



**Análisis jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de libertad y detenciones sin orden judicial en la «Operación Orión» y en la Comuna 13 de Medellín, derivadas del Decreto Legislativo 2002 de 2002 y de su inadecuado control de constitucionalidad**

Jorge Yeison Giraldo Berrío

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

Universidad de Antioquia  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Derecho  
Medellín, Antioquia, Colombia  
2021

---

Cita

(Giraldo Berrío, 2021)

---

Referencia

Estilo APA 7 (2020)

Giraldo Berrío, J. Y. (2021). *Análisis jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de libertad y detenciones sin orden judicial en la «Operación Orión» y en la Comuna 13 de Medellín, derivadas del Decreto Legislativo 2002 de 2002 y de su inadecuado control de constitucionalidad* [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

---



**Repositorio Institucional:** <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - [www.udea.edu.co](http://www.udea.edu.co)

**Rector:** John Jairo Arboleda Céspedes.

**Decano/Director:** Luquegi Gil Neiraombres y Apellidos.

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

## ÍNDICE

Resumen.....	4
Introducción .....	5
Capítulo I .....	9
Control de constitucionalidad de los decretos legislativos o de estados de excepción .....	9
Decreto 1837 de 2002.....	13
<i>Control de constitucionalidad del decreto 1837 de 2002.....</i>	16
Decreto 2002 de 2002 .....	24
<i>Control de constitucionalidad del Decreto 2002 de 2002.....</i>	27
Capítulo II.....	31
Responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de la libertad y por detenciones sin orden judicial derivadas del decreto 2002 de 2002 en la «Operación Orión» y en la Comuna 13 de Medellín.....	31
Jurisprudencia Nacional: ¿Cómo se ha juzgado al Estado colombiano por privaciones de la libertad derivadas de la «Operación Orión»?.....	33
Jurisprudencia internacional: ¿Cómo se ha juzgado al Estado colombiano por detenciones sin orden judicial en la Comuna 13 de Medellín? .....	46
Atribución de Responsabilidad Patrimonial a la Nación - Rama Ejecutiva .....	49
Conclusiones .....	56
Referencias.....	60

## Resumen

El presente trabajo monográfico tiene como objetivo general hacer un análisis jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de libertad y detenciones sin orden judicial en la «Operación Orión» y en la Comuna 13 de Medellín, derivadas del Decreto Legislativo 2002 de 2002 y de su inadecuado control de constitucionalidad, toda vez que la Constitución Política de 1991 al haber establecido la realización de un control de constitucionalidad posterior automático sobre los decretos expedidos durante los estados de excepción por parte de la Corte Constitucional, facultó al Presidente de la República para expedir decretos legislativos durante un estado de excepción y ejecutarlos una vez expedidos, pues estos se presumen ajustados al ordenamiento jurídico, a pesar de mostrar graves indicios de inconstitucionalidad. Esto es inadecuado porque en el lapso que transcurre entre la expedición de los decretos legislativos o de estados de excepción, tanto los declaratorios como los de desarrollo, y el pronunciamiento de la Corte sobre su constitucionalidad, se pueden causar daños antijurídicos a la población que dan lugar a que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano.

**Palabras clave:** Decreto legislativo, Control de constitucionalidad, Privación de la libertad, Detención sin orden judicial, Daño antijurídico, Responsabilidad patrimonial del Estado.

## Introducción

En la Constitución Política de Colombia de 1991, en el numeral 6° del artículo 214, en el párrafo del artículo 215 y en el numeral 7° del artículo 241, se establece en cabeza de la Corte Constitucional la facultad de realizar un control de constitucionalidad posterior y automático sobre los decretos legislativos o de estados de excepción. Este tipo de control permite la configuración de daños antijurídicos por parte del Estado colombiano, ya que al tratarse de un control de constitucionalidad posterior, el Presidente de la República puede expedir los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción e inmediatamente expedir y ejecutar los decretos legislativos que desarrollan ese estado de excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre si tales decretos se ajustan o no a la Constitución.

A pesar de que el control automático sobre los decretos legislativos o de estados de excepción significa que el examen sobre la exequibilidad de los mismos no queda sometido a un control rogado, al ejercicio de una eventual acción de un ciudadano, sino que el Gobierno tiene el deber de enviar los decretos legislativos declaratorios y los decretos legislativos de desarrollo que dicte en uso de las facultades extraordinarias a la Corte Constitucional al día siguiente de la expedición para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad y que la misma Corte Constitucional, en la sentencia C-802 de 2002, sostiene que el control posterior automático de los decretos legislativos debe ser compatible con la exigencia de celeridad propia del carácter temporal de los estados de excepción y sujeto en todo caso a términos reducidos y estrictos, estos términos son suficientemente amplios para la producción de daños antijurídicos antes de la decisión de constitucionalidad, como por ejemplo privaciones de libertad y detenciones sin orden judicial.

Es por ello que en el primer capítulo de esta monografía, se hace indispensable traer a colación un panorama general de cómo está regulado en Colombia el control de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción para luego precisar esa regulación en el Decreto 1837 de 2002, en el que se declaró el estado de conmoción en todo el territorio colombiano por el término de 90 días, bajo la presidencia de Álvaro Uribe Vélez, y que daría lugar a que el 9 de septiembre de 2002 se expidiera el Decreto Legislativo de desarrollo 2002 de 2002, con el que se dio vía a que se adoptaran medidas para el control del orden público y se definieran zonas de rehabilitación y consolidación; entre dichas medidas estuvo la ejecución de la «Operación Orión». En dicho capítulo también se hará alusión a las sentencias C-802 de 2002 y C-1024 de 2002, en las cuales se le realizó el control de constitucionalidad al decreto 1837 de 2002 y al decreto 2002 de 2002, respectivamente.

En el segundo capítulo se hará un análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de la libertad y detenciones sin orden judicial derivadas de la aplicación del Decreto 2002 de 2002, a partir de tres sentencias que se encontraron, después de hacer una búsqueda exhaustiva. Dos de estas sentencias son de la Sección Tercera del Consejo de Estado; la primera de la Subsección A, con ponencia de Marta Nubia Velásquez Rico y radicación 05001-23-31-000-2011-00405-01(56905) del veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018), y la segunda de la Subsección C, con ponencia de Guillermo Sánchez Luque y radicación 05001-23-31-000-2011-01084-01(54147) del veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018). La última sentencia es de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) en el caso Yarce y Otras vs. Colombia.

Las dos primeras sentencias son de gran importancia para el estudio del tema propuesto ya que en las mismas se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de la libertad de varios ciudadanos capturados en el desarrollo de la «Operación Orión», sin orden judicial, a los cuales se les adelantó el mismo proceso penal: estuvieron privados de la libertad durante varios años como consecuencia de las medidas de aseguramiento solicitadas por la Fiscalía General de la Nación pero los mismos fueron absueltos por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín por ausencia de material probatorio, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Penal. A pesar de que los ciudadanos comparten similares circunstancias de tiempo, modo y lugar las decisiones del Consejo de Estado, en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad por estos hechos, son diametralmente opuestas, como analizaremos más adelante.

Como tercera y última sentencia se encontró la proferida por la Corte Interamericana en el caso Yarce y Otras vs. Colombia, y es relevante ya que en esta se discute las detenciones sin orden judicial de unas ciudadanas en la comuna 13 de Medellín, en el marco del Decreto 2002 de 2002.

Con estas sentencias se pretende mostrar cómo se ha juzgado patrimonialmente al Estado colombiano por privaciones de la libertad y por detenciones sin orden judicial derivadas del Decreto 2002 de 2002, analizar aspectos tales como a quiénes se les atribuyó la responsabilidad y las razones por las cuales fueron o no declarados responsables patrimonialmente, con el fin de demostrar las razones por las cuales el control de constitucionalidad de los decretos legislativos o de estados de excepción es inadecuado.

Finalmente, en este capítulo, con fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de la Sección Tercera, Subsección C del 26 de marzo de 2014, exp. 28741, se hará un ejercicio de atribución teórica de responsabilidad patrimonial por los daño antijurídicos de privación injusta de la libertad y detención sin orden judicial a la Nación-Rama Ejecutiva en el régimen de responsabilidad subjetiva o por falla en el servicio en la función legislativa que ejerció al expedir el Decreto 2002 de 2002.

## Capítulo I

### Control de constitucionalidad de los decretos legislativos o de estados de excepción

El artículo 4° de la Constitución Política de 1991 consagra que la Constitución es norma de normas. Esto implica que, en caso de incompatibilidad con otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Sumado a ello, en Colombia existe un complejo sistema de control de constitucionalidad, donde existen pluralidad de autoridades, mecanismos y procedimientos para hacer efectiva la Constitución. En el ordenamiento jurídico colombiano la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los demás órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes para realizar un control de constitucionalidad abstracto:

Por un lado, la Corte Constitucional está facultada para realizar dicho control sobre los actos reformativos de la Constitución Política, leyes y algunos decretos dictados por el gobierno nacional conforme al artículo 241 superior; por el otro, el Consejo de Estado también está facultado para realizar tal control abstracto, pero esta vez por directiva del artículo 237.2 superior, ya que conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional que no sean competencia de la Corte Constitucional. A su vez, los demás órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son competentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, para realizar un control de constitucionalidad abstracto sobre actos administrativos de carácter general como ordenanzas departamentales, decretos expedidos por los gobernadores, acuerdos municipales, decretos expedidos por los alcaldes o resoluciones expedidas por autoridades de nivel jerárquico inferior al nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, el control de constitucionalidad en Colombia no se agota en el control abstracto ya que existe, además, un control de constitucionalidad concreto, el cual puede

ser realizado por el poder judicial al decidir sobre acciones de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución.

No obstante, más allá de la complejidad del sistema de control de constitucionalidad en Colombia, es necesario determinar si el sistema está diseñado adecuadamente para garantizar la supremacía e integridad de la Constitución y qué implicaciones se derivan de este diseño. Para lograr determinarlo, se hace necesario delimitar el estudio del sistema de control de constitucionalidad al control abstracto realizado por la Corte Constitucional; por un lado, el control concreto de constitucionalidad depende de casos específicos y no cuenta con reglas preestablecidas para garantizar la unidad, coherencia y la jerarquía del ordenamiento jurídico; por el otro, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 241 de la Carta tiene el deber de velar por la integridad y supremacía de la Constitución, lo que la hace la autoridad con la mayor facultad para realizar control de constitucionalidad en Colombia.

