ Folios 219 a 221 del expediente 11001-13-15-000-2017-01456-00; y 91 a 93 del expediente 11001-13-15-000-2017-01207-00.

¹⁶ Folios 213 a 215.



4.4. Consejo Nacional Electoral

A través de apoderado, intervino en el trámite de la acción de tutela con radicación 11001-13-15-000-2017-01207-00, en el sentido de manifestar que se debe acceder al amparo deprecado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, ello con fundamento en consideraciones de similar contenido a las expuestas en la acción de tutela que promovió por su cuenta¹⁷.

5. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2017, concedió el amparo en los siguientes términos¹⁸:

“1. AMPARAR el derecho al debido proceso del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL y la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. En consecuencia, DEJAR sin efectos la sentencia del 14 de septiembre de 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”, por las razones que han quedado expuestas.

3. Por lo anterior, ORDENAR al CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la presente providencia, profiera una nueva sentencia dentro del proceso de reparación directa con radicado No. 25000-23-26-000-2006-00313-02, en el que sean tenidas en cuenta las consideraciones de esta providencia.

(...)”

Las consideraciones del *a quo* para proceder en el sentido indicado se sintetizan a continuación.

Advirtió que la condena que emitió la Sección Tercera de esta Corporación en contra de las autoridades electorales, tuvo sustento en la declaratoria de nulidad de los actos emitidos por dichas

¹⁷ Folios 88 a 90.

¹⁸ Folios 236 a 247.



entidades que, de acuerdo con la sentencia, dejaba al descubierto el daño antijurídico al poner en evidencia irregularidades cometidas en el proceso electoral por parte de quienes allí intervinieron.

Agregó que, sin embargo, existe un pronunciamiento de la justicia penal, en el que se indica que hubo injerencia paramilitar, ya que la curul que finalmente ocupó Efrén Antonio Hernández Díaz, tuvo origen, y estuvo orientada, en un pacto con grupos ilegales al obtener el aval de alias “Martín Llanos” y pactar con él las condiciones para continuar su campaña a la Cámara de Representantes por el periodo 2002-2006.

Explicó que si bien la sentencia de la Sección Tercera fundamentó los motivos por los que había un nexo causal para determinar la responsabilidad en cabeza de las autoridades electorales, el pronunciamiento de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es un elemento que pudo ser útil en su momento para el juez de la reparación directa, quien no pudo conocer tal decisión por cuanto la misma se profirió para el momento en que el asunto contencioso ingresó para fallo.

Afirmó que el Consejo Nacional Electoral puso de presente al juez de segunda instancia que había influencia por parte de movimientos armados en las elecciones que conducían *“a descartar la legalidad de la elección”* y *que se podía incurrir en la “indemnización de un objeto ilícito en la medida en que el accionante ha recibido serios cuestionamientos realizados por los alcaldes del departamento, por la Revista Semana, la emisora la W y por Noticias Uno, donde se revelan indicios sobre el nexo del demandante con el paramilitarismo”*.

Sostuvo que dicha afirmación daba lugar a que el colegiado de la Sección Tercera, en uso de sus facultades oficiosas, buscara esclarecer los hechos por cuanto la prueba en mención cambiaría el sentido de su decisión.

Consideró que si bien podría proceder el recurso extraordinario de revisión bajo la causal primera del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, dicho medio no resulta idóneo, comoquiera que no se configuran los supuestos para su procedencia, ya que la



Registraduría Nacional del Estado Civil “allegó” la sentencia penal de que se trata, después de emitido el fallo bajo censura, y no dejó de aportarse al proceso ordinario por una maniobra de la parte contraria, ni por fuerza mayor o caso fortuito.

Argumentó que la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es una prueba que tiene relación directa con los hechos que fueron analizados en su momento por el juez de la reparación directa, y que tiene incidencia en el estudio de la responsabilidad del Estado.

6. Impugnación

Por escrito radicado oportunamente el 2 de octubre de 2017¹⁹, el apoderado del señor Efrén Antonio Hernández Díaz impugnó la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

Advirtió que existe otro medio de defensa judicial de los derechos de la parte actora, a saber, el recurso extraordinario de revisión, con fundamento en la causal primera del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011.

