

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / INVESTIGACIÓN PENAL / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DAÑO AL BUEN NOMBRE / DAÑO ANTIJURÍDICO / REQUISITOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

[E]s evidente, que el [demandante] sufrió un daño que no alcanzó caracteres de antijuridicidad, pues para el momento del sellamiento de su consultorio y del adelantamiento de la investigación penal en su contra, se contaba con elementos de juicio suficientes que justificaban las actuaciones de DASALUD y de la Fiscalía General de la Nación, y que era una obligación que el actor estaba en el deber jurídico de soportar. Así las cosas, esta Subsección revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, por ausencia de daño antijurídico.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

El inciso 1º del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone que la caducidad de la acción de reparación directa opera al vencimiento del plazo de 2 años contados “a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 8

DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO / REQUISITOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

[P]ara que el daño tenga carácter antijurídico, además de recaer sobre un interés tutelado por el derecho, es necesario que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique o que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado; y que no haya sido causado, ni haya sido determinado por un error de conducta de la propia víctima.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la acreditación del daño antijurídico, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de octubre de 2018, rad. 46932, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de octubre de 2018, rad. 46328, C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.

ALCANCE DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE / CONCEPTO DEL DERECHO AL BUEN NOMBRE

[E]n relación con la supuesta afectación al buen nombre y el good will del médico, por la publicación de los boletines de prensa y radio en los que se tocó el tema de la epidemia por micobacteria Chelonae de los pacientes del aquí demandante, se observa, que la información allí contenida no solo era necesario que fuera divulgada, en cumplimiento de los deberes de DASALUD como autoridad sanitaria en el Departamento, sino que además, la información contenida en ellos, se compadecía con la realidad material de los hechos, y por tal razón, la presunta

afectación, o las consecuencias que la información allí contenida pudiera acarrear para la carrera profesional del médico, no fueron resultado de un desbordamiento de las facultades de la entidad, pues esta estaba debidamente soportada en elementos de juicio contundentes y ciertos.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el deber de probar el daño al buen nombre ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de marzo de 2018 rad. 40434, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

PRESTACIÓN DEL SERVICIO MÉDICO / DEBERES DEL MÉDICO

[D]e acuerdo con el artículo 46 de la Ley de Ética Médica —Ley 23 de 1981-, el ejercicio de la profesión de médico, no solo requería la resolución que lo autorizaba para el ejercicio de la profesión, sino la expedición de la tarjeta o registro profesional; pues la profesión solo se considera legalizada a partir de la expedición del registro profesional, y antes del registro del título, no puede ejercerse la profesión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 50 de 1981. Todo esto, sumado a que no acreditó los estudios adicionales sobre medicina bioenergética.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1981 – ARTÍCULO 46

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque y del consejero Nicolás Yepes Corrales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación numero: 08001-23-31-000-2001-00576-01(47430)

Actor: JESÚS ANTONIO DÍAZ CASTILLA

Demandado: LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Tema: Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Subtema 1: Actuaciones administrativas y denuncia penal contra médico bioenergético.

Subtema 2: Daño antijurídico.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 15 de junio de 2012, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Jesús Antonio Díaz Castilla se desempeñaba como médico bioenergético en las ciudades de Barranquilla, Montería, Valledupar y Magangué, y fue sujeto pasivo de una investigación penal por los delitos de propagación de epidemia y lesiones personales, a causa de una denuncia penal formulada por el Departamento Administrativo de Salud del Atlántico —DASALUD—, que tuvo su origen en informaciones y quejas por el contagio de varios de sus pacientes con una micobacteria que les habría ocasionado abscesos en los tejidos sometidos al tratamiento. La investigación culminó con decreto de preclusión, porque la Fiscalía consideró, que la causa de las lesiones no obedeció a actuaciones imputables al médico.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El 30 de abril de 2001¹, con escrito de adición del 20 de agosto de 2002², **Jesús Antonio Díaz Castilla** presentó demanda, en ejercicio de la **acción de reparación directa**, contra la Nación — Fiscalía General de la Nación y Departamento del Atlántico, con la **pretensión** de que se les **condenara** al pago de los perjuicios materiales e inmateriales que se le causaron con ocasión de las acciones y omisiones en que incurrieron en el año 1993, cuando adelantaron acciones administrativas y judiciales en su contra por la aparición en su consultorio de la micobacteria *Cheloniae* en algunos de sus pacientes.

2.2. Trámite procesal relevante en primera instancia

La demanda y su adición fue **admitida**³, el auto admisorio fue **notificado** en debida forma⁴ y la demanda fue **contestada** por el Departamento del Atlántico⁵ y por la Nación — Fiscalía General de la Nación⁶.

Agotada la etapa probatoria, se corrió **traslado** a las partes y al Ministerio Público, para que aquellas **alegaran de conclusión** y éste **rindiera concepto de fondo**⁷. En esta oportunidad, el Departamento del Atlántico⁸, la parte actora⁹ y la Nación — Fiscalía General de la Nación¹⁰ presentaron sus alegaciones finales. El Ministerio Público guardó silencio.

El Tribunal Administrativo del Atlántico dictó **sentencia de primera instancia** en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, el 15 de junio de 2012.

¹ F. 1 a 12 c. 1.

² F. 35 a 42 c. 1.

³ F. 92 a 93 c. 1.

⁴ F. 94 anverso y 95 c. 1.

⁵ F. 114 a 124 c. 1.

⁶ F. 152 a 162 c. 1.

⁷ F. 599 c. 1.

⁸ F. 600 a 604 c. 1.

⁹ F. 605 a 625 c. 1.

¹⁰ F. 626 a 634 c. 1.

El **Ministerio Público**¹¹, la **Nación - Fiscalía General de la Nación**¹² y el **Departamento del Atlántico**¹³ interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con exposición de los motivos de inconformidad que la Sala resumirá en acápite posterior de esta providencia.

El tribunal fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación ordenada en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, y el día y hora señalado¹⁴, la diligencia se declaró fallida y se concedieron los recursos de apelación.

2.3. Trámite en segunda instancia

Esta Corporación **admitió** los recursos, con auto del 26 de junio de 2013¹⁵.

Durante el término de **traslado para alegar de conclusión**¹⁶, la Nación — Fiscalía General de la Nación¹⁷ y la parte actora¹⁸ presentaron sus alegaciones. El Ministerio Público rindió concepto nro. 231/2013¹⁹, en el que consideró que la sentencia de primera instancia debía ser revocada.

El Departamento del Atlántico guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. Competencia

La Sala es competente para resolver el presente caso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón a la naturaleza del asunto. La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, y determinó la competencia para conocer de tales asuntos en primera instancia en los Tribunales Administrativos, y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que para el efecto sea relevante la cuantía.

3.2. Vigencia de la acción

El inciso 1º del numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo²⁰ dispone que la **caducidad** de la acción de reparación directa opera al vencimiento del plazo de 2 años contados *“a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”*.

En el *sub lite*, la acción de reparación directa, que tiene por objeto el reconocimiento y pago de los perjuicios ocasionados a Jesús Antonio Díaz

¹¹ F. 729 a 742 c. ppal.

¹² F. 797 a 804 c. ppal.

¹³ F. 762 a 789 c. ppal.

¹⁴ F. 816 c. ppal.

¹⁵ F. 821 c. ppal.

¹⁶ F. 823 c. ppal.

¹⁷ F. 824 a 830 c. ppal.

¹⁸ F. 832 a 858 c. ppal.