Para comenzar, es menester mencionar que el control de constitucionalidad abstracto realizado por la Corte Constitucional tiene diferentes modalidades, puede realizarse con posterioridad (control posterior) o con antelación (control previo) a la expedición de la norma jurídica a la cual se le hace el juicio de constitucionalidad. Además, la corte puede hacer el juicio de constitucionalidad de manera automática o porque se ha promovido una acusación de inconstitucionalidad contra una norma; así, la modalidad del control que ejerce la guardiana de la Constitución dependerá del tipo de norma que examina.

El control previo se realiza en las leyes de convocatoria de referendo o de asamblea constituyente, proyectos de leyes estatutarias y proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad

por el Gobierno Nacional e insistidos por el Congreso de la República<sup>1</sup>. El control posterior se realiza por regla general en las demás leyes, actos legislativos y en los decretos dictados por el Gobierno Nacional que se encuentran en el artículo 241 de la Constitución Política como los decretos legislativos o de estados de excepción, decretos ley o de facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República y sobre el decreto del plan nacional de inversiones.

El control por vía de acción se ejerce sobre el acto legislativo, el cual solo se puede demandar por razones procedimentales dentro del año siguiente a la promulgación, al igual que los actos de reforma del referendo y de asamblea constituyente; además, por regla general las leyes tienen un control de constitucionalidad por vía de acción ciudadana y pueden demandarse por razones formales dentro del año siguiente a la promulgación o por razones materiales en cualquier tiempo. Adicionalmente, los decretos dictados por el Gobierno Nacional que tienen un control por acción ciudadana son los decretos ley o de facultades extraordinarias dadas por el Congreso de la República y los decretos del plan nacional de inversiones<sup>2</sup>.

El control automático es ejercido por la Corte Constitucional sobre las leyes de convocatoria de referendo o de asamblea constituyente, sólo por vicios de procedimiento en su formación, proyectos de leyes estatutarias y proyectos de ley objetados por inconstitucionalidad por el Gobierno Nacional e insistidos por el Congreso de la República, leyes que ratifican tratados internacionales y sobre los decretos legislativos o de estados de excepción<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 241 N° 2 y 8 de la Constitución Política de Colombia

<sup>2</sup> Artículo 241 N° 1, 4 y 5 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>3</sup> Artículo 241 N° 2, 8, 10 y 7 de la Constitución Política de Colombia.

El estado de excepción es un mecanismo diseñado para: « [...] responder de manera pronta e idónea a las “*crisis*” o “*alteraciones*”<sup>4</sup> que ponen en peligro el orden público, social, económico, o ambiental en el territorio colombiano» (Tobón & Mendieta, 2017, p. 84). Debido a que la crisis o alteración debe conjurarse de manera pronta, a la Corte Constitucional se le entregó la competencia para realizar el control de constitucionalidad de los decretos legislativos o de estados de excepción de manera posterior y automática.

El control de constitucionalidad posterior de los decretos legislativos o de estados de excepción significa que el presidente de la República puede expedir los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción e inmediatamente expedir y ejecutar los decretos legislativos que desarrollan ese estado de excepción, antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre si tales decretos se ajustan o no se ajustan a la Constitución.

El control de constitucionalidad automático significa que el examen sobre la exequibilidad de los decretos legislativos o de estados de excepción no queda sometido a un control rogado, al ejercicio de una eventual acción de un ciudadano, sino que el Gobierno tiene el deber de enviar a la Corte Constitucional, al día siguiente de la expedición, los decretos legislativos declaratorios y los decretos legislativos de desarrollo que dicte en uso de las facultades extraordinarias para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Además, en caso de incumplimiento del deber de remisión del Gobierno, la Corte oficiosamente aprehenderá su conocimiento de manera inmediata<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cursiva agregada por los autores.

<sup>5</sup> Artículo 214 N° 6 de la Constitución Política de Colombia.

En efecto, no se debe esperar la acción ciudadana de inconstitucionalidad sobre los decretos legislativos o de estados de excepción, toda vez que la Corte Constitucional deberá realizar el control de constitucionalidad dentro de los plazos establecidos en el artículo 242 de la Constitución y de acuerdo con las condiciones previstas en el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991 o normas que lo modifiquen, y que la misma Corte Constitucional, en la sentencia C-802 de 2002, sostiene que el control posterior automático de los decretos legislativos debe ser «[...] compatible con la exigencia de celeridad propia del carácter temporal de los estados de excepción y sujeto en todo caso a términos reducidos y estrictos» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, p. 96). A pesar de ello, estos términos son suficientemente amplios para la producción de daños antijurídicos antes de la decisión de constitucionalidad.

Por ello, el periodo de tiempo que transcurre entre la expedición los decretos legislativos declaratorios de los estados de excepción, la expedición de los decretos legislativos que desarrollan ese estado y el tiempo que se toma la Corte Constitucional para realizar el juicio de constitucionalidad se ha traducido en Colombia como el intervalo constitucional para la arbitrariedad como pasará a explicarse.

### **Decreto 1837 de 2002**

En el año 2002, el Presidente de la República de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, en ejercicio de las facultades que confiere el artículo 213 de la Constitución Política, decidió declarar, a través del Decreto 1837 de 2002, el Estado de Conmoción Interior en todo el territorio nacional, por el término de noventa (90) días calendario, contados a partir del 11 de agosto de 2002. Las motivaciones de la perturbación del orden público, que indujeron al mandatario nacional a declarar

el estado de excepción de conmoción interior fueron agrupadas por la Corte Constitucional en cuatro categorías:

a) Ataques contra ciudadanos indefensos, violaciones a sus derechos humanos, violaciones a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y comisión de delitos de lesa humanidad como las masacres, desapariciones, secuestros, desplazamientos forzados y destrucción de pueblos indefensos por parte de “bandas armadas” y “grupos criminales”, organizados y financiados al amparo del lucro gigantesco que les proporciona su participación directa y creciente en los delitos de narcotráfico, el secuestro y la extorsión, fuentes principales de esta tragedia colectiva. El poder financiero de estos grupos y su conexión con grupos afines de otros países o regiones y su capacidad tecnológica creciente para el terror.

b) Actos de terrorismo que se presentaron en agosto de 2002 en Bogotá y en diferentes lugares del país y ataques terroristas contra la población civil y otras autoridades nacionales y contra la infraestructura de servicios esenciales por parte de bandas armadas y grupos criminales.

c) Actos de coacción a mandatarios locales, seccionales y nacionales y a sus familias en todo el país por parte de grupos armados financiados principalmente mediante el narcotráfico, el secuestro y la extorsión.

d) Colombia había alcanzado la más alta cifra de criminalidad que en el planeta se registraba (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, p. 133).

En el Decreto se señala con el fin de indicar que las medidas ordinarias de policía son insuficientes para conjurar la grave perturbación del orden público provocada por los anteriores hechos, entre otras situaciones, lo siguiente:

[...] la debilidad del Estado para contrarrestar eficientemente estas acciones terroristas e impedir la extensión de sus efectos, con los recursos que el derecho ordinario ha previsto para una Nación en un estado de relativa calma. Los medios económicos de que hoy se dispone son insuficientes para la inversión adicional que reclama el crecimiento de la Policía y las Fuerzas Militares, sus planes de expansión operativa y la modernización de su equipamiento para los años 2002 y 2003 (Colombia. Presidencia de la República, 2002, p. 1).

Además se le abre paso a un decreto legislativo de desarrollo para restablecer el orden público con la medida excepcional de:

[...] establecer mecanismos jurídicos para operar eficazmente en contra de la delincuencia organizada facilitando la aprehensión, captura y retención de los eventuales implicados; realizando allanamientos e interceptaciones, identificando sospechosos y recogiendo pruebas que conduzcan a establecer la responsabilidad de autores y partícipes. Así mismo asegurar que dichos mecanismos jurídicos contribuyan a la eficacia de la investigación y juzgamiento de conductas terroristas o de aquellas que resulten de la actividad criminal organizada (Colombia. Presidencia de la República, 2002, p. 2).

El 12 de agosto de 2002, el Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional el Decreto 1837 del 11 de agosto del mismo año para su revisión constitucional, a pesar de que en el artículo 3° del propio decreto excluyó a la Corte del control constitucional del decreto declarativo de la conmoción interior pues solo le reconocía competencia para la revisión constitucional de los decretos legislativos de desarrollo del estado del excepción, el artículo establecía lo siguiente: «[...] A la honorable Corte Constitucional se enviarán, para su examen, los decretos legislativos que se expidan al abrigo y como consecuencia de esta declaración».

### ***Control de constitucionalidad del decreto 1837 de 2002***

La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto 1837 de 2002, declaratorio del estado de conmoción interior en todo el territorio nacional, el 02 de octubre de 2002, a través de la sentencia C-802 de 2002, lo cual indica que el tribunal constitucional contó con 51 días calendario para decidir si la declaratoria del estado de conmoción interior fue o no constitucional.

La sentencia C-802 de 2002 no sólo es importante con ocasión de que en ella se realiza el control de constitucionalidad al Decreto 1837 de 2002 declaratorio del Estado de Conmoción Interior, sino porque, a su vez, con esta sentencia se esclarecen los motivos por los cuales la Corte Constitucional es el órgano judicial competente para realizar el control de constitucionalidad de los decretos declaratorios de estados de excepción, competencia que quedaba en entredicho ya que el mismo Decreto 1837 de 2002 excluía de manera implícita a la Corte Constitucional de conocer del control de constitucionalidad del mismo. Además, se sostenía que la declaratoria de un estado de excepción era un acto de gobierno, un acto político y, en consecuencia, que este solo podía ser objeto de un control de esa misma naturaleza, esto es, un control político y no jurídico.