Mencionó que las entidades de la Organización Electoral tuvieron conocimiento de las imputaciones penales en su contra, sin embargo no informaron tal circunstancia al juez de la reparación directa, y que el juicio punitivo se adelantó en forma pública y la sentencia condenatoria fue ampliamente divulgada por los medios de comunicación, por lo que pudo haberse aportado al trámite contencioso.

Adujo, entonces, que el recurso extraordinario sí era procedente, pero no se accedió al mismo por la desidia u olvido de las demandantes en esta tutela.

Señaló que al momento en que se registró el fallo contencioso de segunda instancia, no se había iniciado la audiencia del juicio penal en su contra, por lo que, para ese momento, se presumía su inocencia por mandato constitucional, luego al juez colegiado demandado no le era posible decretar, de oficio, la prueba para

¹⁹ Folios 256 a 266.



obtener la sentencia condenatoria de la jurisdicción penal.

Sostuvo que, por lo tanto, no era obligación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ejercer sus facultades oficiosas para obtener una sentencia que no se había proferido.

Agregó que, con todo, la sentencia de que se trata no podría incidir en el sentido de la decisión bajo censura, comoquiera que la responsabilidad del Estado en discusión tuvo lugar por las irregularidades presentadas en unos escrutinios, aspecto que difiere del objeto de la investigación penal.

En párrafos posteriores, reiteró los fundamentos expuestos en la contestación de la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por el apoderado del señor Efrén Antonio Hernández Díaz, contra la sentencia emitida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en primera instancia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que concedió el amparo deprecado, con base en los argumentos de la impugnación.

3. Caso concreto

En el caso *sub examine*, lo pretendido por la parte actora, es que se deje sin efectos la sentencia del 14 de septiembre de 2016, proferida por la Subsección A, Sección Tercera del Consejo de Estado y, en su lugar, se dicte una decisión de reemplazo, en la que se tenga en cuenta y se analice la sentencia penal condenatoria



contra el señor Efrén Antonio Hernández Díaz, en aras de garantizar el derecho al debido proceso.

Mediante fallo de primera instancia, el *aquo* concedió el amparo solicitado, por cuanto la autoridad judicial accionada – Subsección “A”, Sección Tercera del Consejo de Estado – debió hacer uso de sus atribuciones oficiosas para esclarecer los hechos relevantes del caso, considerando que la sentencia de la jurisdicción penal pudo cambiar el sentido de la decisión adoptada, y en razón a que el recurso extraordinario de revisión no procedía.

Inconforme con la decisión, el apoderado de señor Efrén Antonio Hernández Díaz radicó escrito de impugnación el 2 de octubre de 2017²⁰, en el que argumentó la improcedencia de la acción por cuanto la parte accionante contaba con el recurso extraordinario de revisión.

En orden a lo anterior, la Sala considera necesario analizar si la parte demandante debió agotar el recurso extraordinario de revisión frente a la providencia objeto de censura, dictada por el Juez ordinario en sede del medio de control de reparación directa.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 520 de 2009 destacó frente al recurso en mención lo siguiente:

*“La Corporación ha precisado la naturaleza del recurso extraordinario de revisión señalando que **“la revisión no pretende corregir errores “in judicando” ni puede fundamentarse en las mismas pruebas que sirvieron de soporte a la decisión que puso término al proceso, pues para estos yerros están previstos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del propio proceso. La revisión, que no es un recurso sino una acción, pretende, como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, un examen detallado de ciertos hechos nuevos que afectan la decisión adoptada y el sentido de justicia que de ella emana. La acción de revisión, en la medida en que afecta la certeza brindada por la cosa juzgada, es no sólo extraordinaria sino que además procede por las causales taxativamente señaladas por la ley, y no es posible aducir otras distintas.”**²¹.²² (Destacado por la Sala)*

²⁰ Visto a folios 181 a 193

²¹ Sentencia C-680 de 1998, fundamento 4.2., en el mismo sentido, ver sentencia T-039 de 1996.