¹⁹ F. 859 a 877 c. ppal.

²⁰ Decreto 01 de 1984, modificado por la ley 446 de 1998.

Castilla, se encontraba **vigente** al momento de la presentación de la demanda, pues la providencia que confirmó la resolución de preclusión de la investigación adelantada contra el médico quedó ejecutoriada el 30 de abril de 1999²¹, y la demanda fue presentada el 30 de abril de 2001.

3.3. Legitimación para la causa

Por los daños reclamados en la demanda solicita reparación: **Jesús Antonio Díaz Castilla** en calidad de víctima directa, toda vez que fue quien resultó afectado con la denuncia penal y la investigación adelantada en su contra, y por todo lo anterior, se encuentra acreditada su **legitimación en la causa por activa**.

Como demandados en el proceso, figuran la **Nación — Fiscalía General de la Nación**, por ser la titular de la acción penal y la encargada de adelantar la investigación en contra del demandante, y el **Departamento del Atlántico**, porque la denuncia fue instaurada por el Director del Departamento Administrativo de Salud del Atlántico —DASALUD—.

Por consiguiente, se declara que las demandadas están **legitimadas en la causa por pasiva**.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

4.1. La sentencia recurrida

El Tribunal Administrativo del Atlántico profirió sentencia del 15 de junio de 2012, en la que declaró la responsabilidad administrativa y patrimonial de Nación — Fiscalía General de la Nación y el Departamento del Atlántico, por los perjuicios causados al médico Jesús Antonio Díaz Castilla, *“derivados de su intervención administrativa en su consultorio médico, y del adelantamiento de la investigación penal, con motivo del brote epidemiológico detectado en la Unidad de salud, lo que conllevó a la presentación de la denuncia penal”*.

El *a quo* consideró que si bien no se presentó un error jurisdiccional o una privación injusta de la libertad, sí se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, toda vez que DASALUD se limitó a la suspensión temporal y sellamiento del consultorio del médico, sin adelantar antes una acción disciplinaria por faltas a la ética médica y el ejercicio ilegal de la profesión, como lo exigía su competencia, y por su parte, la Fiscalía fue la encargada de adelantar la instrucción penal del médico promovida por DASALUD.

Concluyó además, que DASALUD se extralimitó en sus atribuciones, ya que con sus actuaciones, afectó el good will y el buen nombre del médico, obligándolo a padecer un daño antijurídico.

El tribunal ordenó el pago de una indemnización por valor de \$4.522'537.687 pesos por el detrimento al buen nombre y/o good will del actor, como profesional de la medicina.

Además, condenó solidariamente a las demandadas al pago de 90 salarios mínimos por perjuicios morales.

4.2. Los recursos de apelación

²¹ F. 35 c. 5

El Ministerio Público solicitó la revocación de la sentencia para que, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, adujo, que el actor no acreditó haber sufrido un daño antijurídico, ya que se encontraba en el deber jurídico de soportar las consecuencias de la actividad judicial, porque la investigación penal gravitaba sobre hechos que él protagonizó, que además fueron ciertos y sucedieron; que era el deber legal de la autoridad departamental formular la denuncia, y de la Fiscalía adelantar la investigación, sin que la decisión absolutoria constituyera por sí misma, un deber de indemnizar perjuicios por parte de la administración.

Adicionalmente, el Ministerio Público sostuvo, que el acto administrativo contenido en la Resolución nro. 001287 del 26 de marzo de 1993, expedida por DASALUD Atlántico, estaba vigente y gozaba de presunción de legalidad, por lo que a su juicio, el acto administrativo que se consideraba transgresor de los derechos del actor, no fue cuestionado por este como correspondía a través del agotamiento de la vía gubernativa, y al no ser discutido el contenido de la resolución, el cierre del consultorio se encuentra amparado por una presunción de legalidad, y el actor no tenía herramientas para considerarlo como constitutivo de un hecho dañoso en sede de reparación directa.

La Nación - Fiscalía General de la Nación, consideró que no le asistía responsabilidad administrativa por los hechos objeto de la demanda, toda vez que no se estableció que la instrucción penal le hubiera producido un daño al actor, porque no fue privado de la libertad en ningún momento, y porque una vez se cumplió el término de la clausura del consultorio, continuó prestando sus servicios, o por lo menos no aportó prueba de que no ocurrió así.

Por último, cuestionó la tasación de los perjuicios, por encontrarla desproporcionada y no ajustada a los parámetros jurisprudenciales.

Por su parte, el **Departamento del Atlántico**, solicitó declarar la caducidad de la acción, toda vez que la denuncia penal fue formulada el 13 de agosto de 1993 y los boletines de prensa a los que alude el actor, fueron expedidos entre el 19 de mayo y el 7 de septiembre de 1993; luego, la demanda había sido presentada por fuera del término legal.

Sobre el fondo del asunto, sostuvo, que las decisiones adoptadas en contra del médico Díaz Castillo, estuvieron debidamente sustentadas en todos los medios de prueba arrojados al proceso, que daban cuenta de la certeza de la infección por la micobacteria que sufrieron los pacientes del médico; que incluso, en el relato de los hechos de la demanda se admitió que los pacientes atendidos por el profesional de la salud resultaron contagiados con una bacteria a causa de los procedimientos por él ofrecidos, y que además, el médico había ejercido el ejercicio de la profesión de médico, sin contar con la documentación y autorizaciones requeridas para el efecto.

Por último señaló, que DASALUD como autoridad en salud departamental, cumplió con los deberes a ella asignados, sin exceder sus funciones, y que, por el contrario, veló por los intereses de todos los ciudadanos, al ser considerada la salud, como un bien de interés público.

4.3. Problemas jurídicos por resolver conforme al recurso

En atención a los argumentos de las partes recurrentes y las exigencias derivadas de la estructura de la responsabilidad patrimonial pública, la Sala ordenará los problemas jurídicos que plantean los apelantes, de la siguiente manera:

1. ¿Se encuentra probado el daño antijurídico producto del sellamiento del consultorio médico de propiedad del demandante y de la investigación penal a la que fue sometido?
2. ¿Incurrieron las demandadas en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por adelantar las actuaciones administrativas y penales en contra del demandante?
3. ¿El reconocimiento de perjuicios se ajustó a las pruebas aportadas al proceso?

4.4. Consideraciones sobre el primer problema jurídico

La Sala procede a establecer, si en el *sub examine* se acreditó el daño, que según el demandante, consistió en la clausura temporal del consultorio médico y la lesión a la fama, honra y buen nombre que ostentaba como médico bioenergético en las ciudades de Barranquilla, Montería, Valledupar y Magangué, producto de las decisiones de las actuaciones administrativas de DASALUD, y de la Fiscalía, al investigarlo penalmente.