La Corte Constitucional sostiene frente a este argumento lo siguiente:

[...] sin desconocer que se trata de un acto que se proyecta políticamente, es evidente que el decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior es un acto jurídico que contiene elementos reglados por la propia Constitución y un elemento discrecional también reconocido por la Carta. Los elementos reglados están expresamente señalados en el artículo 213, según el cual el Presidente sólo puede declarar el estado de conmoción interior “*en caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía*”<sup>6</sup>. El elemento discrecional consiste en que el Presidente de la República es competente para apreciar la existencia de estos hechos y calificar su gravedad y su trascendencia así como para decidir si declara o no declara el estado de conmoción interior (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, pp. 87-88).

A pesar de que la Corte con este argumento dejó en claro que el decreto mediante el cual se declara un estado de excepción es un acto jurídico que se proyecta políticamente, aún seguía en entredicho su competencia, ya que aparentemente el Consejo de Estado era el competente para realizar el control jurídico de los decretos declaratorios de estados de excepción y no la Corte Constitucional.

---

<sup>6</sup> Se conserva la cursiva del texto original. Esta es utilizada por la Corte Constitucional para hacer hincapié en los requisitos que se deben cumplir para declarar un estado de excepción, lo que indica, a su vez, que declarar un estado de conmoción interior es un acto reglado que debe estar sujeto al control jurisdiccional.

Se afirmaba que el artículo 241.7 de la Constitución disponía que a la Corte le corresponde decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno Nacional con base en los artículos 212, 213 y 215. Sin embargo, este artículo no le asigna competencia a la Corte Constitucional para pronunciarse sobre la exequibilidad de los decretos declaratorios de los estados de excepción, mientras que el artículo 237.2 de la Constitución Política sí dispone que al Consejo de Estado le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional y que con fundamento en el artículo 82, inciso segundo, del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), la jurisdicción contenciosa administrativa conoce de las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno<sup>7</sup>, especie a la que pertenece la declaración del estado de conmoción interior.

Así, y para reafirmar su competencia para conocer de la constitucionalidad del decreto declaratorio de estado de excepción y no la del Consejo de Estado, la Corte en primer lugar sostiene que:

[...] si se tiene en cuenta que el artículo 214-6 de la Constitución ordena al Gobierno enviar a la Corte al día siguiente de su expedición, “los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que ella

---

<sup>7</sup> Igual disposición se encuentra hoy consagrada en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, cuando en el artículo 104 numeral 5 señala:

La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

decida definitivamente sobre su constitucionalidad”. Nótese que esta disposición se refiere a los decretos legislativos, sin excepción alguna, que el Ejecutivo haya dictado al amparo de las facultades señaladas en los citados artículos constitucionales. Ellas incluyen por supuesto el decreto por medio del cual declara el estado de conmoción según autorización expresa del artículo 213 de la Carta. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, p. 96).

En segundo lugar, advierte que la Constitución establece frente a los decretos legislativos o de estados de excepción un control de constitucionalidad automático por lo que: «[...] No puede aceptarse que el examen de su exequibilidad quede sometido a un control rogado, al ejercicio de una acción eventual de un ciudadano y bajo los términos de un proceso ordinario de nulidad». (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, p. 96).

Por estas consideraciones, en la Sentencia C-802 de 2002, se declaró inexecutable el artículo 3° del Decreto 1837 de 2002, ya que excluía a la Corte Constitucional del control de constitucionalidad del decreto declaratorio del estado de conmoción interior, con violación de los artículos 214.6 y 241.7 de la Carta. Luego de dejar esclarecida la competencia para conocer de la constitucionalidad del Decreto 1837 de 2002, la Corte procede a corroborar si el mismo cumplió con los presupuestos formales y materiales que estableció el constituyente de 1991 y el legislador estatutario para declarar un estado de excepción.

En primer lugar, respecto a los requisitos formales, la Corte manifiesta que conforme al artículo 213 de la Constitución, el decreto 1837 de 2002 sí cumplía con ellos, aduciendo lo siguiente:

En efecto, el texto del decreto consigna las razones que dieron lugar a la declaratoria, a modo de considerandos, con lo cual se ajusta al requisito constitucional que obliga a que decretos de esta categoría sean motivados.

Igualmente, lleva la firma del Presidente de la República, de catorce ministros y de dos ministros encargados de las funciones ministeriales de otras carteras.

De otro lado, en él se indica que el estado de conmoción interior se decreta en todo el territorio nacional.

Por último, el artículo 1° del decreto, que declara el estado de conmoción interior, establece el período para el cual se declaró. Por lo tanto, se ajusta al término límite de 90 días permitido para el efecto por el artículo 213 de la Carta Política. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, pp. 106-107)

En segundo lugar, en cuanto a los requisitos materiales o de fondo, la Corte Constitucional señaló que cuando se declara un estado de conmoción interior, en el control de constitucionalidad del decreto declaratorio se deben verificar tres presupuestos: un presupuesto fáctico, un presupuesto valorativo y un juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía.

El presupuesto fáctico se refiere a que debe existir un hecho verificable que genera la perturbación del orden público. Por su parte, el presupuesto valorativo se traduce en que la Corte debe hacer un ejercicio de ponderación en el que verifique si la valoración realizada por el Presidente de la República sobre que el hecho que genera la perturbación del orden público sí es grave y atenta de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la

convivencia ciudadana y, finalmente, el juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía implica que la Corte debe hacer un juicio objetivo de ponderación orientado a establecer si la apreciación del Presidente de la República sobre la insuficiencia de las medidas ordinarias de policía fue o no arbitraria y si en ella se incurrió o no en un error manifiesto de apreciación: «En resumen, se trata, de un presupuesto fáctico que es objeto de valoración presidencial, y que está sometido a un juicio de suficiencia sobre los medios policivos ordinarios» (Tobón & Mendieta, 2017, p. 78).

Como se manifestó anteriormente los hechos que señaló el presidente como causantes de la perturbación del orden público y que motivaron la declaración del estado de conmoción interior fueron:

- 1) Ataques contra ciudadanos, violaciones a sus derechos humanos, violaciones a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y comisión de delitos de lesa humanidad.
- 2) Actos de terrorismo que se presentaron en agosto de 2002 en Bogotá y en diferentes lugares del país y ataques terroristas contra la población civil, contra autoridades nacionales y a la infraestructura de servicios esenciales por parte de bandas armadas y grupos criminales.
- 3) Actos de coacción a mandatarios locales, seccionales y nacionales y a sus familias en todo el país por parte de grupos armados financiados principalmente mediante el narcotráfico, el secuestro y la extorsión.
- 4) Colombia alcanzó la más alta cifra de criminalidad que en el planeta se registra.

Frente a estos hechos, la Corte procede a verificar la existencia de los mismos y si de ellos se desprendía la alteración del orden público. Con respecto al primer hecho, el Gobierno Nacional remitió pruebas que daban cuenta de la comisión de múltiples delitos entre el año 2001 y el año 2002, como homicidios a civiles, secuestros y extorsiones que fueron imputables a las Autodefensas Unidad de Colombia (AUC), al Ejército de Liberación Nacional (ELN), a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y a la delincuencia común. Con estos elementos probatorios la Corte pudo corroborar la existencia del primer hecho como generador de la perturbación del orden público.

Con relación al segundo hecho, las pruebas que el Gobierno Nacional remitió daban cuenta de ataques terroristas a la infraestructura económica del Estado en el 2001 y 2002 por parte del ELN y las FARC, como daños a la infraestructura vial, eléctrica, de acueducto y de comunicaciones. Las pruebas también daban cuenta de los ataques terroristas que se dieron el 07 de agosto de 2002, como la explosión de granadas en la Escuela Militar José María Córdoba de Bogotá en zonas aledañas a esta y la detonación de cargas explosivas en el Palacio de Nariño y en zonas aledañas. Con estos elementos probatorios la Corte también pudo constatar la existencia del segundo hecho como generador de la perturbación del orden público.

Respecto al tercer hecho, de las pruebas remitidas por el Gobierno Nacional de 2002 se hacía alusión a que una vez fracasado el proceso de paz de las FARC con el Gobierno anterior y una vez retomada la zona de distensión, las autoridades locales y regionales fueron coaccionadas para renunciar a sus cargos a través de amenazas y con la comisión de secuestros y homicidios en contra de los mismos, asimismo las autoridades judiciales han sido amenazadas para abandonar sus cargos.

Finalmente, sobre el cuarto hecho el Gobierno Nacional no remitió pruebas y por tal motivo la Corte no encontró acreditado que Colombia tuviese la más alta tasa de criminalidad a nivel mundial por lo que decidió excluirlo como motivación de la perturbación del orden público.

En el presupuesto valorativo, la Corte concluye que la valoración o apreciación que hizo el Presidente de la República sobre la gravedad de los hechos y su potencial para atentar de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado o la convivencia ciudadana estuvo dentro de los márgenes constitucionales, no fue arbitraria y con ella no se incurrió en error manifiesto, toda vez que el conflicto armado se ha expandido e intensificado provocando la violación de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en dimensiones excepcionales.

Por último, con relación al juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía, la Corte Constitucional concluyó que el Presidente de la República se ajustó a la Carta al considerar que las atribuciones ordinarias eran insuficientes para remediar la grave perturbación del orden público por lo que se requería de medidas extraordinarias que permitieran restablecer derechos y libertades. Al cumplir con los tres presupuestos, la Corte declara exequible el decreto declaratorio del estado de conmoción interior, pero deja claro que:

[...] la declaración de exequibilidad de la enunciación de dichos temas, así como de los considerandos donde se anuncian genéricamente las medidas necesarias para superar dicha insuficiencia, en ningún caso constituye un aval de la Corte a los decretos de desarrollo legislativo de la conmoción interior. Estos decretos serán juzgados uno por uno para corroborar si respetan la Constitución Política, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la Ley Estatutaria de los

Estados de Excepción (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-802 de 2002, p. 132).

### **Decreto 2002 de 2002**

Antes de que la Corte Constitucional se pronunciara sobre la constitucionalidad del Decreto 1837 de 2002, el Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 213 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002, decidió expedir el Decreto Legislativo de desarrollo 2002 del 09 de septiembre de 2002, por el cual se adoptaron medidas para el control del orden público y se definieron zonas de rehabilitación y consolidación.

