

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala Especial de Primera Instancia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA ESPECIAL DE PRIMERA INSTANCIA

ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado Ponente

AEP 00021-2019
Radicación N° 50.965
Aprobado Acta N° 015

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019).-

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud de preclusión por el delito de prevaricato por acción, en favor de los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca LUZ ELENA SIERRA VALENCIA y FRANKLIN PÉREZ CAMARGO, propuesta por el Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia por atipicidad subjetiva conforme al numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

ANTECEDENTES

El Fiscal Once Delegado ante esta Sala, solicita preclusión de la indagación que adelanta contra los Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca LUZ ELENA SIERRA VALENCIA y FRANKLIN PÉREZ CAMARGO por atipicidad subjetiva de la conducta, causal prevista en el numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

LA SOLICITUD

Refiere la Fiscalía que el 18 de septiembre de 2006 en la ciudad de Cali, los citados Magistrados emitieron sentencia de única instancia en el proceso administrativo de reparación directa 2001-4389, en la que negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por LUZ ELENA MUÑOZ GUERRERO.

La demanda fue presentada por la última citada en su condición de esposa del Subcomisario de la Policía Nacional GABRIEL JAIME AGUDELO RAMÍREZ, debido a que este falleció en un accidente de tránsito acaecido el 4 de septiembre de 2004, cuando, cumpliendo una orden superior, el agente de la Policía conductor del vehículo de la institución en el que viajaban, perdió el control del mismo y colisionó contra un vehículo de carga pesada muriendo los dos uniformados en el acto.

El fallo en cuestión se soportó en razones como que si bien el Subcomisario estaba en servicio su fallecimiento no fue con ocasión del mismo, ya que el resultado se produjo como



consecuencia de la imprudencia del vehículo policial; que el hecho fue ejecutado por un tercero exclusivo y determinante, situación que se erige en eximente de responsabilidad para la demandada, y finalmente, que no se logró establecer el nexo causal entre el hecho y el daño reclamado, en consideración a que el resultado no puede atribuírsele a la administración.

En sentir de la Fiscalía, la sentencia contencioso-administrativa cuestionada es objetivamente típica por ser manifiestamente contraria a la ley, y específicamente a los artículos 86 del Código Contencioso Administrativo, 90 de la Constitución Política, y 1° de la Ley 270 de 1996, en la medida en que a su juicio las razones que la sustentan son confusas y carecen de la debida correspondencia entre el fallo y las normas citadas; además, contraviene jurisprudencia ya expuesta por el Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad patrimonial, que sostiene que el régimen aplicable por razón del daño infligido por actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, como la conducción de vehículos, son de carácter objetivo y por tal razón no estaba obligada la actora a probar la falla en el servicio ni el demandado a desvirtuarla.

Siendo así las cosas, en opinión de la Fiscalía la administración solamente podía exonerarse de responsabilidad si demostraba la existencia de causa extraña, fuerza mayor o hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, circunstancias éstas que a juicio de la delegada no se presentaron en el asunto contencioso fallado por los indiciados.

Además, aclaró la Fiscalía que previamente a la presente solicitud de preclusión, la Corte Suprema de Justicia ante una anterior petición de esta misma naturaleza dentro de este proceso, fundada en la causal de atipicidad objetiva, sostuvo que la conducta atribuida a los Magistrados sí era objetivamente típica¹.

Atendidos los nuevos elementos materiales probatorios recaudados, considera la Fiscalía que ahora existen razones suficientes para precluir las diligencias por atipicidad subjetiva por ausencia de dolo y de actos de corrupción en la conducta objetivamente prevaricadora.

Para explicar lo primero, esto es, la ausencia de dolo, apoyada en jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia², afirmó que la decisión manifiestamente contraria a la ley debe ser producto de una deliberada y malintencionada voluntad del servidor público de contravenir el ordenamiento jurídico, constituyéndose esto en el eje de su pretensión.

En ese orden de ideas, en criterio de la Fiscalía la conducta de los Magistrados indiciados no revela esa voluntad de desconocer la ley, lo que la lleva a pensar que no hubo interés de éstos en *"apartarse subjetivamente de la ley"*, pues siempre han destacado que lo decidido se hizo con apego a la normatividad imperante, aunque pueda o no compartirse lo decidido.

¹ C. S. de J. Rad. 29344 de 24 de junio de 2008.

² C. S. de J. Sent. 46897 de 24 de mayo de 2017.

La conclusión anterior la infiere de las explicaciones ofrecidas por los Magistrados en sus respectivos interrogatorios, que a su parecer ponen de presente que no hubo intención de contravenir la ley y la jurisprudencia, por tanto, deduce que la decisión cuestionada corresponde a su voluntad de fallar conforme a lo que estimaban jurídicamente justo y, por tanto, la misma se halla desprovista del *"capricho, la arbitrariedad, el sesgo o la malicia que informa el actuar prevaricador"*.

Agrega, entonces, que si como lo ha entendido la Sala de Casación Penal³, para que se configure el dolo en el prevaricato se requiere además de la decisión manifiestamente contraria a la ley, que el agente se represente mentalmente el fin, seleccione los medios y proceda a ejecutar el comportamiento decidido, ha de concluir que ninguna de estas situaciones se infiere de los elementos materiales probatorios acopiados con ocasión de estas diligencias en cabeza de los indiciados. Por el contrario, en opinión de la Fiscalía todo indica que el fallo cuestionado fue fruto de la interpretación asumida a partir de una de las teorías potencialmente aplicables al caso.

En consecuencia, para el ente acusador el ingrediente subjetivo del tipo penal no se muestra claramente probado, por lo que en su opinión deviene la preclusión de la indagación por atipicidad subjetiva de la conducta, máxime cuando ya se encuentran agotadas las posibilidades de ahondar en la investigación.

En lo que dice relación con el segundo aspecto exigido como fundamento de la atipicidad subjetiva, este es, la

³ C. S. de J. Sentencia 46263 de 9 de mayo de 2018.

inexistencia de actos de corrupción, concluyó la Fiscalía a partir de lo anterior, que el comportamiento de los Magistrados no fue el fruto de un acto de esta naturaleza y, por tanto, como lo enseña la jurisprudencia de la Sala Penal, debe concluirse que la tipicidad subjetiva tampoco puede configurarse ante la ausencia de tal acto, a pesar de que, como en este caso, se profirió una decisión contraria a la ley.

Tal conclusión, agrega la Fiscalía, se refuerza porque a pesar del despliegue de actividades investigativas orientadas a recaudar elementos materiales probatorios que eventualmente pudieran revelar la existencia de actos de corrupción, sus resultados fueron negativos, por modo que a estas alturas no es posible hablar de evidencia que permita arribar a una conclusión diferente.

Incluso, sobre el particular, agrega que el doctor LUIS EDISON BERTÍN RAMÍREZ, a la sazón Procurador Judicial en el proceso contencioso-administrativo, explicó que el fallo fue fruto de una decisión escogida dentro de una amplia gama de teorías que ofrece la jurisprudencia y, sin poder precisar el asunto, afirmó que no lo recurrió por no considerarla arbitraria.