Para el efecto, obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

- Copia auténtica de la Resolución nro. 001287 del 26 de mayo de 1993²², del Departamento Administrativo de Salud del Atlántico —DASALUD-, que resolvió clausurar temporalmente y sellar el consultorio de Jesús Antonio Díaz Castilla como medida preventiva de seguridad, por el término de 3 meses. Lo anterior, en consideración a que se recibieron denuncias de particulares por presunta contaminación contraída en la aplicación de procedimientos bioenergéticos, a los resultados de la inspección realizada por funcionarios de DASALUD al consultorio del médico, a los resultados del laboratorio del Hospital Universitario de Barranquilla, y a las facultades que le otorgaba la Ley, para aplicar medidas de seguridad con miras a proteger la salud pública.
- Copias auténticas de boletines de radio y prensa en las que se mencionan las investigaciones adelantadas por DASALUD para determinar los efectos de los tratamientos bioenergéticos y su relación con la epidemia de infección por micobacterias *Chelonae*²³. En los boletines del 19 y 20 de mayo, 11, 16 y 25 de junio, 6 de agosto y 6 y 7 de septiembre de 1993, se convoca a las personas que se han visto afectadas para que reciban tratamiento gratuito por parte de DASALUD, se informa a la comunidad, el número de personas afectadas y los avances en el tratamiento, y por último, en el boletín del 7 de septiembre de 1993, se señala, que la epidemia con la micobacteria *Chelonae* es la de mayor magnitud conocida en el mundo, ya que las otras de las que se tenía conocimiento, no pasaban de 10 personas, y esa superó los 200 afectados.

En el boletín también se hizo referencia a la denuncia penal formulada contra

²² F. 98 a 93 c. 1

²³ F. 14 a 21 c. 1

el médico bioenergético Jesús Antonio Díaz Castillo, porque los pacientes infectados fueron tratados por él, y DASALUD asumió los costos de su tratamiento. Además se mencionó, que el médico estaba ejerciendo la profesión de forma ilegal porque no tenía licencia sanitaria para el funcionamiento del establecimiento en el que realizaba los procedimientos y porque su profesión no estaba legalizada.

Por último, en el boletín se mencionó, que el Instituto Nacional de Salud había confirmado que la causa de la infección había sido el uso del anestésico diluido en solución salina, el cual se inculaba con jeringas hipodérmicas utilizadas para la aplicación del tratamiento a los pacientes.

El INS llegó a esa conclusión, luego de los exámenes de laboratorio practicados a varias muestras que fueron analizadas.

- Copia de la denuncia formulada por el Director de DASALUD ante la Unidad de Delitos Ley 30 y otros de la Fiscalía el 12 de agosto de 1993²⁴, contra Jesús Antonio Díaz Castilla. Los hechos que narró en su denuncia fueron los siguientes:

“1. A través de diferentes medios, entre ellos de los propios afectados, recibimos información que nos hizo conocer que, un considerable número de personas que se sometieron a tratamientos médicos consistentes, al parecer, en terapias de desintoxicación aplicadas por el Doctor JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic) CASTILLA (...) sufrieron serias complicaciones en su salud, por lo cual, asumimos inmediatamente las indagaciones correspondientes, a objeto de establecer las circunstancias dentro de las cuales se estaban desarrollando esos acontecimientos;

2. Con oficio número 565 de Mayo 11 del año en curso, ordené a los doctores MARIA (sic) EUGENIA RAMIREZ (sic) y ULAHY BELTRAN (sic), funcionarios de DASALUD, se encargaran de atender las quejas formuladas por los afectados, integraran una comisión de, al menos, dos funcionarios y elaborarán (sic) un Acta con documentos y testigos de los hechos;

3. En desarrollo de las diligencias ordenadas, la Doctora GINA VICTTORINO, Bacterióloga del Hospital Universitario de esta ciudad, efectuó visita al consultorio del Dr. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic) CASTILLA, en cuyas dependencias obtuvo muestras de diferentes elementos de estudio, revelandose (sic) la presencia de gérmenes en algunos enseres y elementos utilizados en el tratamiento de sus pacientes. (...)

4. De otra parte, se ha podido establecer que, el Dr. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic) CASTILLA, ha venido ejerciendo la profesión de Médico sin que le haya sido expedida su Tarjeta Profesional, conducta violatoria de la normatividad del Decreto número 1465 de 1.992 (...) Igualmente ha ejercido la medicina sin obtener autorización del Ministerio de Salud, violando el Artículo 2º. De la Ley 50 de 1.981, tal como se demuestra en la Resolución número 003581 la cual sólo fué (sic) expedida en mayo 25 de 1.993;

5. En consideración a que se presentó ese brote de infección por micobacteria atípicas y que se hacía indispensable organizar y garantizar el adecuado tratamiento y seguimiento de los pacientes afectados, proferí la Resolución número 001283 de mayo 25 de 1.993, mediante la cual integré un grupo de trabajo con profesionales Médicos, con el objeto de que efectuaran los procedimientos y funciones allí señalados;

6. De igual manera, en cumplimiento de las disposiciones de la Ley, expedí la Resolución número 001287 de mayo 26 de 1.993, por la cual se ordenó la clausura temporal y el sellamiento del Consultorio médico del Dr. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic) CASTILLA, por haberse comprobado, a través del Laboratorio Clínico del hospital Universitario de Barranquilla, el aislamiento de bacterias en algunos elementos utilizados para el tratamiento de sus pacientes;

(...)

De los hechos relatados, señor Fiscal, se deduce que estamos frente a conductas

²⁴ F. 3ª 5 c.

que tipifican la Violación de Medidas Sanitarias, (Artículo 203 Código Penal); Ejercicio ilegal de la profesión de Médico (Artículo 12 ley 14 de 1.962 t el Artículo 1º. Decreto 1465 de 1.992); el Artículo 2º. Ley 50 de 1981, Atentando contra la salud de sus pacientes por inadecuada prestación del servicio médico (Artículo 78 Constitución Nacional); todo ello en concurso con Lesiones Personales (...)".

- Copia simple de la Resolución de apertura de instrucción del 8 de septiembre de 1993²⁵, en la que la Fiscalía Sexta Delegada Unidad Especializada Ley 30/86 y varios dispuso investigar los hechos puestos en su conocimiento, contra Jesús Antonio Díaz Castilla. Entre otras pruebas decretadas y órdenes impartidas, fijó fecha para escuchar al profesional de la salud en indagatoria.
- Estudio epidemiológico elaborado por especialistas del Instituto Nacional de Salud y DASALUD del Atlántico, en el que se describió la epidemia, se estableció el agente causal y su vehículo de transmisión, se determinó el periodo de incubación de las lesiones producidas por el microorganismo y se estudiaron los factores de riesgo para el desarrollo de las lesiones²⁶.

Con las pruebas antes descritas, se tiene por acreditado, que efectivamente, el actor sufrió un daño consistente en el sellamiento de su consultorio médico por parte de DASALUD, que fue investigado penalmente por la bacteria que contrajeron algunos de sus pacientes, y que se expidieron boletines de radio y prensa en los que se señalaba que estaba siendo investigado por presuntas irregularidades en el ejercicio de su profesión y por las lesiones que presentaron sus pacientes. Finalmente, el 30 de abril de 1999, se decidió confirmar la resolución de preclusión de la investigación penal del 19 de junio de 1996²⁷.

Con todo, para que el daño tenga carácter antijurídico, además de recaer sobre un interés tutelado por el derecho, es necesario que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique o que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado²⁸; y que no haya sido causado, ni haya sido determinado por un error de conducta de la propia víctima²⁹.

Se procede entonces, a determinar, si el daño consistente en el adelantamiento de la investigación de DASALUD que dio lugar a la expedición de la resolución mediante la cual se ordenó el sellamiento del consultorio del médico Jesús Antonio Díaz Castilla, y que según la demanda, contribuyó a la afectación de su buen nombre, no estaba respaldada en algún tipo legal que lo justificara, y para ello, se analizarán las actuaciones previas a la resolución de sellamiento de DASALUD, con el objetivo de determinar, si efectivamente, esta entidad excedió sus facultades, en perjuicio del aquí demandante:

El 7 de mayo de 1993³⁰, DASALUD recibió la denuncia de Alfonso Vergara Bustillo, paciente de Jesús Antonio Díaz Castilla, y pidió investigar al médico por práctica irresponsable del ejercicio como médico bioenergético.