El Decreto 2002 de 2002 se dividió en tres capítulos. En el capítulo I se agruparon las medidas para restablecer el orden público; en el capítulo II se definió qué eran las zonas de rehabilitación y consolidación y se agruparon las medidas y las restricciones que se realizarían en dichas zonas; y en el capítulo III se establecieron las disposiciones finales en cuanto a la responsabilidad civil, disciplinaria y penal de las autoridades que actuaran sin que se dieran las condiciones y circunstancias previstas en el propio decreto y finalmente dicho capítulo disponía la vigencia del decreto y las suspensiones normativas que realizaba.

Particularmente, en el capítulo I como medida para restablecer el orden público se autorizaba la «captura administrativa» en los siguientes términos:

Artículo 3°. Captura sin autorización judicial. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, procederá la captura del sospechoso sin que medie autorización judicial, cuando existan circunstancias que imposibiliten su requerimiento, siempre

que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro.

La autoridad que proceda a la captura, deberá llevar un registro en un libro especial, indicando la fecha, la hora, el lugar y el motivo que dio lugar a la captura, así como los nombres de las personas afectadas con dicha medida.

El capturado deberá ser puesto a disposición de un fiscal tan pronto como las circunstancias de hecho lo permitan y, en todo caso, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, para que aquel adopte la decisión correspondiente en el término de treinta y seis (36) horas.

Cuando la captura se hubiere realizado en los términos que señala el presente artículo, la autoridad que la llevó a cabo deberá informar a la Procuraduría General de la Nación el hecho y las razones que motivaron dicha actuación, mediante la remisión del correspondiente registro (Colombia. Presidencia de la República, 2002).

La captura sin autorización judicial o «captura administrativa» del artículo 3 del Decreto 2002 de 2002 tenía como aparente fundamento normativo el artículo 38, literal f) de Ley Estatutaria 137 de 1994, «Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia», no obstante lo anterior, la última norma prescribe lo siguiente:

**ARTÍCULO 38. FACULTADES.** Durante el Estado de Conmoción Interior el Gobierno tendrá además la facultad de adoptar las siguientes medidas:

[...] f) Disponer con orden de autoridad judicial competente, la aprehensión preventiva de personas de quienes se tenga indicio sobre su participación o sobre sus planes de participar en la comisión de delitos, relacionados con las causas de la perturbación del orden público.

Cuando existan circunstancias de urgencia insuperables y sea necesario proteger un derecho fundamental en grave e inminente peligro, la autorización judicial previamente escrita podrá ser comunicada verbalmente.

Cuando las circunstancias señaladas en el inciso anterior se presenten y sea imposible requerir la autorización judicial, podrá actuarse sin orden del funcionario judicial. El aprehendido preventivamente deberá ser puesto a disposición de un fiscal tan pronto como sea posible y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término de treinta y seis horas. En este caso deberá informarse a la Procuraduría del hecho y de las razones que motivaron dicha actuación, para lo de su competencia [...] (Colombia. Congreso de la República, 1994).

Esta medida para restablecer el orden público y que afectaba el derecho fundamental a la libertad estuvo sin control judicial desde el 09 de septiembre de 2002 hasta el 26 de noviembre de la misma anualidad, fecha en la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de este decreto.

### ***Control de constitucionalidad del Decreto 2002 de 2002***

La Corte Constitucional realizó el control de constitucionalidad al Decreto 2002 de 2002, a través de la sentencia C-1024 de 2002. Con esta sentencia, gran parte del articulado del decreto fue declarado inexecutable y en especial el artículo 3° de la mencionada normativa; a continuación se pasa a analizar el razonamiento realizado por la Corte para declarar la inconstitucionalidad del citado artículo.

La Corte Constitucional toma, para someter al estudio de constitucionalidad, parte del primer inciso del artículo 3° del Decreto 2002 de 2002, el apartado donde establece que se podrá realizar «la captura del sospechoso sin que medie autorización judicial, cuando existan circunstancias que imposibiliten su requerimiento, siempre que haya urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro [...]» así, sobre este punto procede a explicar cuál es la diferencia entre lo prescrito en el artículo 3° del Decreto 2002 de 2002 y lo dispuesto en el artículo 38, literal f) de la Ley Estatutaria 137 de 1994, específicamente acerca de la procedencia de la captura sin autorización judicial así, mientras que el inciso primero del artículo 3° del Decreto legislativo habla del «sospechoso», el artículo 38 de la ley estatutaria habla de «[...] personas de quienes se tenga indicio», lo que comporta, para la Corte, que sospecha e indicio no son términos equiparables, distinguiendo que:

La primera, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se refiere a la “acción y efecto de sospechar”, es decir, la de “Aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad. Desconfiar, dudar, recelar de una persona”. El indicio en tanto, es en nuestra legislación un medio de prueba en virtud del cual a partir de un hecho conocido debidamente

demostrado (hecho indicador), se llega por el juez mediante una inferencia lógica a concluir la existencia de otro hecho (hecho indicado), objeto de la investigación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1024 de 2002, p. 104).

Esta diferencia para la Corte cobra importancia en el estudio de constitucionalidad del artículo 3° del Decreto Legislativo 2002 de 2002, en el sentido de que:

La sospecha de suyo es de carácter subjetivo, no requiere la demostración de un hecho antecedente, puede implicar una duda basada en conjetura, con apariencia o visos de verdad, pero en ningún caso es medio de prueba, no puede tener la fuerza suficiente para incriminar a nadie; y si ello es así, mucho menos para privarlo de la libertad porque alguien, con autoridad o sin ella, sospeche de otro como el autor de una conducta delictiva o de sus planes de participar en ella, pues estos como ya se dijo por sí mismos no son punibles a menos que se trate de haber intentado llevarlos a un inicio de ejecución con manifestaciones externas e inequívocas respecto de delitos que llevaron a la declaración de conmoción interior o tendientes a mantener la perturbación del orden público (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1024 de 2002, p. 104).

Es así como el más alto tribunal de constitucionalidad colombiano pasa a concluir que:

[...] salta entonces a la vista que sospechoso no es lo mismo que indiciado de algo; en este caso de participar o tener planes para participar en un hecho delictivo. Y, siendo ello así, autorizar mediante la norma objeto de análisis la procedencia de la captura “del sospechoso” y fuera de eso sin autorización judicial, resulta violatorio

del artículo 28 de la Constitución Política (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1024 de 2002, pp. 104-105).

La Corte procede a declarar la inexecutable del artículo 3° del Decreto 2002 de 2002 en la primera resolución de la sentencia, pero sin modular efectos temporales en la decisión, por lo que se entiende que la misma tuvo efectos hacia el futuro, esto de conformidad con lo expresado por la misma Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, a saber:

[...] en la actualidad, por regla general y salvo que se indique expresamente algo diferente en el fallo, la declaratoria de inexecutable de una disposición tiene efectos hacia futuro (ex nunc) y esto, según lo ha explicado esta Corte, encuentra sustento en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican “la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico” mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal en una providencia con fuerza erga omnes, luego de surtir un proceso de constitucionalidad abstracta.

En este orden de ideas, cuando esta Corporación declara la inconstitucionalidad de una norma sin retrotraer los efectos de su determinación, convalida de contera las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo entre el instante en el que entró en vigencia y la fecha de la sentencia, pues las actuaciones adelantadas en ese lapso, en principio, se reputan como legítimas por haber sido ejecutadas en consonancia con el derecho positivo vigente (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-037 de 2019, pp. 17-18).

Lo anterior lleva a concluir que existió un lapso de 77 días aproximadamente en el que hubo varias capturas sin autorización judicial por parte del Estado colombiano en aplicación del artículo 3° del decreto legislativo 2002 de 2002, con repercusiones importantes para la Responsabilidad Extracontractual del Estado a nivel nacional y a nivel internacional, lo que será abordado en el siguiente capítulo.

## Capítulo II

### **Responsabilidad patrimonial del Estado por privaciones de la libertad y por detenciones sin orden judicial derivadas del decreto 2002 de 2002 en la «Operación Orión» y en la Comuna 13 de Medellín**

La Comuna 13 de Medellín en el año 2002 fue objeto de la puesta en marcha de la política de Seguridad Democrática en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez.

Dicha Política se fundamentó en tres ejes: seguridad democrática, confianza inversionista y cohesión social. El primer eje significó toda la estrategia militar desplegada para asegurar el control territorial por parte de la fuerza pública, así como para someter y derrotar militarmente a los actores insurgentes del conflicto armado interno, en particular a las organizaciones guerrilleras de las FARC y del ELN. Además de esto, durante este gobierno la estrategia militar estuvo articulada con la política de negociación con las organizaciones paramilitares, para lograr su desmovilización, sometimiento a la justicia y reintegración a la vida civil. (Londoño Berrío, 2016, p. 88)

Los días 16 y 17 de octubre de 2002 en la comuna 13 de Medellín se ejecutó la operación militar titulada «Orión», derivada de la ejecución de esta política de Seguridad Democrática y soportada jurídicamente con los decretos legislativos anteriormente señalados, donde se tenía como finalidad terminar los problemas de seguridad que aquejaban a la zona y a la ciudad en general, por la existencia de las llamadas «Milicias populares», que eran facciones armadas adscritas a las guerrillas de las FARC, el ELN, y otros actores armados que también han participado en el escenario del conflicto armado colombiano.

La Fiscalía General de la Nación, amparada en el artículo 3° del Decreto Legislativo 2002 de 2002 impuso medidas de aseguramiento a varias personas que fueron capturadas sin orden judicial, en desarrollo de la «Operación Orión» y con posterioridad a ella, por el delito de concierto para delinquir con fines terroristas, la manera como se ejecutaba este accionar es relatado de manera adecuada con los siguientes apartados:

[...] algunas personas fueron conducidas a los puestos de mando de la Operación y hasta las tanquetas del Ejército, allí las tuvieron unas horas, las sometieron a reconocimiento de los informantes y luego fueron liberadas; lo cual constituye una detención arbitraria, así no se registre como tal, y así sólo se reconozcan en las cifras las persona que fueron conducidas hasta los patios de los organismos de seguridad como la Sijín, la Cuarta Brigada, el DAS y el CTI de la Fiscalía.