Bajo ese tenor, es pertinente concluir que el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto la reapertura del debate probatorio de las instancias, sino revisar la sentencia *“para que puedan enmendarse los errores o ilicitudes cometidas en su expedición, y se restituya el derecho al afectado a través de una nueva providencia fundada en razones de justicia material, que resulte acorde con el ordenamiento jurídico.”*²³

Lo anterior en atención a circunstancias objetivas que, posteriores al pronunciamiento, tienen la entidad suficiente de afectar su firmeza y, por lo tanto, la certeza derivada de la cosa juzgada.

La causal de revisión que en criterio del impugnante es la que procede para que la sentencia bajo censura sea objeto de control por parte del juez extraordinario, es la prevista en el numeral 1° del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011, relacionada con *“Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.”*

Esta Corporación se pronunció acerca del contenido y alcance de esta causal bajo las siguientes premisas²⁴:

“Para analizar el alcance de esta causal, basta con citar un antecedente de esta Corporación que al respecto explicó:²⁵

(...)

“ a) La prueba debe ser documental

(...)

De este modo, queda excluida la posibilidad de estructurar la causal con fundamento en otros medios probatorios, como, por

²² Sentencia C-004 de 2003.

²³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala sexta Especial de Decisión. Sentencia del 7 de febrero de 2017. Radicación: 11001-03-15-000-2016-01440-00 (REV) Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cita de cita: Consejo de Estado- Sala Pleno de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2013. Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00638-00.



ejemplo, testimonios.²⁶

b) La prueba documental se recobra después de la sentencia objeto de revisión

Al emplear el verbo “recobrar” la norma quiere decir que la prueba documental existía, no se tuvo oportunamente por las razones que dice la ley, pero se logró conseguir ya terminado el proceso; “De ahí que, inequívocamente, la ley emplee el verbo recobrar y no presentar, aducir o allegar.”²⁷

La existencia previa del documento exhibido como requisito de la revisión, fue destacada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación:

“la prueba recobrada es un elemento probatorio nuevo, presentado por el recurrente, que pudiendo ser decisivo para el sentido de la decisión, no fue tenido en cuenta por el fallador, porque el interesado no pudo presentarla oportunamente dentro del proceso, pues sólo fue recuperado luego de proferida la sentencia. Esto implica, que el elemento probatorio existía al tiempo de dictarse la sentencia, pero no fue conocido por el fallador, porque sólo llegó a poder del recurrente con posterioridad a ello.”²⁸
(Subrayas del texto original).

(...)

c) Las razones para no aportar la prueba documental durante el proceso son expresamente las que dice la ley (fuerza mayor, caso fortuito u obra de la parte contraria) y deben acreditarse en el recurso.

Conviene reiterar lo dicho por esta Sala con relación a la fuerza mayor, el caso fortuito y la obra de la parte contraria:

“En cuanto a la primera circunstancia, esto es, la fuerza mayor o el caso fortuito, es preciso anotar que para la legislación colombiana se trata de expresiones sinónimas, conforme al artículo 1 de la Ley 95 de 1890, norma según la cual es ‘el imprevisto a que no es

²⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 20 de septiembre de 2007, Rad. 1987-02 y Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 2 de octubre de 2008, Rad. 1716-06.

²⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 18 de diciembre de 1986, Rad. 2724.

²⁸ Cita de cita: Sentencia de 12 de julio de 2005, Rad. 1997-00143-02.



posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.'. La segunda causa -obra de la parte contraria- ha de entenderse como la conducta de la parte que ganó el proceso, quien con su actuar intencional logró que el documento que le daría el triunfo a su contraparte no se pudiera aportar al expediente en razón de que lo retuvo u ocultó, precisamente con el propósito de que no sirviera como prueba."²⁹

(...)

d) La prueba documental debe ser de tal entidad que pueda sustentar una decisión distinta a la impugnada.