Además de lo anterior, indica la Fiscalía que, escuchados en entrevista algunos Magistrados homólogos de los indiciados como los doctores OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT, FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ, e incluso, la señora LUZ DARY GONZÁLEZ, secretaria de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y una de las empleadas más antiguas de esa corporación, dieron fe de las

calidades personales y profesionales de los Magistrados SIERRA VALENCIA y PÉREZ CAMARGO.

Por demás, consideró la Fiscalía importante señalar que el fallo aquí cuestionado fue a su vez objeto de una acción de reparación directa, con la que se pretendía se declarara la responsabilidad de la Nación-Rama Judicial por error judicial, demanda que finalmente no prosperó, y por el contrario, en decisión que actualmente surte recurso de apelación ante el Consejo de Estado, se declaró la carencia de los presupuestos legal y jurisprudencialmente exigidos para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, en consideración a que los demandantes no agotaron los mecanismos ordinarios con los que contaban para impugnar la decisión presuntamente contraria a derecho, además que, según un salvamento de voto propuesto, el asunto de fondo estaba condenado al fracaso porque los criterios de interpretación del juez no pueden dar lugar a error judicial, a menos que la valoración probatoria se haya presentado ostensiblemente arbitraria o caprichosa.

Para finalizar, señaló que encontrándose actualmente agotadas las posibilidades investigativas, no cuenta con evidencia que le permita edificar la existencia de dolo en el comportamiento de los Magistrados, al tiempo que a modo subsidiario propuso la ausencia de actos de corrupción como presupuesto de la tipicidad del prevaricato por acción, a fin de que la Sala estudie esto *"y nos ayude a comprender mejor esta circunstancia, así como su incidencia y consecuencias"* y, consecuentemente, deprecó la preclusión por atipicidad subjetiva.

ALEGATOS DE LOS INTERVINIENTES

Apoderados de las víctimas.

Apoderado de Luz Elena Muñoz Guerrero.

En primer lugar, el abogado de oficio de la víctima, manifestó que la revisión detallada de los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía, le permiten compartir “*en parte*” los argumentos esbozados por ésta en su petición de preclusión.

Aunque reconoce que ciertamente la sentencia cuestionada suscrita por los Magistrados, se apartó de la jurisprudencia del Consejo de Estado imperante en su momento, en aras de la “*lealtad procesal*” y de la “*economía procesal*”, en su opinión “*sería temerario*” ir en contra de la pretensión de la Fiscalía puesto que no existen elementos probatorios que indiquen que los funcionarios hayan actuado con dolo, o de manera intencional o maliciosa “*en contra de su fallo*”.

Apoyó su conclusión en la “sentencia 45410 de 20Once” de la Corte Suprema de Justicia que para efectos de adecuar una conducta al punible de prevaricato por acción, a más de la contrariedad de la sentencia con la ley exige la demostración de un actuar doloso.

[Handwritten signature]

Finalizó su intervención señalando que *"En ese orden, cuando el hecho que se encauza en esa norma abstracta no da la parte del dolo como bien lo demanda el Código Penal del 599 de 2000, su señoría pues, en ese orden la conducta es atípica y como representante oficioso avizoro esa situación dentro del proceso y mal haría como representante de víctimas, independientemente de los intereses de la señora Luz Elena Muñoz, seguir con una causa que está en manos de la Fiscalía General de la Nación seguirla y ellos ya avizoran que desde el momento ya no existe elemento probatorio y comoquiera que ya agotó esa parte investigativa no habría más hacia el futuro dónde conseguir un elemento probatorio que indique que efectivamente los honorables Magistrados acá presentes se vieron inmersos en una subjetividad dolosa en este accionar supuestamente y presunto por prevaricato por acción. Su señoría, en ese orden esta representación no ve elemento probatorio que avizore tal situación comoquiera que efectivamente no daría más la continuidad de una investigación penal en contra de ellos, Gracias"* (sic).

**Apoderado de la Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial.**

Comenzó por afirmar que coadyuva la petición de la Fiscalía, pues en su opinión los argumentos expuestos por ésta *"son más que suficientes"* para sustentarla.

Agrega que, en caso de no compartirse ese planteamiento, estima que aquí procedería también la preclusión de la indagación con fundamento en el núm. 6 de la norma citada, esto es, por imposibilidad de desvirtuar la presunción de

inocencia que concurre en los Magistrados indiciados, pues a pesar de las averiguaciones de la Fiscalía, no se ha podido hallar prueba que indique que hubieran actuado con dolo.

No vislumbra en su actuación actos de corrupción y menos advierte, dentro del cúmulo de elementos materiales probatorios, que los funcionarios hayan querido actuar con el ánimo de *"defraudar al Estado, el peculio del Estado"*, y tampoco encuentra que hayan querido actuar al menos *"para enriquecerse"* con la actuación que realizaron, por el contrario, lo que negaron fue unas pretensiones de la demanda, y ahí pierden su sustento jurídico los actos de corrupción.

Y, finalmente, agregó que, frente a *"los enriquecimientos"*, esto no se halla establecido y por eso cobra vigencia la causal 6 que invocó como fundamento de la preclusión.

Intervención de la Procuraduría

En términos generales manifiesta no compartir la solicitud de la Fiscalía de precluir esta *"investigación"*.

Luego de proponer varios cuestionamientos a la sentencia contencioso-administrativa proferida por los funcionarios indiciados, deprecó a la Sala que disponga continuar la investigación y que sea dentro de ésta donde se puedan obtener elementos que sirvan de verdad para concluir si hubo o no un acto arbitrario.

Entre los cuestionamientos que planteó, se destaca que le resulta inexplicable que durante la indagación los Magistrados esgriman el precedente como sustento de su decisión, pero que en la sentencia no se haya dicho nada ni se propusiera un análisis sobre el mismo.

Comoquiera que a partir de 1991, el artículo 90 de la Carta constitucionalizó la responsabilidad del Estado, se imponía analizar en la sentencia cuestionada la *"falla en el servicio"* o la teoría del *"riesgo excepcional"*.

La Corte sobre el prevaricato ha señalado que no basta la simple disparidad con el ordenamiento jurídico y que es menester que la contradicción sea tan ostensible, que no quepa la menor duda que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario.

En su opinión, hay grandes dudas en este caso, por tratarse de Magistrados de vasta trayectoria, de ahí que no entienda por qué la Magistrada LUZ ELENA SIERRA diga hacerse responsable solo de la decisión, del sentido de fallo, y no de la forma de redactarla o de la motivación. Entonces cómo se suscribe un fallo sacado en tales condiciones.

Estimó que en esta investigación es necesario profundizar porque, a pesar de haber hecho el Fiscal relación a una serie de fallos, son casos en que la responsabilidad es distinta a la que decidieron los Magistrados.

Lo expuesto en tales fallos no concuerda con las conclusiones de los Magistrados plasmadas en el proveído

cuestionado. Se impone investigar qué tipo de decisiones han tomado los Magistrados en Sala. ¿Si esas decisiones han sido ilegales? ¿Si han conculcado abiertamente un derecho a los demandantes? o ¿Si es que ellos hacen ver lo que la ley no dice? Se ha podido hacer una inspección judicial en el tiempo en que fallaron este caso para poder establecer si efectivamente aquí *"no hubo ningún dolo"*. No entiende cómo dice la Fiscalía que pudo haber error por no estar actualizados cuando son Magistrados elegidos como los mejores del país.