En estos sitios, según testimonios de las propias víctimas, los detenidos fueron objeto de reseñas, filmaciones y reconocimientos de informantes. De las 355 personas que los cuerpos estatales de seguridad aceptaron oficialmente haber detenido, 170 personas fueron judicializadas. Lo cual quiere decir que hubo por lo menos 185 personas que permanecieron detenidas arbitrariamente durante varios días, en calabozos, antes de ser puestas en libertad (CINEP & Justicia y paz, 2003, p. 21).

Incluso, debido a las medidas excepcionales para restablecer el orden público en la comuna 13 de Medellín, varios ciudadanos fueron privados de la libertad durante varios años, toda vez que una vez detenidos sin orden judicial, la Fiscalía solicitó medidas de aseguramiento contra los

mismos mientras se desarrollaba el proceso penal<sup>8</sup> en su contra; sin embargo, el Juez Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín los absolvió por ausencia de material probatorio, esta decisión fue confirmada por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín – Sala Penal. Varias de las personas afectadas por la privación de la libertad durante varios años acudieron a la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de reparación directa para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, Ministerio De Defensa-Policía Nacional, Ministerio de Defensa-Fuerza Aérea y otros y algunas de las personas que fueron detenidas sin orden judicial durante varios días acudieron a la Corte Interamericana Derechos Humanos buscando reparación por parte del Estado colombiano.

**Jurisprudencia Nacional: ¿Cómo se ha juzgado al Estado colombiano por privaciones de la libertad derivadas de la «Operación Orión»?**

Las decisiones judiciales contradictorias para casos con igualdad fáctica, probatoria y normativa no son ajenas a los resultados de las acciones incoadas por las personas que fueron privadas de la libertad. Los ciudadanos Horacio Albeiro Cortés García, Fabio Alexander Giraldo Ospina, César Augusto Cano Ospina y Evier Marín Cardona el 28 de enero de 2011 interpusieron acción de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional de Colombia – Policía Nacional – Fuerza Aérea – CTI – Fiscalía – Gaula – CEAT – DAS, con el fin de que se declarara la responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados con la privación de la libertad a la que fueron sometidos desde octubre de 2002.

---

<sup>8</sup> Al proceso penal le fue asignado el radicado 05001310700320030052101

Al proceso le fue asignado el radicado 05001-23-31-000-2011-00405-00, la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y la decisión sobre la admisión fue debidamente notificada a las demandadas. La demanda solo fue contestada por el Ejército Nacional y por la Fiscalía General de la Nación. El Ejército Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso la excepción de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva señalando que dicha entidad no emitió orden de detención alguna en contra de los demandantes y tampoco les impuso medida de aseguramiento. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación también se opuso a las pretensiones, adujo que la investigación penal se adelantó con fundamento en las pruebas legalmente aportadas al proceso penal, de ahí que no le asistía responsabilidad alguna. Igualmente, el ente acusador indicó que no se logró demostrar el carácter de injusto de la privación, pues no existió el daño antijurídico que se reclamaba y el hecho de que se absolviera a los implicados no desvirtuaba o deslegitimaba la vinculación mediante medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda, sostuvo en la sentencia que no se demostró que a los demandantes se les hubiese impuesto o no una medida de aseguramiento. Adicionalmente señaló que las personas aparentemente afectadas no asumieron la carga de probar que fueron reclusos en un establecimiento carcelario y, además, que en ningún momento demostraron los supuestos fácticos señalados en la demanda, pues «[...] durante el período probatorio, la parte no desplegó ninguna actuación dirigida a impulsar el recaudo (SIC) de la misma, conformándose únicamente con su decreto, pese a que fue requerida en varias ocasiones» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 12).

Por último, el Tribunal Administrativo de Antioquia consideró que no se podía realizar algún reproche contra las entidades demandadas, porque no se pudo identificar cuál fue su actuación dentro del proceso penal. La decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia fue apelada por los demandantes, argumentaron primero que: «[...] no hubo un análisis de los argumentos legales presentados en la demanda y que se encontraban demostrados los perjuicios sufridos al estar privados de la libertad por “siete largos años”» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 12).

En segundo lugar, el apelante de la parte accionante sostuvo que:

[...] los argumentos esbozados fueron *“subjetivistas [...] pretendiendo que se demuestren situaciones inverosímiles, desconoce esta judicatura que las capturas que se le dieron a mis defendidos, fueron producto de la operación ORIÓN, [...] esta situación como tal es de público conocimiento por todo el conglomerado humano Colombiano ES UN HECHO NOTORIO”*<sup>9</sup> (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 12).

Como tercer argumento adujo lo siguiente:

« [...] el Tribunal Administrativo de Antioquia contaba con la potestad de oficiar y solicitar los medios de prueba que estimara convenientes en aras de hacer justicia en el presente asunto, *“pero en gracia de discusión esta servidora, aportó las*

---

<sup>9</sup> Se conserva la mayúscula sostenida en este apartado, pues corresponde a la fuente. De igual manera, se conserva la cursiva, pues esta es utilizada por el Consejo de Estado para indicar que esos son los argumentos que utiliza la parte demandante para sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal administrativo de Antioquia. En adelante, las cursivas que correspondan a esta sentencia cumplen con la misma función.

*pruebas documentales, sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín sala penal, donde se esbozan razones motivos y circunstancias de la absolución de mis poderdantes, donde por interpretación lógica y jurídica pone en conocimiento, la situación jurídica de cada uno de los enjuiciados, argumentando y motivando la razón de su decisión absolviendo a mis defendidos”»* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 13).

Para concluir con la sustentación del recurso, la parte apelante procedió de la siguiente manera:

[...] indicó que la sentencia del Tribunal Superior de Medellín “*demuestra la existencia del hecho dañino por parte del ente acusador, unos perjudicados que estuvieron privado de la libertad y hoy en día que se piden se le administre justicia no le creen, [...] ahora bien ninguno de los argumentos esbozados por el a quo, fueron aducidos por las partes demandas (SIC) a quien les tocaría argumentarlas y probarla y de esta forma entrar en contradicción”* (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 13).

El trámite de segunda instancia le correspondió al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, y en este trámite, la Sala circunscribió como aspectos a resolver los siguientes:

- i) Si las circunstancias que rodeaban la operación Orión eran un “hecho notorio” y, por tanto, los demandantes no contaban con la carga de la prueba.
- ii) Si en el presente asunto era necesario hacer uso de la potestad oficiosa del Juez para lograr determinar la responsabilidad de los demandados.
- iii) Si los medios obrantes dentro del plenario resultaban suficientes para demostrar el daño causado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 17).

Frente al primer aspecto, el *ad quem* admitió que entre el 16 y el 19 de octubre de 2002, en la comuna 13 de Medellín, se llevó a cabo la «Operación Orión», «lo que resultaba ser un hecho notorio, por tratarse de un hecho de conocimiento público y de alta difusión, lo que eximía a los demandantes de acreditar dicha situación» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 19). No obstante, la sala advirtió que tener como hecho notorio el despliegue de la «Operación Orión» no significaba que:

[...] los demandantes no tuvieran que demostrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que supuestamente fueron capturados y privados de la libertad, lo que quiere decir que a ellos, en virtud del principio de la carga de la prueba, les correspondía probar que producto de la operación Orión fueron detenidos, reclusos en establecimiento carcelario y posteriormente absueltos de responsabilidad penal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, pp. 20-21).

En el segundo aspecto, el Consejo de Estado consideró que no resultaba procedente el decreto oficioso de pruebas, con el fin de verificar si existió o no una privación de la libertad y el tiempo que duró, soportándose en jurisprudencia de la Corte Constitucional donde se ha explicado que el decreto oficioso de pruebas es un deber del juez, siempre y cuando:

[...] (i) 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.

[...] esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos con la finalidad de tener certeza sobre la realidad fáctica del litigio, sin que ello implique, desde luego, que se haga uso de ese poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados en lo atinente a los medios probatorios. Es decir, la prueba de oficio encuentra su razón de ser en la certidumbre del operador jurídico respecto de los hechos que a pesar de estar insinuados a través de otras pruebas, no han ofrecido el grado de convicción requerido (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A, 56.905, 2018, p. 22).

Lo anteriormente reseñado por el Consejo de Estado se hace con la finalidad de advertir que son las partes del proceso las que deben aportar y solicitar las pruebas necesarias para demostrar sus afirmaciones y que en caso de dudas que no se puedan superar con los medios de

convicción obrantes en el expediente, allí surge para el juez administrativo el deber de decretar las pruebas que se requieran para salir de la incertidumbre. No obstante, esa potestad de ninguna manera implica la obligación de suplir las cargas probatorias que le corresponden a los extremos del litigio.

La Sala concluye sobre el segundo aspecto afirmando que la parte activa del proceso no realizó ninguna actuación encaminada a esclarecer los hechos alegados y asumió una actitud pasiva frente a las escasas pruebas que obraban en el expediente judicial y que, de hecho, su falta de actividad probatoria fue de tal talante que no solicitó que se oficiara a la Rama Judicial para que allegara el proceso penal completo, lo cual indica que incumplió con la carga de la prueba que le correspondía.

Finalmente, respecto al tercer aspecto, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa aclara que el material probatorio que obraba dentro del plenario no le generaba un grado tal de duda que le impusiera el deber de ejercer su facultad oficiosa en materia probatoria, ya que si lo hiciera estaría supliendo o subsanando la inactividad de los accionantes, los cuales no demostraron si existió una privación de la libertad, y la simple afirmación realizada en la demanda no era suficiente para darla por probada. Por lo anterior, el Consejo de Estado concluyó que como en el proceso no se demostró la configuración de un daño no quedaba de otra que confirmar la sentencia de primera instancia.

Por otro lado, el ciudadano Jaime Alberto Giraldo Vásquez, quien también fue capturado sin orden judicial en desarrollo de la «Operación Orión» por el delito de concierto para delinquir con fines terroristas y que también fue exonerado en el mismo proceso penal de los ciudadanos Horacio Albeiro Cortés García, Fabio Alexander Giraldo Ospina, César Augusto Cano Ospina y

Evier Marín Cardona, decidió promover de igual manera acción de reparación directa en contra de la Nación–Fiscalía y contra la Rama Judicial, con el fin de que se declarara la responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados con la privación de la libertad a la que fue sometido desde octubre de 2002.