El 10 de mayo de 1993³¹, el Laboratorio Hospital Niño Jesús expidió los resultados de la investigación adelantada por el infectólogo Álvaro Villanueva a unos pacientes. Los análisis confirmaron que se trataba de una micobacteria

²⁵ F. 68 a 69

²⁶ F. 100 a 108 c. 1

²⁷ F. 227 a 238 c. 6

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 29 de octubre de 2018, exp. 46932.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera, Subsección C. Sentencia del 1º de octubre de 2018, exp. 46328.

³⁰ F. 199 a 200 c. 4.

³¹ F. 201 a 203 c. 4.

Chelonae. Adicionalmente, se anotó la necesidad de llevar el informe urgentemente a DASALUD, para que iniciara la investigación correspondiente, porque se tenía conocimiento de que los afectados eran pacientes de Jesús Antonio Díaz, un médico que había inoculado a todos los pacientes una micobacteria atípica, por medio de instrumentos mal esterilizados.

DASALUD ordenó el 11 de mayo de 1993³², atender la queja del señor Vergara Bustillo, e integrar una comisión de 2 funcionarios para levantar un acta con documentos y testigos y preparar un informe para la entidad y para la Superintendencia de Salud.

La visita al consultorio del médico se llevó a cabo el 18 de mayo de 1993³³, y como se ordenó, se levantó un acta en la que se anotó lo siguiente:

“- El Dr Díaz (sic) presentó (sic) a la comisión fotocopia enmarcada de la Resolución (sic) No. 2775 del 28 de abril de 93, emanada del Ministerio de Salud, donde se le autoriza el libre ejercicio profesional en todo el territorio nacional, previa inscripción (sic). Con relación (sic) a los documentos académicos que certificaran sus estudios o entrenamientos en “bioenergética”, el Dr Díaz (sic) no pudo acreditar ninguno y expresó que sólo había asistido como observador en centros de este tipo en Suiza.

- Se le solicitó explicar el procedimiento técnico que realiza con los pacientes a los cuales somete a inoculaciones con supuestas “vacunas”. El Dr. Díaz explicó que dependiendo del sitio afectado el tratamiento consiste en la infiltración (sic) con “xilocaína” (sic) al 2% sin epinefrina en el sitio afectado por el sistema de cárpules, de las utilizadas regularmente en la anestesia regional odontológica.

- Se le indagó acerca de sus métodos de esterilización del material y cuidados asépticos en los procedimientos. El Dr Díaz respondió que contaba con un “esterilizador muy sofisticado”.

- Luego la comisión (sic) ejecutó una inspección ocular por las instalaciones encontrando que el sistema de esterilización corresponde a una olla esterilizadora con manómetro y además no realiza control biológico para la calidad de la esterilización.

Con relación (sic) al estado sanitario de las instalaciones no hubo objeciones.

- La comisión solicitó muestras de:

** cárpules de anestésico,*

** muestras al azar de agujas y jeringas desechables de uso corriente en el consultorio, y*

** muestras de los medicamentos corrientemente suministrado por el Dr Díaz.*

- Se pensó tomar muestras de las jeringas portacárpules pero se desistió ya que estaban destapadas y en una bandeja no estéril, se decidió enviar luego una bacterióloga para tomar muestras de las jeringas, pero recién esterilizadas y de fómites en busca de esporas. (. . .)”.

DASALUD también conoció por información entregada por el Ministerio de Salud el 25 de mayo de 1993³⁴, que el médico Jesús Antonio Díaz Castilla no estaba registrado como médico ante la entidad, y ese mismo día, expidió la Resolución nro. 001283³⁵, con el fin de conformar un grupo de trabajo para: 1) Establecer el sitio y horarios de atención de pacientes afectados; 2) Evaluar los tratamientos aplicados y establecer los correctivos necesarios; 3) Analizar las causas del brote y mecanismos de contagio para ordenar medidas correctivas; 4) Emitir un

³² F. 198 c. 4.

³³ F. 70 a 71 c. 4.

³⁴ F. 39 c. 4.

³⁵ F. 171 c. 4.

instructivo para los afectados; 5) Coordinar con el Ministerio de Salud y el INS los tratamientos y, 6) recoger y analizar la información epidemiológica.

Además de lo anterior, la Coordinación de la Oficina de Inscripción de Instituciones y Profesionales de DASALUD informó³⁶, que el médico Jesús Antonio Díaz Castilla no aparecía inscrito en los libros de médicos en la Sección de Control de Medicamentos de DASALUD; que no se ha emitido documento alguno autorizándolo para ejercer la medicina biológica y que no estaba autorizado para re-ensasar, recetar ni vender medicamentos a pacientes. Por último, informó la imposibilidad de certificar que el virus de sus pacientes era producido por un “virus ambiental”.

Por otra parte, el INS entregó a DASALUD, un informe preliminar sobre la investigación del brote por micobacteria *Chelonae*³⁷ en la ciudad de Barranquilla. Se destaca la siguiente información relevante:

De las muestras tomadas para el cultivo de las posibles fuentes de contaminación, dijo:

“- cámpulas, que según el bioenergético, contenían xilocaína que eran utilizadas durante la terapia neural. Es importante anotar que los taponés de caucho presentaban suciedad y múltiples perforaciones, además de diferentes niveles del contenido líquido.

- ampollas con rótulos a máquina con los siguientes nombres: artritis, salmonella, apendicitis, etc. (...)

El total de los pacientes atendidos fue de 232. 162 en Barranquilla, 62 en Santa Marta y 8 en Cartagena. La totalidad de ellos había recibido terapia neural parenteral, de los cuales el 80% presentaba algún tipo de lesión en el momento de la consulta. De estos un 70% había recibido diferentes antibióticos, los cuales fueron reemplazados por la Claritromicina durante los dos últimos meses.

(. . .) Los tipos de lesiones observados fueron en su mayoría nódulos, abscesos y fístulas con diferentes manifestaciones locales (...)”.

Con toda la información recogida, el INS y DASALUD elaboraron un informe³⁸ sobre la epidemia secundaria a terapia neural de los pacientes del médico Díaz Castilla entre los meses de mayo y agosto de 1993, y realizó la salvedad, de que los problemas de salud de los pacientes se presentaron desde noviembre de 1992.

El estudio elaboró, primero, una encuesta a los pacientes, en las que indagaron acerca de las condiciones sociodemográficas, antecedentes, entre los que estaban fechas de aplicación de las inyecciones, fechas de la aparición de las lesiones, vía de administración, características de las lesiones y sintomatología.

Se practicaron biopsias y análisis a las lesiones de los pacientes examinados en los Hospitales Niño Jesús y Universitario de Barranquilla.

Los resultados del estudio fueron los siguientes:

”La confirmación bacteriológica en los pacientes fue de 98.5% 65/66 en los cultivos tomados. De las muestras cultivadas obtenidas en el consultorio se aisló una micobacteria en una de las 6 cámpulas de xilocaína cultivadas, de iguales

³⁶ F. 109 c. 4.

³⁷ F. 110 a 120 c. 4.

³⁸ F. 127 a 135 c. 4.

características a las de los pacientes. Todas se identificaron como M. Chelonae abscesus. (...)