En ese orden de ideas, considera que hay muchas circunstancias que le permiten inferir que los dos Magistrados no obraron con la transparencia que dice la Fiscalía lo hicieron y, en consecuencia, se hace necesario investigar más.

Y, aunque el delegado de la Fiscalía propone subsidiariamente la inexistencia de actos de corrupción, no comparte esa posición porque la demostración de esos actos implica la ejecución de otra conducta.

Solicita que la investigación continúe para recabar más elementos que sirvan para concluir *"de verdad"* si hubo o no un acto arbitrario.

Intervención del defensor de LUZ ELENA SIERRA VALENCIA.

Comenzó por señalar que coadyuva la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Delegada ante la Corte.

[Handwritten signature]

Luego de cuestionar la intervención de la Procuraduría, porque en su opinión no se juzga un caso contencioso administrativo, sino que nos encontramos en un escenario diferente, afirma "*estamos mirando*" la conducta personal de los funcionarios que conocieron y decidieron el proceso contencioso administrativo.

No se tienen elementos de juicio para romper un principio cardinal del derecho cual es el de la presunción de inocencia, y por supuesto, el de la necesaria y esencial prueba del dolo cuando este existe. El dolo no puede presumirse, el dolo no se puede circunstancialmente inferir como acertadamente lo propuso la Fiscalía.

Recordó que las decisiones de los cuerpos colegiados se toman en salas y es allí donde se hace el análisis respectivo, independientemente de que se plasme en el texto final de las providencias todo lo dicho en ellas.

No es posible aceptar en este caso la premisa de que por el acaecimiento del accidente de tránsito, necesariamente deviene la responsabilidad del Estado. Tal premisa no es admisible porque las "*instituciones de responsabilidad administrativa del Estado*" han venido siendo materia de constante evolución y cambio. Como ejemplo de esto cita "*una sentencia*" del Dr. Ramiro Saavedra, exconsejero de Estado y exmagistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de quien dice hay tesis y pronunciamientos de él donde efectivamente reconoce la existencia de la evolución en el tema de los "*títulos de imputación administrativa del Estado*". Ejemplo de esto es lo relativo a la responsabilidad del Estado

por razón de la privación injusta de la libertad. Tema en el que era clarísima la tesis de una responsabilidad administrativa por error del Estado, lo mismo que la muerte de un interno privado de la libertad, porque *per se* la producción de una detención que diera lugar a una libertad necesariamente tenía que traducirse en un resarcimiento.

En este evento los Magistrados sí observaron que, primero, el informe de accidente habla de causa probable, aunque no señaló causa probable porque no hubo claridad sobre el particular. No se pudo confirmar que efectivamente el carril del vehículo de carga fue invadido por el automotor de los policiales. No se tenía un hecho que pudiera constituir un punible y por eso la Fiscalía debió precluir por atipicidad. No se pudo determinar la causa del accidente.

En ese orden, cuando la actividad peligrosa está siendo desarrollada por el mismo autor del propio perjuicio, en este caso, la persona "*oficial del cuerpo de policía*" está siendo él el dueño de la actividad, no puede desprenderse de su propia conducta personal, de qué permitió él que hiciera o no, quien era instrumento suyo y estaba bajo su mando, a su lado, subordinado a la jerarquía de la institución. Él necesariamente como víctima mortal, tiene que reputarse como una persona "*que en cierta medida*" fue quien se produjo a sí misma el perjuicio.

Entonces, si uno hubiera hecho el análisis de la responsabilidad administrativa del Estado por el ejercicio de actividad peligrosa, encontraría que acá hay pruebas de la ruptura del nexo causal porque el hecho habría sido producido

por la propia víctima porque así no tuviera el manubrio en la mano, efectivamente era la persona que estaba *"bajo el mando del conductor inmediatamente a su lado"* (sic).

Acá, frente a la conducta de los Magistrados, no puede acogerse la tesis de una tipicidad objetiva porque no la hay, no existe, la conducta fue adecuada, fue acertada, desde el punto de vista de la Corte Constitucional *"en providencia del doctor Hernández"*, dijo: no puede haber prevaricato en una decisión en la que efectivamente no se tienen elementos de juicio suficientes para decir que la decisión es contraria a lo que se hubiera esperado normalmente en casos similares.

En ese sentido, el dinamismo de la evolución de la jurisprudencia contencioso administrativa es tal que no porque en esta providencia se entre en una síntesis de lo que tuvo en cuenta la corporación para fallar en favor de la Policía, podamos decir que no se aplicó debidamente lo que correspondía, los títulos de imputación de responsabilidad administrativa imponen tener que hacer una valoración de los hechos y de las conductas.

Finalmente, es clarísima la evidencia de que la conducta de los Magistrados está desprovista de dolo y mala fe. Es clarísima la completa pureza de su alma y su conducta dentro de este proceso. No hay nada que indique lo contrario. *"El dolo es la intención manifiesta de producir un daño, de generar un perjuicio, acá no hay nada de eso, ni de algo que lo permita presumir, por eso coadyuvo la petición de la Fiscalía"*.

**Intervención de la apoderada de FRANKLIN PÉREZ
CAMARGO.**

Hizo las siguientes precisiones:

1. Señaló que en el asunto del accidente existía una condición de subordinación y el daño pudo ser evitado.

2. El conductor del vehículo policial no era el "conductor oficial" del automotor, no era quien estaba designado para hacer los movimientos del vehículo.

3. Hubo una "*vulneración de la posición del garante*" en la actuación que fue objeto de la sentencia aquí estudiada.

4. En cuanto a lo dicho por el Ministerio Público, los eximentes de responsabilidad para el Estado existen. No es una arbitrariedad hablar de hecho de un tercero, eso es una eximente legítima de responsabilidad y al respecto se ha analizado por el Consejo de Estado.

5. Finalmente, el argumento principal de la Procuraduría hace referencia a la forma del fallo, no obstante, lo que se revisa aquí es si existe una conducta o no existe una conducta, y claramente puede advertirse que lo que ella aduce no tiene que ver nada con la conducta de prevaricato.

6. Destacó cómo la Fiscalía dijo haber agotado los medios probatorios posibles y llegó a la conclusión de la ausencia del dolo, "*no hay alguna intención de los Magistrados*" y, por tanto, la conducta carece de tipicidad.

7. Así las cosas, tomando en cuenta hechos como la existencia de subordinación, que el daño pudo ser evitado, que el hecho de un tercero es una *"eximiente legítimo"* de responsabilidad estatal, y que los argumentos de la Procuraduría no desvirtúan de manera alguna el hecho de que no se haya probado dolo, aduciendo que aquí no hubo *"intención alguna"*. Finaliza reiterando que coadyuvan la petición de la Fiscalía.

Intervención de la doctora LUZ ELENA SIERRA VALENCIA

Coadyuvó la petición de la Fiscalía, al mismo tiempo que apoyó las argumentaciones de su apoderado y formuló reparos al alegato de la Procuraduría.

Destacó el rol de los jueces administrativos antes y después de la Constitución de 1991. Actualmente es un rol diferente. Ese rol permite al juez no apartarse de las situaciones fácticas del expediente, ni de las situaciones económicas, políticas y socio-económicas de la sociedad.