*La norma antes transcrita es clara en señalar que, con la prueba recobrada, el juez hubiera podido proferir una decisión diferente. A partir de ahí, la jurisprudencia ha resaltado la trascendencia que debe tener para el proceso original el documento que no se conoció".*³⁰

En el asunto que ocupa a la Sala, se resalta que el fallo mediante el cual la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró penalmente responsable al señor Efrén Antonio Hernández Díaz, por el delito de concierto para promover grupos al margen de la ley, dado que obtuvo el aval del jefe paramilitar alias "Martín Llanos", para presentarse como candidato a la Cámara de Representantes por el Departamento de Casanare, en las elecciones del año 2002, bajo la condición de designar como segundo renglón a un líder del sur de ese departamento, fue expedida el 28 de octubre de 2014, mientras que la decisión cuestionada fue proferida el 14 de septiembre de 2016.

Corolario, la Sala hace hincapié en que si bien la sentencia penal condenatoria fue dictada de manera previa a la expedición de la providencia que la parte actora cuestiona a través del mecanismo constitucional, y que de manera preliminar podría determinarse que dicha prueba encuadra en la causal 1ª del artículo 250 de la Ley

²⁹ Cita de cita: Sentencia de 8 de noviembre de 2005, Rad. 1999-00218.

³⁰ Cita de cita: Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 12 de julio de 2005, Rad. 1997-00143-02(REV), 12 de julio de 2005, Rad. 2000-00236 y 26 de febrero de 1986, Rad. 004. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. 0242-09.



1437 de 2011, lo cierto es que en el asunto objeto de análisis, no se acreditó el cumplimiento de los requisitos que la misma norma establece: “... **que el recurrente no pudo aportarlos al proceso *por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.***” (Negritas de la Sala),

En este punto, vale la pena resaltar que no se comprobó si la Organización Electoral tenía conocimiento de la investigación que en su momento se adelantó contra el señor Efrén Antonio Hernández Díaz, por cuanto en sede de la jurisdicción ordinaria, su apoderado, simplemente advirtió, respecto de alguna información que circulaba en medios de comunicación, frente a los presuntos nexos del señor Hernández Díaz con el paramilitarismo, por lo tanto, no puede predicarse de la accionantes la configuración de la causal de fuerza mayor o caso fortuito como requisito para acceder al recurso extraordinario de revisión.

Seguidamente, se resalta que en el caso *sub lite* tampoco se demostró una circunstancia ligada a la acción de la contraparte, que hubiera impedido aportar al proceso ordinario la sentencia penal condenatoria a la que se refiere el señor Hernández Díaz como recobrada, pues en el expediente no obra elemento alguno que evidencie la ejecución de alguna maniobra oscura de la contraparte con el fin del ocultamiento de la prueba, y en esa medida, considera la Sala que el ésta causal tampoco fue acreditada.

Conforme a lo anterior, ésta Sala de Decisión concluye que frente al asunto de la subsidiariedad por la ausencia de agotamiento del recurso extraordinario de revisión alegado por el impugnante, el análisis realizado en la providencia cuestionada fue apropiado, al advertir “*que dicho medio no resulta idóneo, como quiera que no se configuran los supuestos para su procedencia, ya que la prueba que allegó la Registraduría Nacional del Estado Civil, esto es, la sentencia penal del 28 de octubre de 2014, fue después de emitida la sentencia cuestionada (14 de septiembre de 2016), no dejó de aportarse al proceso ordinario por una maniobra de la parte contraria, ni por fuerza mayor o caso fortuito.*”

De otro lado, el numeral 1º del artículo 150 de la Ley 1437 de 2011, es claro al establecer que la prueba recobrada debe ser entendida como un documento decisivo de tal envergadura, que conlleve,



como en el contexto del caso *sub examine*, a proferir una decisión de reemplazo que difiera parcialmente de aquella que accedió a las pretensiones del señor Efrén Antonio Hernández Díaz y que declaró la responsabilidad administrativa de la Nación, CNE y RNEC, toda vez que la prueba en mención abarca la entidad suficiente para cambiar el sentido de la decisión cuestionada, por cuanto la candidatura del señor Hernández Díaz tuvo un propósito ilícito, y en ese sentido, mal haría el Sistema Judicial en “premiarlo” con el reconocimiento de una indemnización por el daño derivado de las irregularidades del proceso de escrutinio, dada la ilegitimidad de esa pretensión.