En el examen macroscópico de las cámpulas, se observaron múltiples punturas en los dos taponos de caucho, además de diferentes niveles del líquido que contenían, lo cual sugiere reenvase de xilocaína y reutilización de las cámpulas. La descripción histopatológica de las 41 biopsias corresponde a la reacción granulomatosa abundante, que sugiere enfermedad por micobacterias, mostrando en algunos casos presencia de bacilos ácido alcohol resistentes.

Antecedentes de quimioterapia.

Las lesiones habían sido tratadas con una gran variedad de antibióticos (...) con los cuales no se obtuvo mejoría según lo establecido por las lesiones que presentaban los pacientes, además de sus declaraciones.

Al sospecharse la presencia de una micobacteria uno de los médicos tratantes inició la terapia con Claritromicina en 141 de los 193 pacientes con lesiones (...) Los resultados del tratamiento con Claritromicina muestran que de 57 pacientes tratados a quienes se les tomó muestra para cultivo, el 100% tuvieron cultivo positivo para M. Chelonae abscesus (...)

En Colombia se han presentado 3 epidemias por éste germen. La primera post-aplicación de vacuna antiamarílica y la segunda por desensibilización intradérmica por alérgenos, la que presentamos es la tercera.

Sin embargo, de las 5 epidemias conocidas por nosotros ésta adquiere una connotación diferente debido a su magnitud y a que es la segunda en la cual se logra el aislamiento de la micobacteria de la fuente de contaminación, en nuestro caso fue la xilocaína utilizada en la terapia neural por el bioenergético. (...)

Po último, la Asociación Médica Colombiana de Bioenergética, envió a DASALUD una comunicación del 21 de septiembre de 1993³⁹, en la que le informaba que la asociación estaba conformada por médicos graduados que habían solicitado su ingreso y habían acreditado capacitación en el campo de la bioenergética; y que el médico Jesús Antonio Díaz Castilla ni pertenecía ni había pertenecido a la misma.

El Departamento Administrativo de Salud —DASALUD es un establecimiento público del Estado que adecúa las políticas de salud del nivel nacional a la realidad departamental, dirige, asesora, vigila y controla las instituciones que conforman el sistema territorial de seguridad social en salud.

Todo lo anterior, además de formar parte de las funciones y deberes de DASALUD, estuvo también soportado en la Resolución número 001287 del 26 de mayo de 1993, que gozaba de total presunción de legalidad, y que además, no fue controvertido por el aquí demandante; luego, no resulta aceptable, que pretenda en sede de reparación directa, cuestionar las decisiones adoptadas por DASALUD.

Ahora bien, con todos los acontecimientos que sobrevinieron al sellamiento del consultorio del médico, es innegable que DASALUD, no solo contaba con medios de convicción que arrojaban mérito suficiente para adelantar las actividades con miras a establecer todo lo relacionado con el contagio de los pacientes del doctor Díaz Castilla, sino que también estaba en el deber de denunciarlo penalmente ante la autoridad competente y constituirse en parte civil en el proceso, como en el efecto lo hizo.

Por otra parte, la Fiscalía General de la Nación, como titular de la acción penal, recibió con la denuncia, elementos de juicio suficientes y determinantes para

³⁹ F. 126 c. 4.

dictar resolución de apertura de instrucción y adelantar la investigación en contra del médico.

Para el momento de dictarse la resolución de apertura de instrucción del 8 de septiembre de 1993⁴⁰, también cursaba una investigación ante en el Juzgado Primero Penal Municipal de Ciénaga, por denuncia formulada por Nora Estela Molinares contra el médico, a causa de la bacteria por ella contraída luego de recibir tratamiento con el médico Díaz Castilla, que posteriormente fue remitida a la Fiscalía, por tratarse de los mismos hechos⁴¹

Adicionalmente, la señora Elba Castellanos Niebles, en calidad de paciente afectada por el tratamiento del médico Jesús Antonio Díaz, también presentó una queja ante la Jefe de Desarrollo y Fomento de Salud del Atlántico, en los siguientes términos:

“El Día 21 de Enero siendo las 13:00 PM. Fui (sic) atendida por el Dr. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic) CASTILLO (sic), en su consultorio (...) en dos oportunidades porque tenia (sic) un problema de ALERGIA NAZAL (sic), OIDOS (sic), OJOS, y me coloco (sic) tres (3) inyecciones en el triangulo (sic) de la cara, y (ilegible) inyecciones en la boca del estomago (sic), y me d(“o venga mañana a las 5PM. Para que le entreguen lo que dice la receta hagolo (sic) igual y venga dentro de 8 días, efectivamente al día siguiente 22 de enero de 1.993, reclame (sic) las gotas y entregue (sic) un cheque por la suma de \$85.000,00, el valor de las gotas.

El 19 de Febrero me sentí la 1o. Bolita en el abdomen pero como era víspera de carnaval no le preste (sic) mucha atención, pero el DOMINGO 21 de Febrero se me presentaron (sic) 5 bolas y con una veta roja, (...) Dr. RUBEN CASTELLANOS, me examino (sic) y me dijo se te inquirarán (sic) las inyecciones, vez (sic) donde el Medico (sic) que te esta (sic) atendiendo. Efectivamente el 25 de Ferero/93, (...) me presente (sic) donde el Dr JESUS (sic) DIAZ (sic), y le comente (sic) y me dijo que eso no es nada debe ser alergia, ni siquiera me examino (sic), medio me las vio de lejos, y me dijo venga para el otro salón que hoy 15 de febrero vamos a empezar con el TRATA?IENTO (sic) DE ADELGAZAR, y me entregó esta copia de la receta que adjunto, cuando salia (sic) me dijo pongase (sic) DERMOVATE donde estan (sic) las bolitas y tómelese unos (sic) 21 cajas de DICLOCIL, no me dio RECETA, dije doctor apuntemela (sic) en esta hoja de la Agenda mia (sic), y efectivamente él lo hizo. En la Noche a eso de las &P.M. (sic) me llama la Secretaria ALEXANDRA, y me dijo Srta ELBA, el Dr. Jesus (sic) que pase por el consultorio a reclamar un BARRO, y coloque sobre las bolas y tomece (sic) una pastillas de VERACEF, Ese tratamiento no veía mejoría cada día era peor se me acresemataba (sic) ardor, más rojo la veta era casi lacre o vino tinto. Iba donde el Dr JESUS (sic) DIAZ, y le comentaba porque yo creia (sic) que era mi organismo, nadie me decía nada, y él me contestaba, pero que RARO que sea a Ud, la que le ha pasado esto, tranquila pongase (sic) dos inyecciones de TOBRAMICINA una hoy y una mañana para que vea que en tres días Ud, esta (sic) seca. El 3 de Abril fuí (sic) donde mi hermano de emergencia y de cada bola me sacaba tres, cinco y doce centímetros de materia con geringillas (sic) desechable. Y me traslade (sic) a donde él a las 6.P.M. y le dije que lo iba a denunciar (..) y me dijo ud, me promete que no visita a nadien (sic) ni haga nada que yo le voy a dar dos inyecciones de AMIXIN 500, y Ud, compra las otras 6 inyecciones efectivamente en la semana santa el viernes Santos (sic) se me acabaron (sic) las 6 inyecciones más las dos (2) que me las habia (sic) regalado y fué (sic) cada día peor, hasta cuando me enteré que habian (sic) más de 60 SESENTA personas Infectadas por la vacunas que él colocaba. Fué (sic) cuando el 16 de ABRIL de 1.993, el DR ALVARO VILLANUEVA CELEDON (sic) infectolo (sic) quem (sic) tiene las historias de cada paciente del Dr. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic), porque fue el INFECTOLOGO (sic), que descubrio (sic) el antibiotico (sic) que se necesitaba para las infecciones que nos había trasmitido (sic) el, DR. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic), atra (sic) vez (sic) de las ampollas (...) Yo al infectologo (sic) le manifieste (sic) que no iba donde él porque yo HABIA (sic) demandado al Dr. JESUS (sic) ANTONIO DIAZ (sic) CASTILLO (sic), en el TRIBUNAL DE ETICA (sic) MEDICA (sic), y lo habia

⁴⁰ F.68 a 69 c. 6.