La actividad judicial se rige por la autonomía. En el caso de autos, no podían aplicar ni el sistema de responsabilidad objetiva, ni ningún otro sistema porque *"no probaron absolutamente nada"*. No pudieron conocer qué fue lo que realmente pasó. La única guía era la versión del conductor de la tractomula, que como él era *"víctima"* de una investigación, pues obviamente *"iba a declarar y decir mire, es que yo le avisé con las luces"*, entonces se valieron exclusivamente de esa

versión, con esa única prueba, porque las demás eran declaraciones de conducta y del sufrimiento de los deudos. No había sino ese hecho, por manera que no podíamos aplicar el sistema que la Procuraduría sugiere, el de la responsabilidad objetiva, porque en esta materia también hay unos elementos mínimos que tampoco estaban probados.

No había una razón, desconocieron la causa, y con la sola declaración del conductor de la tractomula, *"tampoco servía y la providencia de la Fiscalía, menos"*. Entonces no se probaron ni siquiera los elementos esenciales.

Ahora bien, *"jugar"* a qué hubiera dicho el Consejo de Estado es entrar en el terreno de las conjeturas.

Intervención del doctor FRANKLIN PÉREZ CAMARGO.

Propone una precisión conceptual en relación con el régimen de la responsabilidad del Estado frente al daño antijurídico del artículo 90 de la Carta Política.

Precisó que el Consejo de Estado antes de la Constitución del 91 creó jurisprudencialmente el instituto de la responsabilidad. Tradicional y doctrinalmente se ha dividido en responsabilidad subjetiva y objetiva. A partir del artículo 90 se habla de daño antijurídico pero no significa que sea daño automático o responsabilidad automática, jurisprudencialmente se ha precisado cómo se malentendió que el régimen objetivo era un régimen automático en el sentido de que simplemente bastaba demandar al Estado para obtener

Yusuf

un resultado favorable, desconociendo los elementos fácticos o probatorios que son los que nutren una decisión judicial.

En el caso de específico de los miembros de las fuerzas militares cuando se trata de accidentes, muertes o lesión, el Consejo de Estado ha dicho que hay un sistema de reparación superior al que tienen los trabajadores particulares, denominado indemnización legal o indemnización *"a forfait"*, muy superior al régimen ordinario y cuando sucede un accidente laboral funciona automáticamente.

En este caso, se trata de un comandante de la policía en ejercicio de sus funciones que cumplía una misión, pero si se mira por la hora iba tarde a la reunión, se sirvió de un conductor que no era el asignado para la función y obviamente él estaba ejerciendo su condición de superior con posibilidad de *"poder evitar"* (sic).

Cuando se conduce un vehículo ha sido tesis de *"aquí"* de la Corte y del Consejo de Estado de la actividad peligrosa, tema que ha venido siendo revisado por la Sala de Casación Civil de la Corte, en el sentido de que ya la conducción no se considera actividad peligrosa por ser rutinaria, y *"la responsabilidad por actividad peligrosa solamente es en aquellos eventos que son de manera exclusiva o que no lo tiene todo mundo"*.

Luego, en este sentido carecían de elementos probatorios suficientes que *"permitiría"* establecer que el Estado debía responder por un desequilibrio en las cargas públicas que tenía ese funcionario, ¡no! quien generó y causó *"todo esto"* fue él, de manera que no es un cheque automático que implique que el

servidor público que sufra un accidente o muera hay que pagarle, sí, y tiene la indemnización "*a forfait*". Solamente habría que pagarle en reparación integral la diferencia cuando hay prueba de la desproporción o desigualdad en las cargas públicas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme a la normatividad constitucional y legal vigentes, concierne a esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, resolver la solicitud de preclusión propuesta por el señor Fiscal Once Delegado ante la Corte Suprema de Justicia por atipicidad subjetiva del hecho investigado, con fundamento en la causal prevista en el numeral 4 del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, en esta actuación seguida contra los Magistrados del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, LUZ ELENA SIERRA VALENCIA y FRANKLIN PÉREZ CAMARGO, por el punible de prevaricato por acción.

El Acto Legislativo 01 de 18 de enero de 2018, que modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Política, creó las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia en esta Corporación, encargadas de adelantar la instrucción y el juzgamiento, respectivamente, en los procesos que cursan contra los congresistas y demás aforados constitucionales, e implementó el derecho a la doble instancia y a la impugnación de la primera sentencia de condena proferida por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, el artículo 234 superior, prescribe:

"Los Magistrados de las Salas Especiales solo tendrán competencia para conocer de manera exclusiva de los asuntos de instrucción y juzgamiento en primera instancia en las condiciones que lo establezca la ley..."

"El reglamento de la Corte Suprema de Justicia no podrá asignar a las Salas Especiales el conocimiento y la decisión de los asuntos que correspondan a la Sala de Casación Penal..."

A su turno, el artículo 235 de la Carta Política determina las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas:

"5. Juzgar, a través de la Sala Especial de Primera Instancia, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del Fiscal General de la Nación, o de sus delegados de la unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales, Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen"

Como corolario puede afirmarse que con la entrada en vigencia de esta preceptiva, por vía constitucional se consagró que sea esta Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, la que juzgue, previa acusación del Fiscal General de la Nación o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia, a los Magistrados de Tribunales.

Ahora bien, el presente procedimiento viene tramitándose conforme a la normatividad penal oral acusatoria prevista en la Ley 906 de 2004, luego, su investigación corresponde a la

Fiscalía General de la Nación de acuerdo con el inciso 1 del artículo 250 de la Constitución Política, y en particular, con el numeral 5 del mismo artículo, le compete *"Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar"*.

Es pues, esta Sala Especial de Primera Instancia competente para resolver la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía Once Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en el curso de este proceso seguido contra los actuales Magistrados por el delito de prevaricato por acción, en el que al parecer incurrieron al proferir la sentencia del 18 de septiembre de 2006, en el curso del trámite de la acción de reparación directa 2001-4389 de LUZ ELENA MUÑOZ GUERRERO contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.

DE LA PRECLUSIÓN

Al tenor de lo normado por los artículos 331 a 335 del estatuto procesal de 2004, la preclusión de la investigación puede ser declarada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal a instancia de la Fiscalía, incluso antes de la formulación de la imputación, cuando encuentre acreditada una de las hipótesis contempladas en el canon 332.

Vale precisar que el análisis y fundamentación presentados por el Fiscal para lograr su cometido deben ser específicos y detallados, atendiendo no sólo los elementos fácticos y jurídicos que configuran la causal de preclusión

invocada, sino los que integran el tipo penal respecto del cual se pretende la terminación anticipada del proceso, de modo que sea posible deducir ausencia de mérito para continuar con la persecución penal.

Ciertamente, la solicitud de preclusión de investigación comporta, para quien acude a ella, recolectar los elementos materiales probatorios y la evidencia física respectiva para probar la causal aducida, es decir, que se trate de una proposición jurídica completa a disposición de la judicatura para verificar la solidez de su estructuración.

En ese sentido, *“exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera **cierta** o, lo que es igual, que respecto de la misma **no exista duda** o posibilidad de verificación contraria con un mejor esfuerzo investigativo (CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; y CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604)”*⁴

Si la causal invocada fue debidamente demostrada, el juez de conocimiento debe decretarla *“aun cuando considere que la terminación del proceso procede por una diferente a la planteada”*⁵, en consideración a que se ha garantizado a la parte ofrecer su análisis sobre su actualización y a la contraparte la oportunidad para que presentara sus consideraciones.