Así las cosas, es claro para esta Sala que la decisión adoptada en sede de tutela de primera instancia, fue acertada al amparar el derecho al debido proceso del CNE y de la RNEC, por cuanto el Juez de segunda instancia del proceso ordinario no hizo uso de sus facultades oficiosas para esclarecer el estado de la situación penal del señor Hernández Díaz, y en consecuencia dejó de valorar un asunto que indiscutiblemente presenta incidencia en el resultado del proceso de reparación directa, y que compromete la responsabilidad de las entidades demandadas, por lo tanto es menester que la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado deje sin efectos la providencia del 14 de septiembre de 2016, y en su lugar expida otra en la que se tenga en cuenta el estudio de la sentencia condenatoria contra el impugnante.

Frente al decreto oficioso de pruebas, es preciso manifestar que la Constitución Política de Colombia de 1991 otorgó dicha atribución potestativa a los Jueces de la República, como consecuencia derivada de su calidad de director del proceso y de su deber de acercarse a la verdad como presupuesto de la justicia, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico no ha puesto límite a dicha facultad, como si sucede en el caso de las partes involucradas de un proceso concreto.

Al respecto, la Corte Constitucional unificó jurisprudencia en el mismo sentido, como se cita a continuación:

“En relación con las pruebas de oficio, la jurisprudencia constitucional ha respaldado su legitimidad e incluso sostenido su necesidad, partiendo de la idea de que la búsqueda de la verdad es un imperativo para el juez y un



presupuesto para la obtención de decisiones justas. Tal potestad no debe entenderse como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para con alguna de las partes, sino como “un compromiso del juez con la verdad, ergo con el derecho sustancial”. El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes.”³¹

En orden a lo anterior, considera la Sala que al señor Hernández Díaz no le asiste razón, frente al argumento consistente en que el Juez del proceso ordinario no debía decretar de oficio la prueba que adujo como “recobrada”, por cuanto para la época del fallo del proceso de reparación directa, la decisión penal no había sido proferida, toda vez que, contrario a su apreciación, y como primera medida, se reitera que los Jueces de la República están facultados y en la obligación de buscar la verdad real a fin de impartir justicia en cada una de las decisiones que se adopten, y de otro, porque la sentencia penal fue expedida el 28 de octubre de 2014, mientras que el fallo de reparación directa fue proferido el 14 de septiembre de 2014, es decir, con una diferencia de 1 año y 11 meses aproximadamente, tiempo durante el cual se debía haber solicitado dicha prueba teniendo en cuenta su incidencia en el sentido de la decisión.

Así las cosas, conforme a las consideraciones anteriores, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Por 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: CONFIRMAR la sentencia del 20 de septiembre de 2017, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado,

³¹ Sentencia SU 768 de 2014.



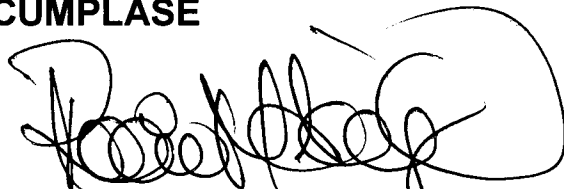
mediante la cual ampararon los derechos de las accionantes, por las razones anotadas en precedencia.

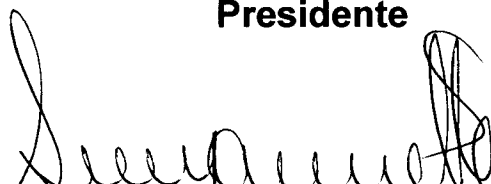
SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.


CUARTO: Por Secretaría, **DEVOLVER** a la Sección Tercera, Subsección "A", del Consejo de Estado, el expediente 25000-23-26-000-2006-00313-02, que corresponde a la acción de reparación directa promovida por Efrén Antonio Hernández Díaz, contra la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, el cual fue remitido en calidad de préstamo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente


LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado *Aclaro voto*


CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado *SAWA EL VOTO*


ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