⁴¹ F. 81c. 7.

(sic) denunciado Penal y Civil mente (sic) ante el Juzgado 1º. PENAL MUNICIPAL DE B.quilla, me dijo el DR ALVARO VILLANUEVA Dra, venga independientemente de sus demandas yo la atiendo, y efectivamente me traslade (sic) el 16 de ABRIL DEL PTE año, a las 1.00 P.M, con mi hermano Medico (sic) que él era quien me estaba al pie de la situación”.

Como si todo lo anterior no fuera suficiente, la conducta del médico Jesús Castilla también estaba siendo investigada por el Tribunal de Ética Médica del Atlántico, y el 2 de agosto de 1994⁴² decidió suspenderlo del ejercicio de la medicina por 5 años, por mala praxis en la aplicación de los tratamientos a sus pacientes, y porque se conoció, que el médico estaba prestando el servicio médico, sin contar con el Registro Médico correspondiente.

En efecto, el médico Jesús Antonio Díaz Castilla se graduó como médico cirujano de la Universidad Libre Seccional Atlántico el 26 de agosto de 1988⁴³, y solo hasta el 28 de abril de 1993⁴⁴, el ministerio de Salud expidió la resolución nro. 2775, que lo autorizaba para el ejercicio de la profesión de médico cirujano. Esta resolución fue corregida a través de la Resolución nro. 003581 del 25 de mayo de 1993⁴⁵ por un error involuntario en la fecha, y el 5 de mayo de 1993⁴⁶, el médico solicitó su tarjeta profesional, sin que se hubiera acreditado en el proceso si efectivamente, la respectiva tarjeta profesional fue expedida.

Al respecto, cabe destacar, que de acuerdo con el artículo 46 de la Ley de Ética Médica —Ley 23 de 1981-, el ejercicio de la profesión de médico, no solo requería la resolución que lo autorizaba para el ejercicio de la profesión, sino la expedición de la tarjeta o registro profesional; pues la profesión solo se considera legalizada a partir de la expedición del registro profesional, y antes del registro del título, no puede ejercerse la profesión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 50 de 1981. Todo esto, sumado a que no acreditó los estudios adicionales sobre medicina bioenergética.

Por Último, en relación con la supuesta afectación al buen nombre y el good will del médico, por la publicación de los boletines de prensa y radio en los que se tocó el tema de la epidemia por micobacteria Chelonae de los pacientes del aquí demandante, se observa, que la información allí contenida no solo era necesario que fuera divulgada, en cumplimiento de los deberes de DASALUD como autoridad sanitaria en el Departamento, sino que además, la información contenida en ellos, se compadecía con la realidad material de los hechos, y por tal razón, la presunta afectación, o las consecuencias que la información allí contenida pudiera acarrear para la carrera profesional del médico, no fueron resultado de un desbordamiento de las facultades de la entidad, pues esta estaba debidamente soportada en elementos de juicio contundentes y ciertos.

Con todo lo expuesto, es evidente, que el seños Jesús Antonio Díaz Castilla sufrió un daño que no alcanzó caracteres de antijuridicidad, pues para el momento del sellamiento de su consultorio y del adelantamiento de la investigación penal en su contra, se contaba con elementos de juicio suficientes que justificaban las actuaciones de DASALUD y de la Fiscalía General de la Nación, y que era una obligación que el actor estaba en el deber jurídico de soportar.

Así las cosas, esta Subsección revocará la sentencia de primera instancia, para

⁴² F. 223 a 224 c. 6.

⁴³ F.47 c. 4.

⁴⁴ F. 195 c. 4.

⁴⁵ F.170 c. 4.

⁴⁶ F. 193 c. 4.

en su lugar negar las pretensiones de la demanda, por ausencia de daño antijurídico.

4.5. Sobre las costas

Teniendo en cuenta la actitud asumida por las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., y dado que no se evidencia temeridad ni mala fe de las partes, la Subsección se abstendrá de condenar en costas.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 15 de junio de 2012.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta providencia, envíese el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Presidente

Aclaración de voto Cfr. Rad. 36146-15 #1, Rad. 51388-15 #6

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado
Aclaro voto

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
CONFORME AL EXPEDIENTE RADICADO 36146 DE 2015 # 1**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación numero: 08001-23-31-000-2001-00576-01(47430)

Actor: JESÚS ANTONIO DÍAZ CASTILLA

**Demandado: LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (ACLARACIÓN DE VOTO)

1. En esta decisión del 22 de octubre de 2015, en cuanto a la competencia, se reiteró el criterio jurisprudencial contenido en el auto del 9 de septiembre de 2008, Rad. 34.985, proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con arreglo al cual conforme al artículo 73 de la Ley 270 de 1996 esta Corporación conoce en segunda instancia de los procesos de reparación directa por hechos u omisiones imputables a la administración de justicia, sin consideración a la cuantía de las pretensiones. Dijo la Sala:

Según tales directrices, para conocer de las acciones de reparación directa derivadas del error jurisdiccional, de la privación injusta de la libertad y del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, serán competentes, únicamente, el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, lo cual significa que de dicha competencia fueron excluidos los jueces administrativos del circuito cuyo funcionamiento y existencia como parte integral de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo fue contemplada también de manera expresa a lo largo de los artículos 11-3, 42 y 197 de esa misma Ley Estatutaria.

A mi juicio el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, al no ostentar el rango de norma estatutaria, ya había sido derogado tácitamente por los artículos 40 y

42 de la Ley 446 de 1998, que dispusieron que los procesos de reparación directa por hechos u omisiones imputables a la administración de justicia estaban sujetos a la cuantía de las pretensiones.

Por ello, a partir del 1º de agosto de 2006, fecha en que entraron en operación los juzgados administrativos (art. 1 y 2 del Acuerdo PSAA 06-3409 de 2006), el Consejo de Estado sólo tiene competente para conocer de estos procesos en segunda instancia, cuando su cuantía sea superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. En esta decisión del 22 de octubre de 2015, también se reiteró el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia del 2 de mayo de 2007, con arreglo al cual los tres eventos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 se deben abordar bajo un título objetivo de responsabilidad:

En tercer término, se ha reiterado el carácter injusto de los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal y, por consiguiente, se sostuvo que frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resultaba indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo.

En mi criterio, el fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado en los eventos de privación injusta de la libertad no puede radicarse en el artículo 414 del derogado Decreto Ley 2700 de 1991, justamente porque se trata de una norma que no se encuentra vigente.

Dicho fundamento se encuentra en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que previó la posibilidad de demandar al Estado la reparación de perjuicios cuando la privación de la libertad tenga el carácter de injusta.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, condicionó la exequibilidad de esta norma, al indicar que la expresión “*injustamente*” hace referencia a una actuación “*abiertamente desproporcionada y violatoria de*

los procedimientos legales”, por lo que los eventos de privación injusta de la libertad deben ser abordados en los estrictos y precisos términos de la modulación que se hizo en este control de constitucionalidad, que por tratarse de una norma estatutaria, tiene el alcance de cosa juzgada absoluta⁴⁷.