Ahora, si la Fiscalía alude una causal pero los elementos materiales de prueba acreditan otra, se puede precluir, ya que

⁴ CSJ SCP, 31 de enero de 2018, Rad. 51049.

⁵ CSJ SCP, Rad. 44698, auto de 6 de abril de 2016.

“la pretensión no puede ser desechada o respondida negativamente sólo porque el funcionario se equivocó en la postulación de la causal, pues, sólo basta con que se verifique si esos hechos, las pruebas que los respaldan y el argumento jurídico, se corresponden o no con alguna de las varias causales consagradas en la norma.”⁶

Además, si los elementos materiales de prueba cimentan una causal de preclusión eminentemente objetiva –numeral 1º del artículo 332 de la Ley 906 de 2004–, que reenvía al artículo 77 *ibidem*, ello trae como consecuencia la extinción de la acción penal porque impide continuar con el diligenciamiento.

Como corolario, ha de señalar la Sala, que ninguna razón se opone a que el juez, en el evento de encontrar probada una causal distinta de la que invoca la Fiscalía, decrete la preclusión.

Frente a este marco jurídico conceptual, entra la Sala a verificar si procede la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía.

La Fiscalía Once Delegada sustentó su solicitud de preclusión por *“falta de dolo y por ausencia de actos de corrupción en la actuación objetivamente prevaricadora”*. Basó lo primero en que, entendiendo, como lo hace la Sala de Casación Penal, que la actuación prevaricadora debe ser producto de una *“...deliberada y mal intencionada voluntad del servidor público por contravenir el ordenamiento jurídico”⁷* y que *“lo manifiestamente contrario a la ley”* debe

⁶ CSJ SCP, Rad. 34919, auto de 17 de noviembre de 2010.

⁷ C. S de J. Sent. 46897 de 24 de mayo de 2017.

corresponder a *"un accionar caprichoso, malicioso o arbitrario del servidor público"*, para la Fiscalía tal actuar fue ajeno a la voluntad de los Magistrados, y por el contrario, su intención no fue la de *"apartarse subjetivamente de la ley"*. En cuanto a los actos de corrupción, dice el ente investigador, a pesar de las averiguaciones y distintas actividades de policía judicial, éstas no le permitieron establecer la existencia de tales actos.

En orden a tomar la determinación del caso, empezará la Sala por verificar la estructura normativa del delito en cuestión, a partir de su definición legal:

El prevaricato por acción

Fue definido en el artículo 413 del Código Penal, así:

"El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de..."

El supuesto de hecho exige un sujeto activo calificado, un servidor público que emita una *"resolución, dictamen o concepto"*, cuyo contenido sea *"manifiestamente contrario a la ley"*.

La imputación de esta conducta *"exige demostrar que el acto censurado, esto es, la resolución, dictamen o concepto fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el sujeto, quien desconoce de forma abierta y ostensible los mandatos*

normativos o exigencias de análisis probatorio o jurídico que regulan el caso.”⁸

En ese sentido, “no basta que la providencia sea ilegal -por razones sustanciales, de procedimiento o de competencia-, sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos o enunciados -contentivos del derecho positivo llamado a imperar- “no admite justificación razonable alguna.”⁹

No sólo se lleva a cabo un juicio de legalidad, sino que se debe constatar “la inmediatez con la que se pueda detectar esa disonancia la que provoca la crítica, pues si dicho descubrimiento se retarda porque involucra una actividad intelectual de compleja estirpe, el componente que aquí se trata de explicar carecería de adecuación al respectivo evento.

Es decir, si la detección se da apenas con breve y desapasionado examen, en otras palabras, sin recurrir ni siquiera a la media medida de los análisis que se utilizan en diferente escenario para tratar de obtener un dato concluyente, la exigencia legal surgirá de manera irrefutable.”¹⁰

Para que la resolución, dictamen o concepto del servidor público se catalogue manifiestamente contrario a la ley, debe exponer su oposición al derecho positivo de manera clara y notoria que deriva del capricho, la arbitrariedad o el basto desconocimiento del marco normativo.

⁸ CSJ SCP, 15 de agosto de 2018, Rad. 50620.

⁹ CSJ. SCP AP., 29 de julio de 2015, Rad. No. 44031.

¹⁰ CSJ SCP, 1º de agosto de 2018, Rad. 48908.

Sobre su contenido y alcance ha sostenido la Sala de Casación Penal:

“...que la contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o “de tal grado ostensible” que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse... que para hablar de prevaricato es necesario establecer cuándo los argumentos del servidor, dentro de un campo determinado, resultan aceptables, pues una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece un caso puede permitir el rechazo del prevaricato... que si el comportamiento del funcionario no está acompañado de razones justificatorias, es decir, acordes con los hechos y con el precepto legal, si obedece a su mero capricho, el acto es manifiestamente contrario a la ley (ibídem); y que tal delito se configura si el servidor público profiere concepto, dictamen, resolución, auto o sentencia manifiestamente apartado de la norma jurídica aplicable al caso, haciendo prevalecer su capricho sobre la voluntad de la disposición legal, lo que significa comparar el mandato legal contentivo de la norma con lo hecho por el funcionario.”¹¹

Esa verificación debe hacerse *ex ante*, ubicarse en el momento en que el servidor público adoptó la determinación censurada, con los elementos de juicio que para entonces contaba, aunado a que *“no solamente la ley es fuente de derecho sino también los procesos propios de su aplicación por parte de las autoridades que tienen la competencia constitucional para hacerlo, como así sucede con la jurisprudencia.”¹²*

En síntesis, la evaluación sobre la condición manifiestamente ilegal de la decisión que se juzga como prevaricadora, debe realizarse atendiendo el momento en el que el funcionario profiere la providencia y su análisis debe involucrar tanto el escenario fáctico como el jurídico, es decir, que no sólo obedece al capricho de desatender el contenido de

¹¹ CSJ SCP, 27 Sept. 2002, Rad.17680, reiterada en Rad. 39400, 20 de agosto de 2014.

¹² CSJ SCP, 1º feb. 2012, rad. 34853 y 10 abr. 2013, rad. 39456.

la ley, sino igualmente a valoraciones probatorias sesgadas o incoherentes, orientadas a dar una apariencia de legalidad a la decisión, cuando el propósito no es otro distinto de infringir la norma penal.

Aunque la Fiscalía basó su solicitud de preclusión en la hipótesis de la atipicidad subjetiva del comportamiento endilgado a los Magistrados, antes de que la Sala aborde el análisis de la causal invocada, es preciso primero, verificar la existencia del elemento objetivo de la tipicidad de la conducta que se dice prevaricadora, para, posteriormente, si es del caso, dar respuesta a los argumentos de la petición preclusiva.

Para la Fiscalía la sentencia proferida por los Magistrados del Tribunal *"es manifiestamente contraria los artículos 86 del CC, 90 de la CP y al 1º de la 270 de 1996, en tanto las razones allí consignadas son confusas y no hay la correspondencia debida entre éstas y lo decidido; además, decidieron en contravía de posturas ya fijadas por el Consejo de Estado en materia de responsabilidad patrimonial, donde se sostenía que el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal –como lo es conducir– sigue siendo de carácter objetivo, y en ese orden de ideas, no estaba obligado el actor a probar la falla del servicio ni el demandado a desvirtuarla. Así, la administración solo podía exonerarse demostrando existencia de causa extraña, fuerza mayor, o hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, lo cual, no es claro que se haya presentado en el caso sometido a examen de los Magistrados indiciados"* (Subrayado del original).