Al proceso le fue asignado el radicado 05001-23-31-000-2011-01084-00, la demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y la decisión sobre la admisión fue debidamente notificada a la parte accionada. La Fiscalía General de la Nación en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones, adujo que impuso la medida con fundamento en dos indicios graves de responsabilidad. La Nación-Rama Judicial propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva<sup>10</sup>. El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretensiones, porque no se desvirtuó la presunción de inocencia, y absolvió a la Nación-Rama Judicial. La Nación-Fiscalía General de la Nación interpuso recurso de apelación, sustentando que no se acreditó la privación de la libertad.

El trámite de segunda instancia le correspondió al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, con consejero ponente Guillermo Sánchez Luque. Esta sentencia comportaría un punto de quiebre en comparación a la sentencia anteriormente analizada, creando una brecha entre la Subsección A y Subsección C de la Sección Tercera, debido a lo siguiente:

El 31 de julio de 2017 la Subsección C, mediante auto procedió a decretar de oficio una prueba determinante para resolver el fondo de la controversia expuesta por Jaime Alberto Giraldo

---

<sup>10</sup> La legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia como la titularidad de los derechos de acción y de contradicción.

Vásquez, porque existía un punto dudoso que no había sido posible esclarecer hasta tanto se remitiera el expediente del proceso penal seguido contra el demandante. Contrario a lo considerado por la Subsección A, para la Subsección C de conformidad con el inciso final del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo o Decreto 01 de 1984<sup>11</sup>, sí era procedente decretar prueba de oficio, por lo que dispuso:

PRIMERO: OFÍCIESE al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín, para que remita el expediente del proceso penal seguido contra Jaime Alberto Giraldo Vásquez, [...], por el delito de concierto para delinquir con fines terroristas.

SEGUNDO: En caso que el Juzgado no tenga en su poder lo señalado y haya pasado a otra autoridad, se servirá enviar el correspondiente oficio a la autoridad competente para que remita lo solicitado.

TERCERO: CONCÉDESE un término de diez (10) días para que la autoridad allegue los documentos relacionados (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 54.147, 2017, p. 2).

Desde luego, este punto fue determinante al momento del fallo, pues lo que estaba en entredicho para la Fiscalía era la no acreditación de la privación de la libertad, asunto que se

---

<sup>11</sup> Además, en la oportunidad procesal de decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.

resolvió con el expediente del proceso penal seguido contra Jaime Alberto Giraldo Vásquez, obtenido oficiosamente.

La Subsección C en la sentencia analizada consideró que el daño antijurídico estaba demostrado porque Jaime Alberto Giraldo Vásquez estuvo privado de su derecho fundamental a la libertad personal del 16 de octubre de 2002 al 03 de agosto de 2005, ya que la Fiscalía Delegada ante Jueces Penales del Circuito Especializados destacada para la SIJIN, DEANT y CEAT impuso medida de aseguramiento de detención preventiva a Jaime Alberto Giraldo Vásquez por el delito de concierto para delinquir, basada en la información de tres testigos que lo señalaron como comandante de las FARC y lo identificaron en una diligencia de reconocimiento en fila de personas.

No obstante, a pesar de estar privado de la libertad, en el transcurso del proceso penal, el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín absolvió a Jaime Alberto Giraldo Vásquez al concluir que medió un «error judicial» porque: «[...] (i) no existían pruebas en contra del sindicato, (ii) se presentaron serias irregularidades en la operación “Orión”, en la cual fue capturado y (iii) los testigos, con base en los cuales se inició la investigación penal, carecían de credibilidad» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 54.147, 2018, pp. 10-11).

La sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Medellín donde se absolvió a Jaime Alberto Giraldo Vásquez también es relevante para la subsección C del Consejo de Estado, ya que deja ver un contexto generalizado lleno de inconsistencias judiciales que rodearon la «Operación Orión» con los siguientes apartados:

Ha de puntualizarse [...] que la crítica -por entero drástica- tiene que ser severa como lo hicieron en coro los togados [...] en homenaje también a las cosas raras que aglutina todo el procedimiento que mereció en principio el nombre de “Operación Orión”. Y es importante registrarlo, porque quienes lo dirigieron no ordenaron ni actuaron a condición de una denuncia concreta en cuanto al hecho o hechos punibles y determinada en su particular agente [...]. Apenas se cuenta que durante interminables horas y en diferentes fechas, miembros pertenecientes a distintos organismos estatales allanaron y registraron residencias; y a quienes les faltaron convincentes explicaciones, los fueron reteniendo para investigarlos, sino era que estaban trabajando o pretendían hacerlo [...]

Y lo que hace neurálgico el problema, es la ficta verdad que parecen haber avocado algunos testigos tachados por diferentes motivos, más por enemistades, venganzas o promesas dinerarias, que por una directa percepción visual; incluso, por informes posteriores y complementarios de otros, o bien por dichos que eventualmente recordaron.

[...] Y no obstante haberse advertido el inocultable número de atropellos, declarantes sospechosos al no ser fieles a la verdad, muchos interesados en recibir propinas por delaciones o señalamientos vagos, y pero (SIC) aún, de unos reconocimientos en fila de personas realizados en circunstancias poco claras, por sujetos “encapuchados” y sin ninguna reserva legal.

[...] ante tal déficit testimonial, la mera probabilidad no puede dar paso franco a un fallo de condena. El juez en derecho -se piensa con buen fundamento- no puede dar por demostrada la certeza objetiva con el auspicio de una mera convicción moral, al alto precio de desconocer el principio de legalidad y potencializar un irreparable error judicial [...]» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 54.147, 2018, p. 11).

En esta misma línea de ideas, en la culminación del proceso penal, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia absolutoria argumentando que la Fiscalía no recaudó pruebas para tener certeza de la acusación, aunado al hecho de que en la ejecución de la «Operación Orión» se presentaron considerables violaciones a los derechos fundamentales y así lo hizo ver con las siguientes consideraciones:

Bueno es anotar que el procedimiento realizado por la fuerza pública en la comuna 13 se encuentra revestido de flagrantes violaciones a los derechos fundamentales constitucionales, pues no es compatible que en un Estado Social de Derecho como el nuestro se hagan procedimientos como el denominado “Operación Orión”, del cual si bien comulgamos bajo el entendido de que el Estado debe hacer presencia en todo el territorio nacional y en aras de propender por la seguridad de sus ciudadanos y restablecer el orden público, pero no por ello se pueden pasar por alto las formalidades que demanda la aprehensión de las personas, máxime cuando ni siquiera se tiene una orden judicial que así lo disponga ni se configuran de manera clara las excepciones constitucionales para el ejercicio legítimo de esa actividad.

[...] Ese examen valorativo es el que se viene de hacer de los diferentes testimoniantes que desfilaron por la encuadernación y que a decir verdad, se muestran falaces y faltos de credibilidad, precisamente por la misma condición en que se encontraban, pues, reitérese, la mayoría de ellos también formaron parte de los grupos al margen de la ley y no avizoramos en el dossier un testimonio que no esté infestado de un interés soterrado o de un móvil [...]» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 54.147, 2018, pp. 11-12).

Con todo lo anterior, la Subsección C del Consejo de Estado procede a confirmar la sentencia apelada argumentando que cuando la Fiscalía avaló la captura irregular y decretó la medida de aseguramiento con base en testimonios que no tenían credibilidad, no cumplió con los requisitos exigidos por los artículos 354 a 357 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) vigente al momento de los hechos, por eso el daño le era imputable a la Nación-Fiscalía General de la Nación y no a la Nación-Rama Judicial, ya que esta última absolvió a Jaime Alberto Giraldo Vásquez.

En conclusión, se podría afirmar que lo que determinó el curso diametralmente opuesto de los dos procesos fue la decisión que tomó la Subsección A para negar el decreto de la prueba de oficio y la decisión de la Subsección C para decretar la prueba de oficio, la independencia judicial de la Subsección A se tradujo para los ciudadanos Horacio Albeiro Cortés García, Fabio Alexander Giraldo Ospina, César Augusto Cano Ospina y Evier Marín Cardona al igual que para sus familiares en una decisión que se apartó del sendero de la justicia material en la jurisdicción contencioso administrativa.

### **Jurisprudencia internacional: ¿Cómo se ha juzgado al Estado colombiano por detenciones sin orden judicial en la Comuna 13 de Medellín?**

Privaciones de la libertad y detenciones sin orden judicial fueron una constante durante la vigencia del estado de conmoción interior declarado en Colombia con el decreto 1837 de 2002 y durante la vigencia del decreto 2002 de 2002, como se señaló con anterioridad. Escenario en el cual la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano por estos daños tuvo incidencia no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional, como por ejemplo, en el Caso Yarce y Otras VS. Colombia llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde quedó probado que las ciudadanas Mery del Socorro Naranjo Jiménez, María del Socorro Mosquera Londoño y Ana Teresa Yarce fueron detenidas sin orden judicial y privadas de la libertad 9 días desde el 12 de noviembre de 2002 hasta el 21 de noviembre de la misma anualidad, por lo siguiente:

El “informe de retención”, indica que se recibió información por parte “de dos vecinos del sector”, quienes declararon que las señoras Yarce, Naranjo y Mosquera eran “milicianas” y que “estaban cambiando de lugar de residencia” debido a que “las iban a coger”. Con posterioridad a la detención, uno de los dos vecinos expresó que las mujeres habían “utilizado las fuerzas vivas del barrio para impedir que él perteneciera a la JAC”. Asimismo, declaró que “no [...] conocía” acción delictiva alguna” por parte de las señoras Yarce, Naranjo y Mosquera, pero que “alguna amistad [...] debía existir” entre las mujeres con las milicias, pero que no vio que operaran “activamente”. Por su parte, el segundo vecino aludido declaró que no tenía conocimiento directo de los hechos alegados, pues estos provenían de rumores públicos y que él no conoce nada directamente, pero que el primer vecino es quien

sabía. Ante lo anterior, el Fiscal 40 Especializado en la Resolución de Situación Jurídica emitida el 21 de noviembre de 2002, expuso la existencia de un “absoluto vacío probatorio” en las declaraciones de los dos informantes y sostuvo que “el rumor público no es un medio de prueba admitido por la ley”. Finalmente, determinó “no proferir medida de aseguramiento” en contra de las mujeres “por no existir prueba seria, veraz y contundente”, y ordenó su “libertad inmediata” y “expedir la correspondiente boleta de libertad”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yarce y Otras vs. Colombia, 2016, pp. 51-52).