3. Igualmente, esta decisión reiteró el criterio adoptado en la sentencia del 4 de diciembre de 2006, Rad. 13.168 y en la sentencia del 17 de octubre de 2013, Rad. 23.354, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera, con arreglo al cual cuando la absolución obedece a la aplicación del *in dubio pro reo*, la responsabilidad es de carácter objetivo:

Exonerar al Estado de responsabilidad por no realizar o culminar las averiguaciones que habrían —probablemente— conducido a la estructuración de la causal de detención preventiva injusta consistente en que el sindicado no cometió el hecho, habiéndose previamente dispuesto su encarcelamiento, constituiría una manifiesta inequidad. Y esa consideración no se modifica por el hecho de que la absolución se haya derivado de la aplicación del multicitado principio “in dubio pro reo”, pues la operatividad del mismo en el sub júdice no provee de justo título —ex post— a una privación de libertad por tan prolongado período, si el resultado del proceso, a su culminación y de cara a la situación de aquí demandante, continuó siendo la misma que ostentaba antes de ser detenido: no pudo desvirtuarse que se trataba de una persona inocente.

Considero que aún en vigencia del artículo 414 del derogado Decreto Ley 2700 de 1991, los casos de *in dubio pro reo* no podían analizarse bajo un título de imputación objetivo, toda vez que la norma previó esta posibilidad solo para los eventos en que la sentencia absolutoria o su equivalente se hubiere dictado porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era punible. En los demás casos, el demandante tenía la carga de demostrar que su detención había sido injusta.

Esta conclusión se impone con más fuerza a partir de la sentencia C-037 de 1996, que definió el sentido del artículo 68 LEAJ, al establecer que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, en todos los

⁴⁷ Cfr. Salvamento de voto de la Magistrada Ruth Stella Correa Palacios a la sentencia del 25 de febrero de 2009, Rad. 25.508.

eventos, debía ser abordada desde el título de imputación por antonomasia:
la falla del servicio.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
CONFORME AL EXPEDIENTE RADICADO 51388 DE 2015 # 6**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación numero: 08001-23-31-000-2001-00576-01(47430)

Actor: JESÚS ANTONIO DÍAZ CASTILLA

**Demandado: LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO**

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (ACLARACIÓN DE VOTO)

Temas: Prelación de fallo en casos de graves violaciones de derechos humanos – Fundamento jurídico. Valoración de pruebas – Se hace con arreglo a la ley vigente al momento de su decreto y práctica. Pruebas trasladadas – Deben reunirse los presupuestos del artículo 185 del C.P.C. Versiones libres e indagatorias – La exigencia de juramento del artículo 227 del C.P.C. no riñe con la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Declaraciones extra juicio – No sirven para acreditar parentesco ni siquiera como prueba sumaria porque la ley expresamente no lo autoriza. Recortes de prensa – La jurisprudencia de la Sala Plena no les da el carácter de indicio contingente. “Acto de lesa humanidad” – El término de caducidad de la acción de reparación directa debe respetar lo establecido en el artículo 136 del C.C.A. – No es asimilable a “crimen de lesa humanidad”. Medidas de reparación no pecuniarias – Su aplicación indiscriminada puede desnaturalizarlas.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adoptó en la providencia del 7 de septiembre de 2015, que condenó a la entidad demandada por la muerte del señor Andrés Fabián Garzón Lozano en hechos ocurridos el 28 de marzo de 2007 en el municipio de Maní, Casanare, me permito aclarar el voto en relación con varias afirmaciones contenidas en la decisión.

1. El párrafo introductorio de la providencia objeto de esta aclaración, procedió a resolver los recursos de apelación contra la sentencia del 8 de mayo de 2014, con fundamento en que *“La Sala tiene en cuenta la prelación del presente caso, de conformidad con lo establecido por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, ya que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos”* (f. 1).

De acuerdo a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009 las Salas de Subsección del Consejo de Estado pueden señalar la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente, cuando sean casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, en el asunto *sub examine* la Sala no adoptó una decisión en ese sentido con base en la norma estatutaria citada.

Por lo tanto, en mi criterio el fundamento deviene de la decisión de la Sección Tercera del 9 de diciembre de 2004, de la que la Sala ha entendido que en casos de graves violaciones a derechos humanos es posible fallar con prelación, circunstancia que valoró el ponente del fallo.

2. El proveído agregó que valoraría las pruebas a la luz del Código General del Proceso al indicar que: *“la Sala con fundamento en una comprensión convencional, constitucional, sistemática, garantista y contencioso administrativa, en la que se inspira la aplicación de los artículos 244 y 246 del Código General del Proceso (...) y en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, como premisa básica debe proceder a valorar [lo que no implica su constatación que será sometida al contraste bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente para determinar la certeza, verosimilitud y credibilidad del contenido de cada documento] los documentos aportados en copia simple en este proceso”* (f. 26).

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 establece que las leyes sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento que deben empezar a regir, sin embargo, la práctica de las pruebas se regirá por la ley vigente cuando fueron decretadas.

En ese entendido, el Código General del Proceso no es aplicable al *sub lite* pues la valoración de la prueba debe realizarse con arreglo a la normativa vigente al momento de su decreto y práctica.

3. La providencia objeto de esta aclaración desestimó las pruebas trasladadas al indicar que no estaban “*reunidos alguno de los supuestos de excepción, no dará valor probatorio a medios probatorios trasladados desde el proceso penal ordinario*” No obstante añadió: “*sin perjuicio de lo cual la Sala constata que examinados los mismos se valorarán como indicios, especialmente aquellos que establecen las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció violentamente Andrés Fabián Garzón Lozano, ya que pueden ser útiles, pertinentes y conducentes para determinar la vulneración de derechos humanos y las violaciones al derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que habrá que establecer con posterioridad, y para lo que es necesario tener en cuenta como indicio lo contenido en las mencionadas declaraciones, dando prevalencia a lo sustancial por sobre (sic) el excesivo rigorismo procesal*” (f. 41 y 42).

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella; y en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración.

Así las cosas, al no reunirse las condiciones de aplicación del precepto no es procedente, como señaló la mayoría, darle un valor probatorio “residual” no previsto en ese mandato legal.

4. La providencia valoró las versiones libres y las indagatorias con fundamento en “*la perspectiva convencional, y en atención a la vulneración de los derechos humanos y las violaciones del derecho internacional humanitario o a otras normas convencionales que pueden desvelarse en el presente proceso, la Sala de Subsección como juez de convencionalidad y sustentado en los artículos 1.1, 2, 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 29 y 229 de la Carta Política contrastará lo declarado en la indagatoria con los demás medios probatorios para determinar si se consolidan como necesarios los indicios que en ella se comprendan*” (f. 42).

El artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece como requisito para valorar la prueba trasladada que en el proceso primigenio se hubiere practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella; y en el evento en que esto no ocurra, las partes expresamente deben dar su consentimiento para su valoración.

Así las cosas, al no reunirse las condiciones de aplicación del precepto no es procedente, como señaló la mayoría, darle un valor probatorio “residual” no previsto en ese mandato legal.