En la sentencia cuestionada, para resolver el problema jurídico propuesto, los Magistrados consideraron que se imponía verificar la presencia de una *"falta en el servicio"* y para tal propósito era necesario tomar en cuenta tres elementos: a) *"Un hecho, operación, omisión e irregularidad que constituye la falta o falla en el servicio;* b) *"Un daño o perjuicio que debe ser real y cierto";* y, c) *"Una relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el perjuicio causado"*.

No sobra señalar que tales requisitos coinciden con las exigencias constitucionales en la materia, según se desprende de la sentencia C-644-11 de la Corte Constitucional que en su momento, al referirse al fundamento de la responsabilidad patrimonial en nuestro sistema jurídico, sostuvo:

"Esta protección constitucional al patrimonio de los particulares se configura, entonces, cuando concurren tres presupuestos fácticos a saber: un daño antijurídico o lesión, una acción u omisión imputable al Estado y una relación de causalidad. Respecto al daño antijurídico, si bien el mismo constituye un concepto constitucional parcialmente indeterminado, en cuanto la Carta no lo define en forma expresa, la jurisprudencia y la doctrina, dentro de una interpretación sistemática de las normas constitucionales que lo consagran y apoyan, lo definen como el menoscabo o perjuicio que sufre la víctima en su patrimonio o en sus derechos personalísimos, sin tener el deber jurídico de soportarlo[25]. En cuanto al incumplimiento del Estado, este se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas. Finalmente, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente.[26] (Subraya la Sala).

En este mismo sentido, uno de los pronunciamientos más recientes, la sentencia C-286-17, en consonancia con las anteriores (C-333-96 y C-644-11):

"Elementos para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado. Concepto de daño antijurídico."

38. Ahora bien, según extensa doctrina y jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado es necesaria la configuración de los siguientes **elementos**, a saber:

(a) Daño antijurídico

39. La noción de **daño antijurídico** a la que se refiere el artículo 90 Superior, es un concepto normativo parcialmente indeterminado, que no tiene una definición explícita en la Constitución ni en la ley. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha dado un contenido normativo particular a tal noción, mediante una interpretación sistemática e histórica[109]. Así, se ha entendido que **el daño antijurídico es aquel perjuicio que le es generado a una persona y que ésta no tiene el deber jurídico de soportar**, razón por la cual, le corresponde una indemnización, como resultado de un reconocimiento dirigido a lograr la adecuada reparación de la víctima, y nunca bajo una óptica sancionatoria impuesta en contra del Estado o sus agentes[110].

Esta Corporación[111] ha sostenido que para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, el daño:(i) [debe] ser cierto y personal y (ii) debe ser antijurídico. Se denomina daño **antijurídico**, no sólo porque la conducta del autor de la lesión sea contraria al Derecho, sino también porque el sujeto que sufre el daño, -esto es, el asociado, la persona o la víctima del Estado-, "no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio que se le ha infringido, creándose así una lesión injusta"[112] que debe ser indemnizada.

40. La antijuricidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, -caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente- (derivado de una actuación ilícita), o(ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente un individuo en la sociedad está obligado a soportar[113](derivado tanto de actuaciones lícitas como ilícitas). De estos escenarios se deriva que existen algunos daños que los asociados sí están en la capacidad y obligación de soportar, por los cuales no responderá el Estado. En otras palabras, **no toda lesión o daño resulta antijurídico, ni debe ser reparado por el Estado.**

Con todo, para determinar si un daño es o no antijurídico, deben revisarse en cada caso las circunstancias en las que se produjo el mismo,

en especial, la existencia de causales de justificación para la Administración que admitan que la persona, en virtud de normas legales u otros factores, tiene el deber de soportar el daño que se le infringió, según corresponda.

(b) Que le sea imputable al Estado (imputabilidad)

La imputación del daño al Estado es un aspecto jurídico, que no debe confundirse con su causación material[118]. De acuerdo con el principio de imputabilidad, **la indemnización del daño antijurídico le corresponde al Estado**, cuando exista además un título jurídico de atribución, "es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del Legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública, compromete al Estado con sus resultados"[119].

Como lo ha reforzado el Consejo de Estado, "la imputación está ligada pero no se confunde con la causación material, por cuanto en ciertos eventos se produce una disociación entre tales conceptos, razón por la cual para imponer al Estado la obligación de reparar un daño es menester, que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un 'título jurídico' distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la 'imputatio juris' además de la imputatio facti"[120].

(c) Producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad)

42. Ahora bien, para obtener la indemnización por un daño antijurídico propinado por el Estado se requeriría, además, que la lesión sea el resultado de la actividad regular o irregular de las obligaciones estatales o del incumplimiento de las mismas (omisión)[121]. Es decir, así como pueden derivarse daños antijurídicos de una actividad ilícita por parte del Estado, también pueden provenir de una conducta legítima[122]. En este segundo supuesto, la antijuridicidad del daño se da, como se explicó, porque el afectado no tiene la obligación de soportar esa carga.

En este punto ha de aclararse que, éste es el aspecto o elemento fáctico de la responsabilidad del Estado, pues está estrechamente relacionado con la verificación de que el daño se produzca realmente como consecuencia de la acción u omisión de una actividad o ente estatal. Así, se excluyen todos aquellos daños causados por terceros que no tengan relación con el Estado, por hechos producidos por la víctima (culpa exclusiva) o todos aquellos derivados de la fuerza mayor".

A partir de tales presupuestos, luego de relacionar las pruebas obrantes en el expediente, los Magistrados constataron ciertamente el acaecimiento del accidente y la muerte del agente policial que conducía la patrulla, y del Subcomisario en cuyo nombre demandaron administrativamente.

No obstante, consideraron que no había lugar *"a condenar a la entidad demandada por ese hecho, ya que de las pruebas obrantes en el plenario se desprende que el Subcomisario Gabriel Jaime Agudelo Ramírez, estaba en servicio pero no falleció con ocasión al mismo, ya que el accidente de tránsito del cual fue víctima, fue causado por imprudencia del vehículo oficial, tal y como consta en la investigación que inició la Fiscalía 108 de Yumbo (Folio 115 c. 2 prueba aportada por la Fiscalía General de la Nación en copia auténtica) por el accidente ocurrido entre una tractomula y carro de la Policía Nacional"*.

Lo anterior les permitió concluir que se estaba *"frente al hecho de un tercero exclusivo y determinante"*, circunstancia eximente de la responsabilidad estatal.

Además, estimaron que no se pudo establecer el nexo causal entre el hecho y el daño reclamado *"ya que el mismo no fue ocasionado por circunstancia atribuible a la administración"*, y, el que el causante se hallara en servicio, no es motivo suficiente para reclamar un perjuicio indemnizable, menos si, como se vio, el daño fue ocasionado por un tercero.

Al dar respuesta a los alegatos del Ministerio Público, quien sostenía una tesis contraria, los Magistrados insistieron

en su postura, reafirmando que no había lugar a responsabilidad estatal porque el accidente *"fue causado por un tercero y no por circunstancias imputables a fallas de la administración"*, al tiempo que aclararon que la cita jurisprudencial aducida por el Procurador, no era aplicable a los hechos del caso, o lo que es lo mismo: *"la responsabilidad sin falla en este caso no es fuente para declarar la responsabilidad del Estado"*

Ahora bien, de cara a los lineamientos expuestos que resultan de utilidad para desentrañar la esencia objetiva del punible de prevaricato por acción, y tomando en consideración que a más del juicio de legalidad de la decisión, deben constatarse otra serie de elementos de suma complejidad involucrados en la toma de decisiones, advierte desde ya la Sala que la solución del caso ofrecida por los Magistrados en la providencia cuestionada, está desprovista de capricho, arbitrariedad o desconocimiento abierto y ostensible de los mandatos normativos o de las exigencia de análisis probatorios o jurídicos atinentes al caso que resolvieron, como para estimarla *"manifiestamente"* contraria a la normatividad.

Lo primero que vale la pena destacar, es que, revisada la evolución histórica del tema de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, a partir de la jurisprudencia constitucional y la del Consejo de Estado, se advierte que no ha sido un tema pacífico y que a través del tiempo ha venido moldeándose jurisprudencialmente, siendo su origen actual el artículo 90 de la Carta Política, que de paso valga la pena decirlo, carece de desarrollo legal.

Toda la teoría jurídica que la compone –que ha venido sufriendo profundos cambios a través del tiempo– ha sido elaborada jurisprudencialmente, en la mayoría de los casos, a partir de pronunciamientos en especial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En este sentido léase sobre el particular, lo dicho por la Corte Constitucional¹³:

“El artículo 90 y la responsabilidad patrimonial del Estado

3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16– los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

(...) La Corte Constitucional coincide entonces con los criterios desarrollados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, juez especializado en este campo. **En efecto, según esa Corporación, los criterios lentamente contruidos por la jurisprudencia en materia de responsabilidad del Estado han recibido una expresión constitucional firme en el artículo 90, que representa entonces “la consagración de un principio constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, tanto la de naturaleza contractual como la extracontractual”¹⁴.** Por ello ha dicho esa misma Corporación que ese artículo 90 “es el tronco en el que

¹³ Corte Constitucional sentencia C-333 de 1996.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Expediente 8118. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual¹⁵”.

4- Lo anterior obviamente no significa que los títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado sean idénticos en todos los campos y en todas las situaciones, puesto que en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados. Así, en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva. Con todo, esos regímenes quisieron ser englobados por el Constituyente bajo la noción de daño antijurídico, por lo cual, como bien lo señala la doctrina nacional y se verá en esta sentencia, en el fondo el daño antijurídico es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes tradicionales de responsabilidad del Estado” (Destaca la Sala).

Se desprende entonces, que en materia de “títulos y regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado” no son idénticos “en todos los campos y en todas las situaciones”, porque como lo expone la Corte Constitucional “en la actual práctica jurisprudencial siguen existiendo regímenes diferenciados” hasta el extremo de que “en determinados casos se exige la prueba de la culpa de la autoridad, en otros ésta se presume mientras que en algunos eventos de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas la responsabilidad es objetiva”.

Una muestra de la complejidad del tema de la responsabilidad del Estado por la amplia gama de teorías y soluciones aplicables a la resolución de los casos, y la coexistencia jurisprudencial de regímenes diferenciados, se expresa en la siguiente decisión del Consejo de Estado:

“5. El título de imputación aplicable al caso concreto.

¹⁵Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993, Expediente 8163. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández.

El Tribunal a-quo, en la sentencia impugnada sostuvo que el régimen de imputación aplicable al caso correspondía al de la 'falla del servicio presunta' por ser la conducción de vehículos una actividad peligrosa y en aplicación de dicho título procedió a condenar a la entidad demandada.

Por su parte, en el recurso de apelación la parte demandada señaló que si bien por regla general para el estudio de la responsabilidad patrimonial del Estado por la conducción de vehículos el régimen de responsabilidad es el de las actividades peligrosas, lo cierto es que, como en el caso concreto, en aquellos eventos en los cuales se presenta colisión de actividades peligrosas ejercidas tanto la administración como por la víctima del daño, el régimen de imputación es el de la falla del servicio.

Sobre este aspecto, la Sala precisa que cuando el daño se produce como consecuencia de la colisión de dos vehículos en movimiento, se está en frente a la concurrencia en el ejercicio de actividades peligrosas, porque tanto el conductor del vehículo oficial como el del vehículo particular están creando recíprocamente riesgos y, por lo tanto, no habrá lugar a resolver la controversia, en principio, con fundamento en el régimen objetivo de riesgo excepcional, sino que la responsabilidad se determinará con fundamento en el estudio de la causalidad, esto es, en cuál fue la causa que dio lugar a la ocurrencia del accidente, si lo fue la actividad ejercida por la administración o aquella ejercida por el particular involucrado en el accidente.

De manera reciente precisó la Sala:

"La conducción de vehículos automotores constituye una actividad peligrosa que involucra a quienes participan de ella, de forma que en aquellos eventos en los que ocurre un accidente y, como consecuencia de ello, se producen daños a una persona, es necesario verificar la conducta de los partícipes de dicha actividad, en aras de verificar quien fue el causante del mismo.

"Tratándose de la colisión de vehículos automotores, el criterio objetivo de imputación de responsabilidad se torna inoperante, y surge la necesidad entonces de establecer la causa del accidente para determinar de esta manera, si se presentó alguna actuación irregular por parte del conductor del vehículo oficial o alguna otra circunstancia constitutiva de falla en el servicio que permita, por lo tanto, imputar la responsabilidad a la entidad demandada¹⁶¹⁷ (Subraya la Sala)

¹⁶ Sent. de 29 de enero de 2009, exp. 16.319. M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁷ C. de E. Sección Tercera. Rad. 19147 de 26 de mayo de 2010. C. P. Ruth Stella Correa Palacio

Nótese cómo en la hipótesis transcrita el título de imputación de responsabilidad seleccionado por el *a quo* fue el de *"falla del servicio presunta"*, mientras que el Consejo de Estado, a pesar de que llegaron a la misma conclusión de responsabilidad estatal, consideró que operaba el régimen de *"la falla del servicio"*, evidenciando aquí que el tema de la responsabilidad no es pacífico, y que pueden confluir distintas apreciaciones de teorías aplicables en cada caso, sin que llegue esto a constituirse en prevaricato.

En el caso que examina la Sala puede observarse que los Magistrados, por tratarse de un accidente de tránsito que involucraba dos vehículos, previamente a resolver el asunto consideraron necesario verificar, además del daño, cuál de los conductores fue el causante del mismo, asumiendo el régimen de *"falla del servicio"*, para terminar atribuyéndole la responsabilidad en la causación del daño al conductor de la patrulla, tal como lo propuso el Consejo de Estado en la decisión citada, al paso que excluyeron *"la falla del servicio presunta"*, y concluir la ausencia de falla en el servicio, porque el daño *"no fue ocasionado por circunstancia atribuible a la administración"* que la pudiera hacer responsable patrimonialmente por dicho daño antijurídico.

Ahora, así no se comparta la tesis aplicada por los Magistrados para la solución del asunto y, a pesar de lo lacónica, y si se quiere, de la pobreza argumentativa de la providencia, como lo sugiere la señora Procuradora, lo cierto es que dada la complejidad del asunto y la dificultad que presentaba, por tratarse de un tema que como viene de verse

de los antecedentes jurisprudenciales no es pacífico, no vislumbra la Sala, en los términos del alcance del delito de prevaricato previsto por la Corte en su jurisprudencia, que se trate de una decisión *"manifiestamente contraria a la ley"*, es decir, absolutamente caprichosa u opuesta al derecho positivo que revele un actuar abiertamente irracional o arbitrario, con connotación delictiva.

Adviértase además cómo los Magistrados indiciados al responder a las pretensiones del Procurador de la época, insistieron en que *"la responsabilidad sin falla en este caso no es fuente para declarar la responsabilidad del Estado"*, situación que, según se advierte en la entrevista a éste, no lo motivó a recurrir la providencia *"al haberse encontrado que la sentencia estaba ajustada a derecho"*.

En síntesis, la decisión cuestionada, luego de confrontar los tres elementos de la responsabilidad del Estado, reconocidos jurisprudencialmente a partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, con la situación fáctica puesta a consideración del Tribunal, concluyó que no obstante el fallecimiento de los uniformados en el accidente de tránsito *"no hay lugar a condenar a la entidad demandada por ese hecho, ya que de las pruebas obrantes en el plenario se desprende que el Subcomisario Gabriel Jaime Agudelo Ramírez, estaba en servicio pero no falleció con ocasión al mismo ya que el accidente de tránsito del cual fue víctima fue causado por imprudencia del conductor del vehículo oficial, tal como consta en la investigación que se (sic) inició la Fiscalía 108 de Yumbo"*, es decir, para los Magistrados, no fue ocasionado por circunstancia atribuible a

la administración¹⁸, o lo que es lo mismo, el daño no podía imputársele al Estado porque el resultado (daño antijurídico) fue producto de la conducta de las propias víctimas.

Al menos así se desprende de la providencia, cuando señaló que si bien el Subcomisario *"estaba en servicio pero no falleció con ocasión al mismo, ya que el accidente de tránsito del cual fue víctima fue causado por imprudencia del conductor del vehículo oficial"*

Esta conclusión es reiterada en esta indagación por el Magistrado PÉREZ CAMARGO, tanto en la diligencia de interrogatorio vertida como en la audiencia de preclusión, cuando explica, refiriéndose a las motivaciones de la decisión, que luego de indicar los elemento axiológicos de la falta o falla en el servicio, y destacar sus elementos, pudo establecer, de las pruebas aportadas por la Fiscalía que adelantó la actuación por la muerte de los uniformados, que la *"causa eficiente del daño"* tuvo origen en la imprudencia del conductor de la patrulla, que no le había sido asignada para la función, y que el Subcomisario, por su posición jerárquica superior frente a él, tuvo la posibilidad de *"poder evitar"* el resultado.

Sin entrar en juicios de desvalor sobre la validez del razonamiento planteado, infiere la Sala que el motivo de la decisión se sustentó en que el daño antijurídico fue producto

¹⁸ Corte Constitucional C-286/17: *"Aunque el daño antijurídico es un elemento sine qua non de la responsabilidad patrimonial del Estado, no es el único requisito para que se dé la obligación de reparación[117]. En efecto, aún existiendo un daño antijurídico concreto, se debe acreditar la existencia de un vínculo jurídico entre el daño y la actividad pública desplegada, de manera tal que el mismo pueda ser imputable al Estado. Por lo que una consecuencia natural de la ausencia de dicha relación causal, es la imposibilidad jurídica de imputar al Estado y a sus agentes la realización del daño y el reconocimiento de una reparación o indemnización en favor de la víctima o perjudicado"*

de la propia acción de las víctimas, descartando el elemento de la imputabilidad del Estado, cuya ausencia, según la teoría de la responsabilidad, impide el reconocimiento de una indemnización a la víctima.

En ese orden de ideas, a pesar de las críticas de forma y de fondo que puedan plantearse a la providencia o de que sus planteamientos se compartan o no, los razonamientos expuestos, resultan suficientes para tener por demostrada la ausencia del elemento normativo “manifiestamente” contraria a ley y, por tanto, necesario para la imputación de la tipicidad objetiva.

Porque, adviértase, que cuando el legislador, somete la conducta prevaricadora a que la contrariedad de la decisión sea “manifiesta” implica, no simplemente que exista una disparidad con el derecho aplicable, sino, que la misma debe ser de una entidad superlativa tal, que aparezca como ostensiblemente grosera y carente de racionalidad.

De ahí que en la introducción de este análisis se haya advertido, que la tipicidad objetiva del prevaricato, está supeditada no a la simple ilegalidad de la decisión *“sino que la disparidad del acto respecto de la comprensión de los textos enunciados –contentivos del derecho positivo llamado a imperar– no admite justificación razonable alguna”*.

Para la Sala es palmario que demostrada la atipicidad objetiva de las conductas, esta circunstancia impide adentrarse en el estudio del tipo subjetivo.

Cuestión final

El artículo 334 de la Ley 906 de 2004 considera que la decisión que precluye una investigación *“cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos.”*

Igualmente, el artículo 3° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, modificatorio del artículo 235 de la Constitución Política, estipuló como funciones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia *“Resolver, a través de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones proferidas por la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.”*

Esta norma atribuyó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de *“la segunda instancia por medio de la apelación de [todo] tipo de sentencias y de decisiones interlocutorias proferidas por la Corte en los juicios de su competencia.”*¹⁹

Además, al tenor del inciso 2° del artículo 176 de la codificación procedimental penal, *“[S]alvo la sentencia la reposición procede para todas las decisiones”*, entre las que se halla la que define la preclusión porque, según reiterada jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Especial de Primera Instancia, auto de 5 de septiembre de 2018. Rad. 51532.

Justicia, es de naturaleza interlocutoria²⁰, sin depender de su contenido.

En este orden de ideas, contra esta determinación proceden los recursos de reposición y apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia,

R E S U E L V E

PRIMERO. PRECLUIR la indagación que se adelanta contra los Magistrados LUZ ELENA SIERRA VALENCIA y FRANKLIN PÉREZ CAMARGO, por atipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción, según los argumentos expuestos en este proveído.

SEGUNDO. NOTIFICAR en estrados esta decisión, y **ADVERTIR** que contra ella proceden los recursos de reposición y apelación.

TERCERO. ARCHIVAR la actuación, una vez quede en firme esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

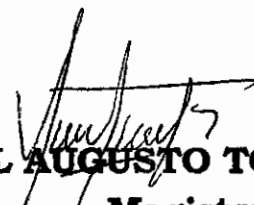
²⁰ Criterio pacífico adoptado por la Sala de Casación Penal en providencias, tales como: CSJ AP, 21 May. 2014, rad. 43764, CSJ AP, 27 Feb. 2013, rad. 40736, CSJ AP, 16 Abr. 2008, rad. 29540 y CSJ-AP, 21 Ene. 2015, rad. 42814.



RAMIRO ALONSO MARÍN VÁSQUEZ
Magistrado



JORGE EMILIO CALDAS VERA
Magistrado



ARIEL AUGUSTO TORRES ROJAS
Magistrado



ADRIANA HERNÁNDEZ AGUILAR
Secretaria