Para la atribución de responsabilidad al Estado colombiano por estos sucesos la Corte Interamericana hace alusión a la legislación vigente, señalando que de conformidad a la legislación vigente al momento de los hechos y con fundamento en el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 2002 de 2002, se podía realizar la detención sin autorización judicial previa, en casos donde existiera urgencia insuperable y la necesidad de proteger un derecho fundamental que se encontrara en grave o inminente peligro, y no pudiera acudir a la autoridad judicial, y fue así como las señoras Yarce, Naranjo y Mosquera fueron aprehendidas.

En cuanto a la “detención administrativa preventiva”, la perita Magdalena Inés Correa Henao adujo que ésta figura estaba contemplada para el mes de noviembre del año 2002 en el ordenamiento jurídico colombiano y que para adelantarla no se requiere “[...] la plena verificación de los hechos” que da lugar a ella “[...] por las mismas características que posee la medida”. Adicionalmente, agregó que aun cuando la sentencia C-1024-02 declaró, en palabras de la perita, “[...] contrarios a la Constitución algunos preceptos” del Decreto No. 2002 de 2002, ésta declaración

tuvo efectos “hacia el futuro”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yarce y Otras vs. Colombia, 2016, p. 52).

La Corte Interamericana no se detiene solo a analizar que la sentencia C-1024 de 2002 tuvo efectos hacia el futuro, en especial la parte que declaró inconstitucional el artículo 3° del Decreto 2002 de 2002, sino que también analiza cómo se dio aplicación de este artículo respecto a la «urgencia insuperable»:

[...] los funcionarios del ejército y de la policía nacional efectuaron la aprehensión basados en la información de dos vecinos del barrio que afirmaron que las tres mujeres iban a abandonar sus viviendas y evadir la acción de la justicia. No obstante, de acuerdo a los hechos, ellas permanecían en sus domicilios al momento de la detención, y no se desprende con claridad que iban a cometer un delito o poner en grave peligro un derecho fundamental como lo exigía la normativa vigente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yarce y Otras vs. Colombia, 2016, pp. 52-53).

En términos generales lo reseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es que a pesar de que el Decreto 2002 de 2002 contenía preceptos contrarios a la Constitución colombiana de 1991, como el hecho de permitir la detención sin orden judicial en contravía del artículo 28 superior, ni siquiera se cumplieron con los mínimos establecidos en el mismo decreto para proceder con la captura sin orden judicial y con la detención administrativa preventiva durante su vigencia, antes de que la Corte Constitucional declarara inexecutable el artículo 3 del decreto 2002 de 2002, en la sentencia C 1024 de 2002.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Corte Interamericana consideró que como consecuencia de la ilegalidad y arbitrariedad de la detención de las señoras Yarce, Mosquera y Naranjo en relación al daño inmaterial causado debían ser compensadas en equidad con un monto de USD \$5,000.00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) cada una.

### **Atribución de Responsabilidad Patrimonial a la Nación - Rama Ejecutiva**

En los juicios de responsabilidad extracontractual del Estado a nivel nacional e internacional vistos con anterioridad, se nota una particularidad en cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, pues en cada caso se deja de vincular al contradictorio a la Nación – Rama Ejecutiva por los daños antijurídicos y perjuicios ocasionados con el Decreto de estado de excepción 2002 de 2002; ya que si bien está claro, como quedó demostrado en todos los casos referidos, que fue la Fiscalía General de la Nación quien directamente impuso medidas de aseguramiento o autorizó la detención administrativa preventiva a estas personas que fueron capturadas sin orden judicial, tampoco se debe desconocer que el ente acusador estaba actuando de conformidad al ordenamiento jurídico excepcional vigente para el momento de los hechos.

Lo que se desea precisar es que si bien la aplicación material o inmediata del Decreto 2002 de 2002 la realizó la Fiscalía, esto no es óbice para desconocer la responsabilidad mediata de la Rama Ejecutiva del Poder Público por la expedición del decreto. Existen elementos jurídicos que permiten atribuir responsabilidad a la Nación - Rama Ejecutiva por los daños antijurídicos causados como consecuencia de la expedición de este decreto legislativo a partir del régimen de responsabilidad subjetiva o por falla del servicio en la función legislativa como se procederá a explicar.

Es preciso señalar que el referido decreto legislativo mantuvo total vigencia hasta el 26 de noviembre de 2002, fecha en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable gran parte del articulado de esta norma, incluido el artículo 3, el cual posibilitaba la captura sin mediar orden judicial; no obstante, como fue advertido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta declaración tuvo efectos “hacia el futuro”.

El hecho de que la Corte Constitucional declare inexecutable una norma y no module efectos temporales en la declaración ha tenido posturas divididas en la Sección Tercera del Consejo de Estado. Por un lado, la Subsección C ha sostenido que cuando la Corte Constitucional no determina expresamente efectos retroactivos en sus sentencias esto « [...] conlleva que los hechos acaecidos en vigencia de los artículos cumplieron lo establecido por el ordenamiento jurídico y se insiste, cobijado por la presunción de legalidad» (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 26.690, 2013, p. 34). Con base en esta postura, no se podría predicar responsabilidad cuando una norma causó un daño antijurídico y luego ha sido declarada inexecutable con efectos hacia el futuro.

De otro lado, la misma Subsección C planteó posteriormente una posición diferente a la anterior en la sentencia del proceso 28.741 expedida el 26 de marzo de 2014, la Sala primero hizo la siguiente aclaración:

[...] cuando se habla de responsabilidad por el “hecho del legislador”, no se hace alusión únicamente a la ley en sentido estricto, sino también en sentido material. Es decir, que caben en este escenario no sólo las leyes expedidas por el Congreso, sino también todas aquellas normas que se caracterizan a su vez por ser generales, impersonales y abstractas, como los actos administrativos, decretos - ley, decretos

expedidos por el presidente en el marco de facultadas extraordinarias, resoluciones, ordenanzas, entre otros, comoquiera que es de la función reguladora del Estado como tal, de la que puede derivarse el daño antijurídico, sin importar su grado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 28.741, 2014, pp. 23-24).

Una vez hecha la aclaración anterior, la sala procede a plantear la posición que dista del fallo anteriormente reseñado y en esta última decisión sostiene que:

[...] nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexecutable, constituye per se una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos - y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C, 28.741, 2014, p. 54).

Haciendo un análisis de esta última postura de la Subsección C, se puede afirmar que cuando una autoridad pública en ejercicio de función legislativa, como en este caso la Rama Ejecutiva, contraría la Constitución, incurre en una falla del servicio que eventualmente puede dar

lugar a que se declare la responsabilidad si se logra acreditar que la norma declarada inexecutable ocasionó un daño antijurídico.

La posición anterior puede ser complementada por Wilson Ruiz, el cual sostiene que los requisitos exigibles para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio en la función legislativa son:

(I) La declaración de inconstitucionalidad de la ley, con independencia de que sus efectos sean ex nunc – hacia el futuro – o ex tunc – hacia el pasado. (II) La existencia de un daño antijurídico, es decir, que la víctima no estaba obligada constitucional ni legalmente a soportar, verificable a partir del menoscabo a derechos o intereses legítimos. (III) La conexidad entre la omisión o falla del legislador y el daño o menoscabo a los intereses protegidos a la víctima por el ordenamiento jurídico, que ni la Constitución, ni la ley le impusieron como soportable (Ruiz Orejuela, 2015, p. 120).

En conclusión, se tiene que el Decreto Legislativo 2002 de 2002 existió porque se expidió por el Presidente de la República, quien era el competente para hacerlo y produjo efectos jurídicos; sin embargo, estaba viciado materialmente de invalidez, ya que vulneraba normas constitucionales, vulneración que es sustento para afirmar que el daño causado a los ciudadanos de los casos reseñados se tornaba antijurídico, es decir, que las víctimas no se encontraban en el deber jurídico de soportarlo.

Si se tiene claro que jurídicamente es plausible atribuir responsabilidad a la Rama Ejecutiva por los daños antijurídicos causados con la expedición del decreto legislativo de desarrollo 2002

de 2002, se hace importante analizar a partir de qué momento se podía iniciar el proceso de reparación directa por la privación injusta de la libertad derivada de la aplicación de este decreto.

Para interponer acción de reparación directa el Código Contencioso Administrativo establecía que la acción debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, la omisión, la operación administrativa o a la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa<sup>12</sup>.

Cuando la responsabilidad es subjetiva o por falla del servicio en la función legislativa, el término de caducidad se empezaría a contar a partir del día siguiente a la declaratoria de inexecutable del Decreto legislativo 2002 de 2002, debido a que es sólo a partir de allí que los ciudadanos podían conocer, con certeza, que se les había ocasionado un daño de carácter antijurídico. No obstante, tratándose de procesos de reparación directa por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>13</sup> ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad.

Como los procesos e investigaciones penales se iniciaron antes de la declaratoria de inexecutable por la Corte Constitucional y debido a que la sentencia C-1024 de 2002 tuvo

---

<sup>12</sup> Artículo 136 N° 8 del decreto 01 de 1984.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterado en sentencia del 11 de agosto de 2011, expediente 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. Al respecto puede consultarse igualmente el auto del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A del 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

efectos hacia el futuro, se presentó un fenómeno jurídico denominado ultractividad en la modalidad de supervivencia normativa<sup>14</sup>, donde gran parte del articulado del Decreto 2002 de 2002 fue expulsado del ordenamiento jurídico pero los artículos expulsados siguieron generando efectos jurídicos.

Lo anterior puede ser explicado por Diego Martínez (2007), el cual sostiene:

[...] Si se entiende que el objetivo de las normas es producir efectos, modificar la realidad, resultaría entonces paradójico que una norma que se reconozca como nula haya producido efectos.

Ahora bien, es preciso considerar que la declaratoria de nulidad de una norma es un acto posterior a aquél en el que se crea la misma. Esta consideración impone admitir que en ese lapso la norma produjo efectos. De tal suerte, si la nulidad es declarativa los efectos producidos por la norma anulada se tendrán como no existentes, aunque efectivamente hayan existido.

En estas condiciones es dable pensar, en términos generales, que un acto nulo ha producido efectos pero que es necesario deshacerlos, y es ésta la situación que justificaría la vigencia retroactiva de una sentencia de nulidad declarativa. (Martínez Marulanda, 2007, pp. 213-214)

---

<sup>14</sup> Para profundizar acerca de la ultractividad puede consultarse en: Martínez Marulanda, D. Fundamentos para una introducción al derecho, Medellín: Universidad de Antioquia, 2007. pp. 171-174.

La anterior posición da cuenta que la sentencia C - 1024 de 2002 debió tener una vigencia retroactiva; sin embargo, no se puede desconocer que muchas veces en el derecho se presentan situaciones que desconocen criterios lógicos y la omisión de la Corte Constitucional de no modular efectos retroactivos en esta sentencia es una de ellas.

Debido al fenómeno jurídico de la ultractividad, que se dio toda vez que la Corte no moduló efectos retroactivos en Sentencia C-1024 de 2002, los efectos jurídicos adversos del decreto se siguieron generando para estos ciudadanos a los que se les inició proceso penal hasta que fueron absueltos, momento a partir del cual se configuró el carácter injusto de la limitación de su derecho a la libertad. Se concluye entonces que tenían dos años para interponer la acción de reparación directa contados a partir de la absolución por medio de la sentencia o de la providencia que precluyó la investigación y no desde la declaratoria de inexecutable del decreto 2002 de 2002.

La atribución de responsabilidad patrimonial al Estado por daños antijurídicos producidos por el hecho del legislador cobra importancia en este análisis porque los juicios de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad presuponen, entre otras cosas, la existencia de un proceso penal, la privación de la libertad y una sentencia absolutoria en firme<sup>15</sup>, no obstante, una privación de libertad producida por el hecho del legislador no necesariamente requiere de una sentencia absolutoria en firme, basta con que se pruebe que la privación de la libertad fue consecuencia de la aplicación de una norma que posteriormente fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

---

<sup>15</sup> Ver artículos 9.5 y 14.6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## Conclusiones

La Constitución de 1991 establece en cabeza de la Corte Constitucional la facultad de realizar un control de constitucionalidad posterior y automático sobre los decretos legislativos o de estados de excepción. Este tipo de control es inadecuado porque permite la configuración de daños antijurídicos por parte del Estado colombiano en el lapso que se toma la Corte para realizar el control de constitucionalidad, porque los decretos legislativos o de estados de excepción una vez expedidos se pueden ejecutar sin importar si contienen preceptos contrarios a la Constitución, ya que se presumen ajustados al ordenamiento jurídico colombiano.

Los casos de las privaciones de la libertad y de detenciones sin orden judicial que fueron señalados en las sentencias son el reflejo de violaciones de derechos fundamentales a ciudadanos, daños que pudieron evitarse si la Constitución Política de 1991 hubiese consagrado un control de constitucionalidad diferente sobre los decretos legislativos o de estados de excepción, lo cual a su vez hace reflexionar acerca de la forma como concebimos el control de constitucionalidad: ¿se trata de un control de constitucionalidad meramente formal donde la Constitución debe prevalecer frente a cualquier otra norma de menor jerarquía? ¿o se trata de garantizar que los derechos y principios consagrados en la Constitución no sean desconocidos o vulnerados por normas infraconstitucionales?

Considerando lo anterior, si la respuesta encontrada es la primera ello quiere decir que la forma como está establecido el control de constitucionalidad de los decretos legislativos o de estados de excepción es la adecuada, porque después de un lapso a pesar de que muchos de los derechos establecidos en la Constitución hayan sido vulnerados por una norma de jerarquía inferior,

como en este caso un decreto legislativo, se dispondrá que la norma es inconstitucional, se expulsará del sistema normativo pero con la incapacidad de expulsar del plano material sus efectos jurídicos y se quedará a la espera de un eventual proceso en el que se busque la reparación de los daños antijurídicos causados.

Si por el contrario, la respuesta se fundamenta en el segundo supuesto, ello implica que el control de constitucionalidad posterior y automático que se realiza sobre los decretos legislativos o de estados de excepción consagrado en la Constitución de 1991 no es adecuado y se debe asumir que los daños antijurídicos causados en el lapso que transcurre entre su expedición y el control de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional son consecuencia de un error normativo de la carta política.

No obstante, afirmar que en la Constitución de 1991 existe un error normativo significaría asumir que el constituyente primario incurrió en un error al realizar su función constituyente y por ende sería responsable de los daños antijurídicos causados debido al error normativo. Pese a ello, actualmente la jurisprudencia colombiana sostiene la tesis de que el Estado colombiano es irresponsable por actos del poder constituyente:

Los argumentos que respaldan dicha postura se pueden resumir en cuatro: 1) se sostiene que el poder constituyente es un poder soberano y por tanto ilimitado, 2) que en consecuencia, los poderes constituidos son incompetentes para ejercer control jurisdiccional alguno sobre sus actos, 3) que en un tránsito constitucional no se puede alegar la existencia de derechos adquiridos porque el poder constituyente no se encuentra sometido a ningún régimen u orden jurídico anterior y, 4) entonces, la indemnización solo sería procedente en los casos en que el mismo constituyente

decidiera – como soberano que es- preverla de manera expresa en la Constitución (Hincapié Restrepo, 2017, pp. 132-133)

Desde luego, esta posición es aceptable si se asume que el poder constituyente primario es omnisciente e incapaz de equivocarse, nada más alejado de la realidad. «Ninguna norma fundamental jurídico – racional impide que, en lugar de la representación del pueblo, sea un monarca o incluso un dictador el origen último del que fluya todo el sistema de Derecho» (Bloch, 2011, pp. 269-270).

Pero más allá de saber si al poder constituyente se le podría atribuir responsabilidad o no, por incurrir en un error normativo, lo que se desea visibilizar es que mientras en la Constitución colombiana siga existiendo un control de constitucionalidad posterior y automático sobre los decretos legislativos o de estados de excepción se corre el riesgo de que sigan existiendo vulneración a los derechos fundamentales por parte del Estado colombiano, porque a pesar de que la misma Constitución Política señala en el artículo 214 numeral 2º que en los estados de excepción:

No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

Esta garantía no ha sido impedimento para que no solo se suspendan sino que se vulneren derechos humanos y libertades fundamentales, mientras no exista un control de constitucionalidad

diferente sobre estos decretos, por lo que lo ocurrido con la expedición del decreto legislativo 2002 de 2002, como las privaciones injustas de la libertad, seguirá ocurriendo y la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos por esta razón, seguirá siendo una constante.

Tomar una postura de prevención de daños antijurídicos es importante ya que la responsabilidad patrimonial de Estado no puede considerarse como la solución infalible para buscar la reparación o indemnización de las personas a las cuales se les ha causado un daño antijurídico derivado de la expedición de decretos legislativos, existen situaciones en las que a las personas a las cuales se les ha causado un daño no son reparadas porque en nuestro ordenamiento en ocasiones prevalece el derecho formal sobre el sustancial.

La intención de este trabajo fue generar una postura crítica acerca del tipo de control de constitucionalidad que se realiza sobre los decretos legislativos o de estados de excepción en Colombia, puesto que si pensamos una forma diferente para realizar el control de constitucionalidad sobre estos decretos podría prevenirse y disminuirse la causación de daños antijurídicos para futuros estados de excepción, lo que no solo implica un alivio para el Estado respecto a la responsabilidad patrimonial, sino que además evitaría daños que recaen sobre la población y que pueden evitarse, como podrían haberse evitado los daños antijurídicos que se produjeron en la comuna 13 de Medellín.

## Referencias

- Bloch, E. (2011). *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Dykinson.
- CINEP - Centro de Investigación y Educación Popular & Justicia y paz. (2003). *Comuna 13, la otra versión. Banco de datos de derechos humanos y violencia política*. Revista Noche y Niebla: Panorama de derechos humanos y violencia política en Colombia, Caso Tipo N° 2.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C. (24 de octubre de 2013) *Sentencia 25000-23-26-000-2003-00200-01* (26.690) [CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa]
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C. (26 de marzo de 2014) *Sentencia 25000-23-26-000-2003-00175-01* (28.741) [CP. Enrique Gil Botero]
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C. (31 de julio de 2017) *Auto 05001-23-31-000-2011-01084-01* (54.147) [CP. Guillermo Sánchez Luque]
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A. (26 de abril de 2018) *Sentencia 05001-23-31-000-2011-00405-01* (56.905) [CP. Marta Nubia Velásquez Ricoz]
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C. (29 de octubre de 2018) *Sentencia 05001-23-31-000-2011-01084-01* (54.147) [CP. Guillermo Sánchez Luque]
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-802 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-1024 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Corte Constitucional. (2019). *Sentencia SU-037 de 2019: acción de tutela instaurada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en representación del Congreso de la República, contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado. M.P. Luis Guerrero Pérez*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Colombia. Congreso de la República. (1994). Ley 137 de 1994 (junio 02): *Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia*. Bogotá: Diario Oficial.

- Colombia. Presidencia de la República. (2002). Decreto 1837 de 2002: *por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior*. Bogotá: Diario Oficial.
- Colombia. Presidencia de la República. (2002). Decreto 2002 de 2002: *por el cual se adoptan medidas para el control del orden público y se definen las zonas de rehabilitación y consolidación*. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Caso Yarce y Otras vs Colombia*. Sentencia del 22 de noviembre del 2016.
- Hincapié Restrepo, J. (2017). *La responsabilidad del estado por los actos del poder constituyente y de reforma constitucional*. (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín.
- Londoño Berrío, H. L. (2016). *Sistemas punitivos y derechos humanos El caso de la comuna 13 de Medellín - Colombia*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Martínez Marulanda, D. (2007). *Fundamentos para una introducción al derecho*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Ruiz Orejuela, W. (2015). *La responsabilidad del Estado Social de Derecho por los actos del poder constituyente*. Bogotá: ECOE.
- Tobón, M. L., & Mendieta, D. (2017). *Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano*. Revista Opinión Jurídica Universidad de Medellín, 16 (31), 67-88.