5. La providencia valoró una declaración extra juicio para acreditar la relación de parentesco, en los siguientes términos: *“se aportó el acta de declaración juramentada con fines extraprocesales...como se allegó este medio probatorio que será apreciado por la Sala, es suficiente para establecer la relación de parentesco o de afinidad...con la víctima...razón para revocar en este aspecto la decisión del a quo de declarar probada la falta de legitimación en la causa por activa”* (f. 56 y 57)

El artículo 299 del Código de Procedimiento Civil establece que los testimonios para fines no judiciales se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se cite a la parte contraria, no obstante en estos casos, el interesado afirmará bajo juramento que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autorice esta clase de prueba y sólo tendrá valor para dicho fin.

Así las cosas, la declaración extra juicio sólo puede ser valorada como prueba sumaria si la ley lo autoriza, sin embargo para el caso particular de acreditar la relación de parentesco, la ley no lo autoriza expresamente.

6. La sentencia parece dotar de cierta eficacia probatoria a los recortes de prensa al afirmar que: *“la Sala logra establecer reporte de prensa del diario ‘El Espectador’ de 13 de agosto de 2011 titulado ¿otro falso positivo? recoge hechos público (sic) y notorios, puede permitir corroborar aspectos relacionados con los hechos del caso, está completo y se conoce su fuente y fecha de publicación, por lo que se considera procedente, útil y pertinente su valoración, quedando su constatación sujeta al contraste con los demás medios probatorios”* (f. 50).

De acuerdo a la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación, las publicaciones periódicas sólo dan cuenta del registro de los hechos sin acreditar la existencia y veracidad de los mismos⁴⁸. Su eficacia depende exclusivamente de la conexidad y coincidencia con las demás pruebas que obren en el proceso.

Por lo tanto, valorar los recortes de prensa como un “*indicio contingente*” que depende del grado de probabilidad de su causa o efecto, desconoce la limitada eficacia probatoria que les ha reconocido la jurisprudencia.

7. La providencia señaló que en los casos en que se configure un “acto de lesa humanidad” no opera el término de caducidad. El fundamento fue el siguiente: “*la Sala admite, entonces, que en los eventos en que se pretenda atribuir como un daño antijurídico indemnizable un hecho que se enmarca un supuesto de hecho configurativo de un acto de lesa humanidad, previa satisfacción de los requisitos para su configuración, no opera el término de caducidad de la acción de reparación directa, pues, se itera, existe una norma superior e inderogable reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y refrendada en el contexto regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que dispone expresamente que el paso del tiempo no genera consecuencia negativa alguna para acudir a la jurisdicción a solicitar la reparación integral de los daños generados por tales actos inhumanos*” (f. 74).

El término para formular pretensiones, en sede de reparación directa, de conformidad con el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo es de 2 años, que se cuentan a partir del día siguiente a la ocurrencia del “*hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa*”, sin establecer excepción alguna.

Por lo tanto, considero que no aplicar el término de caducidad consagrado en la norma en razón a que se estaba estudiando un “acto de lesa humanidad” que ni siquiera está claro si se encontraba acreditado o no y cuya naturaleza jurídica no se precisa, modifica la jurisprudencia de la Corporación relacionada con la

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 29 de mayo de 2012, Rad. 2011-01378, M.P. Susana Buitrago Valencia

caducidad de las acciones de reparación directa y debió ser estudiado por el Pleno de la Sección Tercera.

8. El fallo adujo que la situación fáctica estudiada configuraba un “*acto de lesa humanidad*” al concluir que “*pueden constituir un acto de lesa humanidad de manera tal que el estudio tanto del daño antijurídico, como de la imputación y de la reparación se hará teniendo en cuenta esta naturaleza del acto que pudo haber sido desplegado por el Estado*” (f. 108).

El artículo 7 del Estatuto de Roma prescribe que un crimen es de lesa humanidad cuando se comprueba un ataque a la población civil generalizado o sistemático, circunstancias que por supuesto no se presentaron en el caso estudiado.

Quizás por ello, la mayoría alude a un “acto de lesa humanidad” categoría que no prevé el Estatuto de Roma, y por lo mismo su naturaleza jurídica y efectos en modo alguno pueden asimilarse a los de crimen de lesa humanidad.

9. Finalmente, la sentencia ordena a la entidad demandada el cumplimiento de varias medidas de reparación no pecuniarias que generan varios interrogantes:

¿Resulta pertinente en el ámbito interno señalar expresamente como suelen hacer los Tribunales Internacionales que la sentencia hace parte de la reparación integral cuando *per se* lo es, ya que sin un fallo estimatorio de las pretensiones no habría lugar a reparación alguna?

¿La difusión de la sentencia en los diferentes medios de comunicación, electrónicos, documentales, redes sociales y páginas web hace parte de una verdadera “reparación integral”?

¿La realización de un acto público de petición de disculpas y reconocimiento a la memoria de la víctima, en el que se recuerdan hechos dolorosos y vergonzosos, no configuraría -sin proponérselo claro está- una medida de “revictimización”?

¿Tendrá sentido práctico que el acto público de reconocimiento de responsabilidad esté a cargo de funcionarios que no tuvieron conocimiento ni estuvieron relacionados con los hechos por los cuales fue condenada la entidad?

¿Es una real garantía de no repetición la difusión de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Convención de Naciones Unidas sobre desaparición forzada y tortura entre los Comandos, Batallones, Unidades y Patrullas Militares, cuando el artículo 222 de la Constitución Política impone por vía general el deber de impartir la enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos en los estudios de formación de los miembros de la fuerza pública? Y por lo mismo, ¿obligar a estudiar esta sentencia en todos los cursos de formación y ascenso del Ejército Nacional hace parte de una genuina “reparación integral”?

¿Remitir la providencia y el expediente a la Fiscalía General de la Nación para que continúe con las investigaciones penales a que haya lugar y se pronuncie sobre si el caso merece la priorización en su trámite, hace parte de una “reparación integral”, cuando el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece la obligación para los funcionarios públicos de remitir las diligencias que consideren constitutivas de algún tipo penal a las autoridades correspondientes?

¿Remitir copia del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que inicie las investigaciones disciplinarias, constituye una medida de “reparación integral”, cuando el artículo 70 del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002) prevé la obligación para los jueces de remitir las diligencias que consideren constitutivas de alguna falta disciplinaria a las autoridades correspondientes?

¿Es procedente ordenar que se incluya a los familiares de la víctima en los procedimientos de la Ley 1448 de 2011, cuando su artículo 132 regula la indemnización por vía administrativa y en esta jurisdicción ya se ordenó el pago de una condena?

¿Poner en conocimiento la sentencia para que la tengan en cuenta organismos internacionales (como la Relatoría Especial de las Naciones Unidas, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y la Comisión Interamericana de Derecho Humanos) no interfiere la competencia del Presidente de la República, como Jefe de Estado, en cuanto sólo a él compete dirigir las relaciones internacionales, de acuerdo al artículo 189 numeral 2 de la Constitución Política?

¿El incumplimiento en la entrega de los informes relacionados con el acatamiento de las medidas de “justicia restaurativa”, configura una falta disciplinaria de conocimiento de la Procuraduría General de la Nación?

¿Se midió el impacto fiscal que entrañarían las “medidas de justicia restaurativa” aquí adoptadas?

Considero que el uso de estas medidas debe reservarse a situaciones que por su magnitud lo ameriten y, en todo caso, deben adoptarse en el marco de las competencias del juzgador. Su aplicación indiscriminada puede desnaturalizarlas en tanto que puede desembocar en un uso extendido, que les puede llegar a restar eficacia y contundencia.

En este sentido dejo presentada esta aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado