

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Radicación: 76001-23-31-000-2002-01785-01 (39515)
Actores: CARLOS ADOLFO VALENCIA CALERO Y OTROS
Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SENTENCIA)

Contenido: Descriptor: Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones, pero por la ausencia de daño antijurídico alegado. **Restrictor:** Aspectos procesales – legitimación en la causa – caducidad de la acción / Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado- La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia. Responsabilidad del Estado por error jurisdiccional- Responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora¹ contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2010² por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Presentación de la demanda.

La demanda fue presentada el **29 de abril de 2002** por Carlos Adolfo Valencia Calero en su calidad de víctima directa, así como sus padres Alfonso Valencia Figueroa, María Victoria Calero de Valencia y su hermana Victoria Eugenia Valencia Calero, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas³:

“2.1 Declaración Básica Demandada.

Declarar administrativamente y patrimonial responsable a la Nación Colombiana –Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación, representada por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, en cabeza de su Director Ejecutivo, (Ley 270-96, art.99), de los daños materiales y morales causados al sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, debido a los errores judiciales cometidos por los diferentes Fiscales que tuvieron a cargo la investigación del Radicado N° 082-UCLA, de acuerdo a lo relatado en los hechos, a las pruebas y al derecho invocado.

2.2 Declaraciones Adicionales

¹ Fls. 277-297 del C. P.

² Fls. 242-271 del C. P.

³ Fls. 16 a 55 del C. 1.

Como consecuencia de la declaración anterior, sírvanse ustedes hacer en sentencia definitiva, que haga tránsito a cosa juzgada, las siguientes o semejantes declaraciones adicionales:

2.2.1 Perjuicios Materiales – (C. Política art.90)

Condénase (sic) a la Nación Colombiana / Rama Judicial / Fiscalía General de la Nación, representadas por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, al pago de los perjuicios materiales actuales y futuros, causados por el error judicial cometido por la Fiscalía General de la Nación, en contra del Sr. Carlos Valencia Calero, los cuales se tasan en la siguiente forma:

2.2.1.1 Perjuicios sufridos por la perdida (sic) de oportunidades

Se ordena pagar al Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, todos y cada uno de los valores reconocidos y liquidados, de acuerdo a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

2.2.1.2 Reconocimiento de gastos extraordinarios causados

Se ordena pagar al Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, todos y cada uno de los valores reconocidos y liquidados como gastos necesarios que tuvo que realizar, a causa de la investigación penal y para el legítimo ejercicio de su defensa, demostrados con las pruebas y reconocidas en la parte motiva.

2.2.1.3 El valor de los intereses comerciales

Se ordena el reconocimiento y pago de los intereses comerciales causados o que se lleguen a causar, tanto de plazo, como moratorios, calculados sobre las sumas que sean reconocidas como resultado de esta demanda, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, hasta el pago total y efectivo de lo ordenado en ella, los cuales se liquidaran con base en certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria al momento de la liquidación y pago.

2.2.1.4 Indexación

Se ordena que se tome en cuenta el correspondiente ajuste por inflación, tanto en el momento de la **liquidación** con base en las certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria al momento de la liquidación y pago.

2.2.1.4 Indexación

(...)

2.2.2 Perjuicios Morales

2.2.2.2.1 Perjuicios Morales causados al actor Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero. (C. Política art. 90 y C. de P.P art. 414)

Condenase a La Nación Colombiana –Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, representados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, al pago de los perjuicios morales sufridos por el Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, por causa del error judicial cometido en su contra por la Fiscalía General de la Nación, los cuales se tasan en el máximo de salarios mínimos legales mensuales, reconocidos por la jurisprudencia, vigentes al momento de la liquidación y/o pago.

2.2.2.2.1 Perjuicios Morales causados al actor Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero.

Condenase a La Nación Colombiana –Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, representados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, al pago de los perjuicios morales sufridos por el Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, por causa del error judicial cometido en su contra por la Fiscalía General

de la Nación, los cuales se tasan en el máximo de salarios mínimos legales mensuales, reconocidos por la jurisprudencia, vigentes al momento de la liquidación y/o pago, para las siguientes personas:

2.2.2.2.1 Al padre Sr. Alfonso Valencia Figueroa

2.2.2.2.2 A la madre Sra. María Victoria Calero de Valencia

2.2.2.2.3 A la hermana Victoria Eugenia Valencia Calero

2.2.3 Perjuicios a la vida de relación, ocasionados al Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, debido a la estigmatización social y pública

Condenase a La Nación Colombiana –Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación, representados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, al pago de los perjuicios morales y materiales a la vida de relación sufridos por el Sr. Carlos Adolfo Valencia Calero, debido a la estigmatización social y pública por causa del error judicial cometido en su contra por la Fiscalía General de la Nación, los cuales se tasan en el máximo de salarios mínimos legales mensuales, reconocidos por la jurisprudencia, vigentes al momento de la liquidación y/o pago.

(...)"

1.2. Fundamento fáctico.

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora relató los hechos que la Sala sintetiza así:

El señor Carlos Adolfo Valencia Calero de profesión economista, laboró en la entidad financiera Banco de Colombia S.A., donde desempeñó varios cargos, entre ellos el de Gerente General Zona Cali, desde el 26 de marzo de 1994, fecha en la que fue nombrado hasta el 15 de julio de 1996 fecha en la que renunció por presión de la junta directiva, pues se encontraba vinculado a la investigación penal cuyo radicado era el N° 082-UCLA la cual tuvo su génesis en las investigaciones derivadas del denominado proceso 8000, en la demanda concretamente se consignó: *“se desprendió una investigación previa en contra de varios funcionarios del Banco de Colombia basándose en una información (mal llamada denuncia) contenida en carta del 7 de mayo de 1996, del Contralor General de la República de esa época, sr. David Turbay Turbay, que acompañó de unas supuestas pruebas recogidas por esa entidad dentro de una visita anterior de control de Gestión a la Superintendencia Bancaria, o sea en un asunto diferente sin cumplir con las formalidades exigidas para el traslado de pruebas, como lo ordena en el artículo 255 del C. de P. Penal, por cuanto se trataba de unas fotocopias, sin numerar, sin firma, sin fecha, sin indicar de que proceso provenían y, además, sin autenticar y certificar como expresamente lo exige la Ley”⁴.*

Indicó la parte actora que el **24 de junio de 1996** la Fiscalía N° 98 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Justicia de Cali inició la investigación penal previa, la cual ordenó de manera formal el **23 de octubre de 1996**.

⁴ Fl. 72 del C.1

Señaló el apoderado de los demandantes que la investigación el **21 de enero de 1998** se le reasignó a la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación –sede Bogotá- la cual se continuó con el radicado N° 082 LA, por el supuesto delito **“Del Encubrimiento por Receptación – Lavado de Activos,”** descrito por el Artículo 31 de la Ley 190 del 6 de junio de 1995, “o sea basándose en una legislación posterior a unos hechos ocurridos entre los años de 1.993 a 1.994”.

Posteriormente, el **04 de octubre de 1999** la Fiscalía 14 –UCLA- cambió la adecuación típica por la de Enriquecimiento Ilícito de Particulares, investigación a la que fue vinculado el señor Carlos Adolfo Valencia Calero y otros, fecha en la cual se impuso medida de aseguramiento.

Indicó el apoderado de la parte actora que ese proceso fue conducido por: **i)** la Fiscalía N° 98 Seccional de la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública y Justicia de Cali del 24 de junio de 1996 al 27 de enero de 1997; **ii)** la Fiscalía N° 1 –Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación desde el 27 de enero de 1997 al 05 de julio de 1998; **iii)** la Fiscalía N° 16 Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el Lavado de Activos – UCLA, desde el 06 de julio de 1998 al 01 de octubre de 1998; y **iv)** la Fiscalía N° 14 Unidad Nacional para la extinción del derecho de dominio y contra el Lavado de Activos de la Fiscalía General de la Nación –UCLA del 02 de octubre de 1998 hasta el final de la investigación.

Seguidamente, señaló el abogado de la parte demandante que las apelaciones de las resoluciones emitidas por la Fiscalía N° 098 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y Justicia de Cali, fueron resueltas por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Cali; a su turno, las resoluciones proferidas por los fiscales de la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el lavado de activos, las desató el 23 diciembre de 1999 y el 27 de abril del 2000, por la Unidad de Fiscalías Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá –Sala Especial de Descongestión y el 17 de enero de 1999 por la Unidad de Fiscalías Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca.

2. Actuación procesal en primera instancia.

2.2. Admisión de la demanda.

Mediante auto del **30 de mayo de 2002**, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda contra la Fiscalía General de la Nación y la Nación – Rama Judicial -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- y ordenó tramitarla conforme a ley⁵; asimismo, el **30 de agosto de 2002** admitió la adición de la demanda. Providencias que notificó el 10 de febrero de

⁵ Fls. 139-140 del C. No. 1.

2003 al Director Ejecutivo de la Rama Judicial⁶ y a la Directora Administrativa y Financiera de la Fiscalía General de la Nación⁷.

2.3. Contestación de la demanda.

2.3.1.-El **14 de marzo de 2003** la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de contestación⁸. En primer lugar se pronunció respecto de los hechos de la demanda indicando que no le constaban, por lo cual manifestó que se atendería a lo que resultara probado; seguidamente solicitó negar las pretensiones de la demanda porque no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar ninguna clase de responsabilidad en cabeza de esa entidad, pues la actuación de ese ente investigador se surtió de conformidad con las normas constitucionales y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, por lo que no es de su recibo predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de la justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos una detención y/o privación injusta de la libertad del señor Valencia Calero, que generara a decir de la parte actora, los daños y perjuicios aducidos en la demanda. Posteriormente, señaló que: *“en el caso en estudio, no se configura ningún tipo de error, es decir al examinar las actuaciones de mi representada en el sub iudice, no se encontró error jurisdiccional ni mucho menos error judicial, tal y como lo quiere hacer ver la parte actora y sin probarlo, por cuanto sus actuaciones se encuentran ajustada (sic) a la Constitución Política y a la Ley tal y como se explica y demuestra en el desarrollo del presente memorial”*.

Seguidamente, indicó el apoderado de la Fiscalía General de la Nación que el señor Valencia Calero nunca estuvo privado de la libertad, por lo que no se puede pretender una indemnización por ello bajo la aplicación del artículo 414 del Código Penal; por otra parte, señaló que tampoco se configura la responsabilidad objetiva para la procedencia de la indemnización, puesto que como ya lo manifestó el demandante nunca estuvo detenido.

Por último, propuso el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la parte actora por cuanto el señor Valencia Calero omitió informar de las irregularidades presentadas, las cuales eran de todo su conocimiento, dentro de la entidad bancaria que éste laboró; por otra parte, planteó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva la cual, incongruentemente, la hizo consistir en que:

“el Señor CARLOS ADOLFO VALENCIA CALERO nunca fue privado de su libertad, tal y como ya se explicó y demostró en el desarrollo del presente memorial, lo que constituye otro eximente de responsabilidad a favor de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, toda vez que la parte actora en la Demanda – Acápite FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LAS PRETENSIONES Y LA JURISPRUDENCIA LA RESPECTO, pretende indemnización haciendo énfasis y/o

⁶ Fl. 164 del C. No. 1.

⁷ Fl. 165 del C. No. 1.

⁸ Fls. 168 -181 del C. No. 1.

basándose en el Artículo 90 de la Carta Política y en el Artículo 414 del C.P.P vigente para la época de los hechos”.

2.3.2 El **07 de marzo de 2003** el apoderado de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial radicó escrito de contestación⁹, en el cual indicó que se oponía a todas y a cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto no hubo privación injusta del señor Carlos Adolfo Valencia Calero, por ello no se configuró ninguna responsabilidad del Estado; respecto a los hechos manifestó que se atenía a lo que resultare probado; seguidamente esgrimió como razones de defensa que *“no hubo defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por el presunto error endilgado a la Fiscalía General de la Nación al ordenar la detención preventiva de la libertad del actor, porque las decisiones judiciales estuvieron soportadas en las normas sustantivas y procesales vigentes, es decir, que todas decisiones jurisdiccionales fueron actos normales y legales de la administración de justicia, porque en principio militaban contra el acusado indicios serios y graves de estar comprometido en los hechos denunciados como punibles (...)”*. Por último propuso la excepción innominada o genérica.

2.3. Periodo probatorio.

Vencido el término de fijación en lista, mediante auto de **10 de octubre de 2003**¹⁰, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó las pruebas solicitadas por las partes.

2.4. Alegatos de conclusión.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de auto proferido el **10 de mayo de 2006**, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto, respectivamente¹¹.

La Fiscalía General de la Nación presentó alegatos de conclusión el **02 de junio de 2006**¹², reiterando la posición de la contestación de la demanda y solicitando al Tribunal que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, pues no se avizora ningún tipo de responsabilidad por parte de esa entidad.

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El **11 de marzo de 2010**, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca profirió sentencia de primera instancia mediante la cual negó todas las pretensiones de la demanda¹³ aduciendo que

⁹ Fls. 188 -191 del C. No. 1.

¹⁰ Fl. 232 del C. No. 1.

¹¹ Fl. 123 del C. No 1.

¹² Fls. 233 - 237 del C. No 1.

¹³ Fls. 242 a 271 del C. Ppal.

si bien hubo “un error en la actuación de instrucción penal, que se concretó con la indebida variación de la adecuación típica de la conducta investigada, que derivó en la imposición de una medida de aseguramiento contra VALENCIA CALERO fincada en una equivocada calificación del delito, esa determinación no cumple el requisito de firmeza previsto en el numeral 2 de la (sic) artículo 65 de la ley 270 de 1996, pues al interponerse el recurso de apelación contra la resolución del 4 de octubre de 1999, se pronunció la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Bogotá – Sala de Descongestión y frente a la resolución de acusación, hizo lo propio la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Especial, a través de la resolución del 27 de abril de 2000. Precisamente la jurisprudencia y la ley han definido que se trate de examinar el error jurisdiccional en una providencia que se encuentre “en firme”, pues mientras sea susceptible de revisión por el superior, cualquier error puede enmendarse como aquí ocurrió. (...) Por último no se remite a dudas que las consecuencias negativas del seguimiento de una investigación en su contra, se prolongó durante más de tres años para VALENCIA CALERO (desde febrero de 1997 hasta abril de 2000). Lo que no encuentra la Sala evidenciado es que ello fuese consecuencia directa del error en la calificación jurídica del delito, pues, como se viera, la instrucción llevada a efecto precluyó por prescripción de la acción penal al transcurrir el término de cinco años, mas no porque la autoridad acusadora determinara que la conducta de los particulares, desde el inicio, fuese atípica. (...) Tampoco tiene asidero para predicar la responsabilidad del Estado, la alegación del demandante referida al vencimiento de los términos para decretar el cierre de la investigación penal, pues no es asunto que configure propiamente un “error”, sino una situación de hecho susceptible de alegarse en el curso de del proceso y con las consecuencias propias en la esfera de la libertad de los procesados, más que en la validez o corrección del proceso. Lo propio debe decirse sobre la violación de la reserva sumarial, como obligación recíproca de investigador e investigado, de la que eventualmente pudiera deducirse responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, en razón de entrañar faltas en el cumplimiento de la administración de justicia, en razón de entrañar faltas en el cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 8º y 331 del C.P.P., pues aparte de que no hubo demostración de tal hecho en este proceso, el mismo estatuto procesal penal tenía previstas las consecuencias derivadas de su violación en el artículo 332, que se refieren a sanciones de carácter disciplinario. (...) En razón de las consideraciones precedentes no halla (sic) acreditado la Sala que la actuación penal haya incurrido en error jurisdiccional ni defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, descritos como títulos de imputación de la responsabilidad del estado por acción de sus funcionarios judiciales, motivo por el cual la respuesta al primer problema jurídico es negativa y su consecuencia es la improsperidad de las pretensiones”.

4. Recursos de Apelación

El **27 de julio de 2010**, la parte actora presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹⁴, solicita que se revoque dicha sentencia, y en su lugar se profiera providencia favorable, accediendo a la pretensiones de la demanda.

Indicó el apoderado de la parte demandante que el señor Carlos Adolfo Valencia Calero fue vinculado a la investigación de la Fiscalía sin que existiera mérito para ello, sindicándole la comisión del “ *delito de encubrimiento en la modalidad de lavado de activos, provenientes de actividades ilícitas, cargo que el funcionario le endilgó en la diligencia de indagatoria, sin tener en cuenta que los hechos que se le imputaban habían tenido lugar mucho antes de proferirse la Ley 365 de 1997*”, situación que para el apoderado del actor constituyó un error, pues no se podía indagar por un delito inexistente; con dicha situación, a su juicio, se le transgredió su derecho al debido proceso y el de presunción de inocencia.

Manifestó que la Fiscalía General de la Nación actuó de manera caprichosa, arbitraria y de manera lesiva al debido proceso, puesto que el fiscal que escuchó la indagatoria e impuso la medida de aseguramiento, desconoció que el delito que le endilgó al señor Valencia Calero era inexistente, con lo que se demuestra que este actuó de conformidad con su propio arbitrio y no según los criterios establecidos en la ley.

Por otra parte, señaló el impugnante que el *a quo* en la parte motiva de la sentencia reconoció las numerosas violaciones a los derechos fundamentales del señor Valencia Calero, que conllevan a la responsabilidad estatal por los perjuicios causados, y que, pese a ello en la parte resolutive niega las pretensiones, por lo que expresó que: “*no entiende el memorialista cual es el criterio que asiste al fallador, cuando en la parte motiva de la sentencia transcribe apartes de sentencias constitucionales, que contrario a lo que él afirma, ratifican el derecho del demandante a la indemnización reclamada y contradicen fundamentalmente sus afirmaciones. (...)*”.

Seguidamente, esgrimió que el “*daño causado se define por los perjuicios ocasionados en el trámite de la investigación penal. Solo la providencia que deslegitima la actuación represiva de la fiscalía, es la que determina la libertad del sindicado y lo reintegra a la sociedad restituyéndole el goce de los derechos que injustamente le habían cercenado. Es de ese hecho que nace la responsabilidad estatal, fundamentada en un principio que surge con plena claridad de las numerosas interpretaciones del artículo 90 de la Constitución Nacional, hechas por los magistrados de las altas Cortes del País: **El que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.***” (Negrita propia del texto)

¹⁴ Fls. 277-297 del C. Ppal.

Recalcó que las providencias proferidas por la Fiscalía General de la Nación, es decir: i) la del 28 de febrero de 1997 mediante la cual se ordenó indagar al señor Valencia Calero; ii) la del 04 de octubre de 1999 en la que se decretó la medida de aseguramiento y se modificó la calificación de receptación por encubrimiento a la de enriquecimiento ilícito de particulares a terceros; así como, iii) la del 23 de diciembre de 1999 en la que se dictó resolución de acusación en contra del señor Carlos Adolfo; con las cuales, como lo señaló el juez de primera instancia, se transgredió el principio de legalidad, además, esos interlocutorios fueron recurridos y confirmados por el superior, continuando de manera sucesiva con la transgresión de los derechos fundamentales del aquí demandante; pues está demostrado que el actor tuvo que soportar una carga que no debía, hasta abril del año 2000 en que se precluyó la investigación a su favor, reconociéndose el cúmulo de errores en que incurrió la demanda.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante auto del **07 de septiembre de 2010** concedió el recurso de apelación incoado por la parte demandante en efecto suspensivo, ante esta Corporación¹⁵.

El **17 de enero de 2010** el apoderado de la parte demandante adicionó el recurso de apelación en el que señaló que junto con el señor Valencia Calero, los señores Juan Manuel Rivera Hernández y Marisol Velásquez Quintero se vieron sometidos al proceso penal; quienes de manera individual le otorgaron poder para demandar y respecto de los dos últimos el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió a las pretensiones de la demanda, por lo que de tres procesos iguales en sus fundamentos y en sus peticiones, dos fueron favorables y uno no, esto es, el caso que aquí se examina¹⁶; por lo que concluye que se deben tener en cuenta estas decisiones para dictar una sentencia favorable.

5. Trámite de la segunda instancia

Por medio del auto de **22 de noviembre de 2010**, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el referido recurso¹⁷.

A su vez, mediante auto del **13 de diciembre de 2010** corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y el concepto, respectivamente¹⁸.

En escrito del **26 de enero de 2011**¹⁹, la parte demandada – Fiscalía General de la Nación - presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, en éste solicita que se confirme el fallo recurrido, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, para el efecto argumentó que esa entidad no incurrió en un error judicial, por el

¹⁵ Fl.298 del C. Ppal.

¹⁶ Fls. 305-307 del C. Ppal.

¹⁷ Fl. 302 del C. Ppal.

¹⁸ Fl. 304 del C. Ppal.

¹⁹ Fls. 308 - 311 del C. Ppal.

contrario actuó de conformidad a la normativa vigente para la época de los hechos; precisó que el señor Carlos Adolfo Valencia Calero *“fue vinculado al proceso se le resolvió situación jurídica dentro del término legal por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares, absteniéndose de imponer medida de aseguramiento en su contra, continuando el proceso en su contra, el que termina con preclusión por prescripción de la acción penal. Lo que quiere decir que el supuesto daño se presentó por adelantar una investigación penal en su contra y no llegar a una determinación sobre su responsabilidad, sino que por el transcurso del tiempo prescribió la acción penal. (...) Lo que queda demostrado, que si su afectación se dio por la investigación penal en su contra, porqué (sic), siendo un sujeto procesal, no hizo nada, para reactivar de alguna forma el proceso penal, y así lograr una determinación por parte de la Fiscalía, pudo perfectamente haber aportado pruebas, que demostraran su inocencia, pero aceptó la pasividad, es más, se denota que esperó pacientemente la prescripción, lo que quiere decir que el único culpable en este caso fue el accionante”*.

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el **02 de febrero de 2011**²⁰.

CONSIDERACIONES

1.- Aspectos procesales

1.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado²¹.

1.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”*²², o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la

²⁰ Fl. 316 del C. Ppal.

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.: 2008-00009. En este sentido véase también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2010, Exp.: 39085, C.P.: Ruth Stella Correa; Auto de 21 de octubre de 2009, Exp.: 36913, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; y Auto de 28 de marzo de 2012, Exp.: 42864, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²² Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparecen al proceso en calidad de **demandantes** Carlos Adolfo Valencia Calero (víctima directa), Alfonso Valencia Figueroa, María Victoria Calero de Valencia (padres) y Victoria Eugenia Valencia Calero (hermana), quienes en la condición aducida se encuentran legitimados en la causa por activa.

Por otra parte, la demanda fue dirigida contra la Nación – Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial, frente a lo cual debe preverse que el asunto que aquí se conoce fue de conocimiento de las Fiscalías -Seccional y Delegada- en las etapas de instrucción a la luz del Decreto 2700 de 1991, en razón a lo cual la Sala considera que la Fiscalía General de la Nación se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

Con relación a la Rama Judicial la Sala pone de presente que en el caso bajo estudio, debe tenerse en cuenta el criterio interpretativo fijado en la providencia de 25 de septiembre de 2013 del Pleno de la Sección Tercera, donde se recordó que no se está frente a un problema de legitimación en la causa por pasiva sino de indebida representación, comoquiera que el centro de imputación contra quien se dirige la demanda es el mismo, esto es, la Nación (de la que hace parte tanto la Rama Judicial como la Fiscalía General de la Nación).²³ Consecuencia de lo anterior, en el evento de resultar condenada la administración, la condena se impondrá en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por cuanto, además, es la directa vinculada con el supuesto error judicial alegado por la parte demandante.

.1.3.- Caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 136 del C.C.A., que en su numeral 8º dispone que la acción *“de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001²⁴, y sólo se interrumpe, de acuerdo

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Auto de 25 de septiembre de 2013. Exp. 20420.

²⁴ **ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el

con el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, con la presentación de la demanda que cumpla los requisitos y formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo²⁵. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez²⁶.

Ahora bien, tratándose de la declaración de responsabilidad del Estado por error judicial el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial contentiva del supuesto error judicial.

En el caso concreto, la Sala observa que la decisión de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Especial, por medio de la cual se precluyó la investigación, data del **27 de abril del 2000**, y se constata igualmente que esta providencia quedó ejecutoriada el **24 de mayo del 2000**; como la demanda de reparación directa se radicó el **29 de abril del 2002**, resulta claro que la acción se ejerció dentro del término de caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A.

2. Análisis de la impugnación.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en su escrito de apelación oportunamente presentado conforme a lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso. Por lo cual la Sala procederá a analizar si las actuaciones judiciales realizadas por las diferentes autoridades de la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal que se adelantó en contra del señor Carlos Arturo Valencia Calero, comportan el error judicial como criterio de imputación de responsabilidad de esa entidad, conforme a lo establecido por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Para resolver lo pertinente la Sala en primer lugar reseñará las pruebas que obran en el expediente; a continuación examinará los presupuestos para configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; luego se analizará la responsabilidad del Estado por daños derivados de la administración de justicia y finalmente se realizará el análisis del caso concreto,

3. Del acervo probatorio.

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable". (Subrayado fuera de texto)

²⁵ Consejo de Estado, Auto de fecha 2 de marzo de 2001, Rad. 10909, M.P. Delio Gómez Leyva.

²⁶ Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

-Resolución del **24 de junio de 1996** de la Fiscalía 98 Delegada Seccional mediante la cual abrió la investigación previa²⁷.

-Diligencia indagatoria del **20 de marzo de 1997** rendida por el señor Carlos Adolfo Valencia Calero ante la Fiscalía Seccional 98 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y de Justicia de Cali, en la que indicó sus nombres y apellidos, identificó a su familia, así como los bienes y las obligaciones que poseía; por otra parte señaló que laboró en Banco de Colombia S.A desde el 15 de agosto de 1989 al 15 de julio de 1996 fungió como gerente en diferentes categorías siendo el último cargo el de gerente general zona Cali en el cual tenía unas funciones por escrito; sin embargo relacionó algunas otras actividades como coordinar 9 departamentos a través de un comité que él dirigía, velar porque se cumpliera el presupuesto de la zona a su cargo tanto en captaciones, colocaciones, ingresos, egresos y utilidad; seguidamente indicó que él no tenía conocimiento de los movimiento de las cuentas corrientes, pues esto le correspondía a los subgerentes comerciales según el respectivo manual de funciones²⁸.

-El **14 de noviembre de 1997** la Fiscalía 98 Seccional de Unidad Delitos Financieros y contra la Administración Pública resolvió la situación jurídica del señor Carlos Adolfo Valencia y otros, en el sentido de abstenerse de imponer medida de aseguramiento a quien se le imputaba la comisión de delitos "CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA" y no decretó la preclusión de la instrucción como lo solicitó el apoderado del aquí demandante, lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones²⁹:

"(...)

Indudablemente que el conocimiento de tales hechos (giro de cheques y sobregiros por encima de los activos patrimoniales de los cuentacorrentistas), con los mecanismos diseñados por la Ley y la Superbancaria, le es atribuible a los niveles superiores del Banco de Colombia, pues éstos tenían la responsabilidad jurídica de denunciar los presupuestos punibles en comento. Tratar de diluir la responsabilidad de denunciar o atribuírsela a los funcionarios de nivel inferior en un sofisma de distracción.

La instrucción debe dirigirse a buscar otros elementos probatorios que comprometan la responsabilidad de los altos funcionarios del Banco de Colombia como favorecedores de las actividades ilícitas de particulares utilizando el torrente financiero o a contrario sensu, su inocencia ya alegada en sus descargos.

No existe mérito para imponerles medida de aseguramiento como lo manda el art. 388 de nuestro procesal penal.

Por las razones expuestas no es del caso decretar la preclusión de la instrucción, impetrada por los mandatarios de los encartados CAMARGO BOHORQUEZ, VALENCIA CALERO y MONTES BELTRA".

-Resolución del **27 de mayo de 1998** de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión

²⁷ Fls. 5042 -5043 del C.12

²⁸ Fls.1054-1062 del C.4

²⁹ Fls.1205-1218 del C.4

del 14 de noviembre de 1997 en el sentido de confirmar la decisión de primera instancia con fundamento en lo siguiente:

(...)

Mírese si no, que el Doctor CARLOS ADOLFO VALENCIA por aquel entonces, gerente general de zona –lo cual lo ubica en un segundo nivel-, tenía dentro de sus atribuciones, la de autorizar sobregiros hasta 405 salarios mínimos legales mensuales vigentes. El Doctor HUGO ORLANDO MONTES, gerente de zona, podía autorizar giros en descubrimiento hasta por 253 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Lo que excediera de estas cuantías, debía pasar a un rango superior.

*Tampoco el llamado “principio de confianza” o de autorresponsabilidad, puede librar compromiso a los sindicatos. Precisamente en virtud a él, cada funcionario, incluyendo los de más alta investidura, debían cumplir con sus funciones, una de ellas, la aprobación de sobregiros en cuantías de su competencia. No en vano es el propio “Manual de Crédito” el que obliga a funcionarios de primer nivel, a formular mediante cualquier sistema de comunicación, las solicitudes de aprobación de sobregiros que superen las facultades delegadas, a los NIVELES SUPERIORES con FACULTADES para resolverlas. Este hecho, el de tener facultad para **resolver**, obviamente hace responsable al funcionario que autoriza el crédito, de su propia acción u omisión. Por eso existen cuatro niveles de delegación, pues se entiende que un funcionario de mayor rango, puede asumir con mayor responsabilidad, tareas de mayor envergadura o de mayor compromiso para la institución que representa.*

Así pues, aun cuando la naturaleza del asunto recurrido, limita a esta instancia, impidiéndole adoptar determinación distinta a la confirmación de la providencia recurrida, se quiere sugerir al funcionario instructor, respetuosamente desde luego, la revisión de la situación jurídica de los encartados”.

-El **21 de julio de 1998** la Unidad Nacional para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el lavado de Activos profirió la resolución N° 220 por medio de la cual reasignó las diligencias radicadas bajo el N° 082 UNCLA a la Fiscalía 17 de la Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos³⁰.

- El **02 de octubre de 1998** la Dirección Nacional de Fiscalías –Jefatura Unidad Nacional para la Extinción del Derecho del Dominio y Contra el Lavado de Activos- profirió la resolución N° 319 por medio de la cual reasignó las diligencias radicadas bajo el N° 082 UNCLA a la Fiscalía 14 de la Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos³¹.

- El **07 de septiembre de 1999** la Dirección Nacional de Fiscalías –Jefatura Unidad Nacional para la Extinción del Derecho del Dominio y Contra el Lavado de Activos- profirió la resolución N° 438 por medio de la cual reasignó las diligencias radicadas bajo el N° 082L.A UNCLA a la Fiscalía 26 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, adscrito a la Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos³².

³⁰ Fls.1913-1914 del C.6

³¹ Fls.2327-2328 del C.6

³² Fls.2475-2476 del C.7

-El **24 de septiembre de 1999** la Fiscalía 14 de la Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos profirió la orden de captura N° 6738 en contra de Carlos Adolfo Valencia Calero sindicado del delito de Enriquecimiento Ilícito³³.

-Providencia del **04 de octubre de 1999** Fiscalía 14 de la Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos, mediante la cual le impuso medida de aseguramiento al señor Carlos Arturo Valencia Calero junto con otras personas, en calidad de presuntos autores y responsables del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares a favor de terceros, con fundamento en las siguientes consideraciones³⁴:

(...)

Los hechos materia de esta investigación ocurrieron durante los años de 1.993 al 1.995, periodo durante el cual se abrieron las cuentas que utilizó el denominado “Cartel de Cali”, para lavar el dinero fruto de las actividades de narcotráfico, con la complicidad de algunos funcionarios de la institución.

Está demostrado dentro de la investigación que además de las irregularidades denunciadas por la Contraloría, se pudo constatar que en el caso de las “empresas”-éstas jamás desarrollaron el objeto social, se utilizaron cédulas falsas para la apertura de las cuentas, las direcciones suministradas como domicilio eran inexistentes, se utilizaron nombres de personas que nunca manejaron esas cuentas, como el caso de empleados al servicio de los Rodríguez Orejuela, quienes figuraban como titulares.

(...)

Estudiadas las indagatorias de: DIEGO PRADO OTERO, HUGO MONTES BETRAN (sic), CARLOS ADOLFO VALENCIA CALERO, MIGUEL JOSÉ ZUÑIGA y PEDRO JOSÉ CAMARGO BOHORQUEZ, podemos advertir que tenían perfecto conocimiento de cómo operaba en teoría la autorización y aprobación de los sobregiros, pero son renuentes en reconocer la responsabilidad personal que a cada uno de ellos les atañe de acuerdo con sus facultades.

(...)

Este Despacho consideró necesario obtener la información confiable acerca de cómo se manejaron las operaciones de sobregiro en las diez cuentas que más adelante detallaremos, para cada una con base en ello poder hacer cargos concretos respecto de cada una de las personas involucradas, de acuerdo a sus facultades, en la concesión de los mencionadas sobregiros.

Obtenido el informe contable se ha determinado que la procesada hizo parte del Comité de Crédito para los años de 1993 a 1995, el cual tenía facultades para autorizar y aprobar sobregiros cuando por el monto superaba las facultades de los Gerentes de Sucursales, Gerente de Zona y Gerencia General (Ver numeral 3 del Informe Nro. 004070 F -116 C-8).

Se estableció que efectivamente los confesos narcotraficantes Rodríguez Orejuela, durante los meses de Marzo a Diciembre de 1994, principalmente, mediante el mecanismo de los sobregiros, utilizaron los recursos del Banco de Colombia, para sus ilícitos manejos, como fue el caso de las cuentas: “Carnes del Pacífico”, Distribuidora Agrícola la Loma”, “Distribuidora de productos Agrícolas el Diamante” y “Comercializadora Agropecuaria La Estrella”. Estos créditos luego eran cubiertos con dineros provenientes de sus ilegales negocios.

³³ Fl. 2739 -2747 del C.7

³⁴ Fl. 2780 -2793 del C.7

De acuerdo con el estudio contable hemos podido establecer, que la mayoría de sobregiros que forman parte integral del estudio Contable, se observa que en estas, la concesión de sobregiros fueron otorgados a partir del año 1994 y por la razón de los montos, siempre tuvieron autorización de instancias superiores a las del Gerente de Oficina.

Revisados los cuadros de discriminación de comportamiento de los sobregiros que forman parte integral del estudio Contable, se observa que en estas, la concesión de los sobregiros no es una situación excepcional, sino por el contrario dichas operaciones eran una constante, además el saldo permanecía en descubierto por tiempo relativamente largo y por sumas bastantes significativas, (...).

(...)

Los anteriores planteamientos llevan a este (sic) Delegada a las siguientes conclusiones:

(...)

8) Que los procesados DIEGO PRADO OTERO, HUGO MONTES BETRAN (sic), CARLOS ADOLFO VALENCIA CALERO, MIGUEL JOSÉ ZUÑIGA y PEDRO JOSÉ CAMARGO BOHORQUEZ, con su comportamiento doloso, incurrieron en el delito de Enriquecimiento Ilícito a favor de terceros y no de Receptación de que trata el artículo 177 del Código Penal.

Vale la pena señalar que en criterio de este Despacho, el delito de Enriquecimiento Ilícito Surge como mecanismo destinado a combatir el narcotráfico a partir del Decreto 2266 de 1991, por lo tanto aunque la descripción normativa pudiera contener elementos integradores del tipo descrito en el artículo 177 del Código Penal, debe primar la descripción del Enriquecimiento Ilícito de Particulares, toda vez que este surgió por la necesidad de contrarrestar las acciones de grupos y organizaciones criminales vinculadas al narcotráfico cuyo incremento patrimonial injustificado causa graves problemas al orden público y a la economía nacional.

(...)

Teniendo en cuenta que cuando se resolvió la situación jurídica de los procesados: DIEGO PRADO OTERO, CARLOS ADOLFO VALENCIA CALERO, PEDRO JOSÉ CAMARGO BOHORQUEZ, MIGUEL JOSÉ ZUÑIGA y HUGO MONTES BELTRAN, tanto la primera como la segunda instancia coincidieron en señalar que lejos de la ausencia de la conducta ilícita por parte de los procesados, la investigación se encontraba incipiente y faltaban pruebas para poder atribuir responsabilidades a cada uno de los funcionarios investigados; es este el momento de entrar a modificar la situación jurídica con base en la prueba sobreviniente que ya ha sido analizada

(...)

Por todo lo anterior y reunidos los requisitos de que trata el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal, se profiere Medida de Aseguramiento de Detención Preventiva en contra de: DIEGO PRADO OTERO, HUGO MONTES BELTRAN, CARLOS ADOLFO VALENCIA CALERO, MIGUEL JOSÉ ZUÑIGA y PEDRO JOSÉ CAMARGO BOHORQUEZ.

(...)"

-Resolución del **13 de octubre de 1999** mediante la cual Fiscalía 14 de la Unidad Nacional Para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos cerró la etapa instructiva³⁵; decisión que se le notificó al apoderado del señor Carlos Adolfo Valencia Calero mediante oficio de la misma fecha³⁶.

-Resolución del **23 de diciembre de 1999** de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Bogotá mediante la cual se desató el recurso impetrado en contra de

³⁵ Fl. 2972 del C.7

³⁶ Fl. 2989 del C.7

la resolución del 04 de octubre de la misma anualidad por el apoderado del señor Valencia Calero y otros; dicha autoridad se abstuvo de surtir el objeto de la apelación y dispuso la remisión del expediente a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá, lo anterior con fundamento en lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

1-La problemática jurídica ligada a la decisión judicial que es motivo de alzada, se enmarca en el principio de tipicidad como elemento integrador del hecho punible (art. 2º C.P), en la medida en que se cuenta en autos con dos decisiones de autoridades distintas que otorgan diferente calificación jurídica a una misma actividad comportamental.

Ahora bien, como la hipótesis punible pregonada en la resolución suscrita por el Fiscal de la unidad Nacional del lavado de activos y extinción del derecho de dominio, referida al enriquecimiento ilícito de particulares en favor de terceros, mudó la competencia que hasta allí tenía la Fiscalía Seccional para ubicarla en la especializada, resulta de rigor lógico a definir si ese cambio súbito de competencia tiene en realidad el soporte probatorio necesario para que sea esta Delegada la que desate el recurso de alzada interpuesto en contra de la resolución de octubre 4 del año en curso.

(...)

No discute el Despacho y en ello, coincide con la Fiscal autora de la resolución atacada, que el tipo penal previsto en el decreto 1895 de 1989 tuvo origen en una política de Estado encaminada a combatir la delincuencia organizada y dentro de ella la dedicada al comercio ilícito de sustancias de estupefacientes. Tampoco tiene reparo en admitir, pues sobre ello existen referencias expresas en autos, que los dineros canalizados por las cuentas bancarias (...) tenían un origen ilícito que no era otro que las actividades de narcotráfico de los hermanos Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela. Así lo admitió Guillermo Pallomari González, contador del llamado Cartel de las Drogas de Cali, en su indagatoria rendida dentro del expediente radicado en el Tribunal Nacional bajo el Nº 10.513 que fueron trasladadas a este expediente las pruebas procesales pertinentes.

Se encuentra probado así mismo que hubo en realidad plurales y serias irregularidades en la apertura y manejo de esas cuentas, que para ello se desconocieron expresas directrices de la Superintendencia Bancaria y otras internas del Banco de Colombia contenidas en resoluciones orientadas a salvaguardar la banca nacional de cualquier afectación derivada de la incursión de la delincuencia organizada que motivó la sanción pecuniaria de la \$20.000.000.00 impuesta a la entidad crediticia y a la desvinculación laboral definitiva de alguno de sus funcionarios.

Tampoco va a discutir la Delegada que exóticos y millonarios movimiento que tuvieron las cuentas en mención durante su temporal y corta vigencia, fueron hechos que no pudieron pasar desapercibidos para los funcionarios del Banco de Colombia y que por el contrario debieron alertarlos sobre el origen de los dineros movidos en desarrollo de las diferentes operaciones al interior de dichas cuentas.

El disentimiento de este Despacho frente a la conclusión del trabajo de tipicidad que trae la resolución impugnada, tiene razón en cuanto allí se predica que todo lo dicho conlleva afirmar que los procesados incurrieron en el punible de enriquecimiento ilícito de particulares a favor de terceros.

Conforme lo resaltan los varios abogados defensores en sus escritos protestan frente a la decisión impugnada, ésta en parte alguna señala cómo y cuándo se obtuvo el incremento atribuido a los procesados, cuál fue su cuantía; pero menos aún a quién o quiénes fueron los terceros a los que fue trasladado el producto material de esa ilicitud o cuándo y en qué forma se hizo ese depósito irregular en aquéllos indeterminados terceros.

El silencio que guarda el Fiscal de la Unidad Nacional de lavado de activos y extinción del derecho de dominio frente a esos tópicos basilares de la atribución punible, no tiene explicación distinta a una realidad procesal que es adversa a dichos postulados. (...) Dicho en mejores y más claras palabras, tales dineros ya habían ingresado a las arcas de éstos para incrementar ilícitamente su patrimonio, sin que para ello hubiesen requerido el concurso de los funcionarios bancarios, de los que nunca se ha dicho participaron activamente en la consecución de esos haberes indebidos. Si a sabiendas permitieron las millonarias operaciones que se hicieron en esas cuentas, cabría quizás pregonar un blanqueo de dineros o lavados de activos, solo que, a ello se opone el hecho de que fue tan solo en el año 1997 tras la vigencia de la ley 365 de ese año cuando vino a tipificarse en la legislación nacional dicho evento tópico, mientras que los episodios perseguidos tuvieron ocurrencia en épocas anteriores.

Que parte de esos dineros hubiesen ido a parar por transferencia y mediante emisión de cheques a terceros para incrementar de manera justificada su patrimonio, es cuestión que tampoco compromete a los empleados bancarios bajo la hipótesis punible del enriquecimiento ilícito de particulares a favor de terceros, pues en caso tal los responsables de esos subsiguientes enriquecidos serían los mismos que mediante la actividad de narcotráfico obtuvieron dividendos que luego traspasaron a terceros a sabiendas de su ilícita procedencia.

Nótese que el enriquecimiento primario así como el secundario o derivado que reporta el expediente, se originó entonces en la actividad de unas mismas personas que obtuvieron para sí dineros ilícitos ligados a la actividad del narcotráfico parte de los cuales emplearon luego para favorecer e incrementar el patrimonio de terceros.

Como la descripción legal del tipo descrito en el decreto 1895 de 1989 se edifica sobre el verbo rector obtener, sea ya de manera directa o por interpuesta persona, para sí o para un tercero..., y tal elemento brilla por su ausencia en la conducta de varios funcionarios del Banco de Colombia vinculados a la investigación, la única conclusión que de ello deriva es la errónea clasificación que del hecho investigado se hizo en la resolución que modificó la situación jurídica provisional de los encartados.

Ahora bien, lo que sí resulta diáfano e indiscutible, es el hecho de que lo ocurrido al interior de las varias cuentas bancarias citadas en autos no pudo ser desapercibido por los funcionarios del Banco. Fueron varias y graves las irregularidades que se cometieron en la apertura y manejo de esas cuentas, como millonarios los giros y sobregiros sobre ellas. (...)

Sostuvo el Fiscal de la Unidad Nacional del Lavado de activos y extinción del derecho de dominio, que por principio de especialidad y por tener una mayor riqueza descriptiva, el tipo referido al enriquecimiento ilícito de particulares a favor de terceros debía prevalecer sobre el de la receptación. Dicho argumento no tiene cabida en el caso de la especie porque según lo visto los elementos configurativos del tipo penal descrito en el artículo 1º del decreto 1895 de 1989 resultan ajenos y extraños al comportamiento atribuido a los procesados. La solución planteada con sujeción al principio de especialidad, tendría cabida a condición de que los elementos configurativos de uno y otro de los tipos penales de que se trata concurrieran confundidos e indistintamente en el hecho perseguido, caso en el cual y siguiendo las directrices de la doctrina nacional habría que ubicarlos en el de mayor riqueza descriptiva, en el que con definitiva ausencia de los elementos que integran el tipo penal del enriquecimiento ilícito, concurren en cambio los propios de receptación.

En conclusión:

Con la modificación del nomen juris del comportamiento enrostrado a los indagados, que hiciera el Fiscal de la Unidad Nacional de lavado de activos y extinción del dominio en la resolución que es objeto de alzada, no resulta vinculante por errónea, deberá entonces esta Delegada abstenerse de surtir el objeto de la apelación, para en su lugar y en atención a lo dispuesto en la resolución 003 del enero 21 de 1998, por medio de la cual la Dirección Nacional de Fiscalías asignó el trámite de la segunda instancia dentro de este

asunto a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá o esta Delegada, según fuera el competente y de lo concluido deriva que la competencia para el conocimiento del asunto la preserva aun la Fiscalía Seccional independientemente de la asignación que se hiciera del asunto en la Unidad Nacional de lavado de activos para su instrucción; remitir el diligenciamiento a dicha Delegada que será así la encargada de evaluar la situación individual de cada uno de los vinculados según las propuestas traídas en los escritos de apelación, así como definir la cuestión alusiva a la eventual prescripción de la acción penal a que refieren algunos de los abogados impugnantes y proveer lo pertinente hacia los correctivos procesales que derivan de la situación acá analizada.

(...)”.

-Interlocutorio del **23 de diciembre de 1999** de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho y de Dominio y Contra el lavado de Activos, mediante la cual profirió resolución de acusación en contra de Carlos Adolfo Valencia Calero y otros, como presuntos autores y responsables del delito de Enriquecimiento Ilícito de particulares a favor de terceros de que trata el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, pues él sindicado como superior jerárquico del Gerente de Zona y teniendo en cuenta las atribuciones crediticias establecidas para la concesión de sobregiros y las solicitudes de viabilidad tenía conocimiento de las irregularidades que se presentaban en el manejo de las cuentas corrientes³⁷.

-Decisión del **17 de enero de 2000** proferida por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, mediante la cual desató el recurso de apelación impetrado en contra de la resolución del 04 de octubre de 1999 mediante la cual se le impuso medida de aseguramiento en contra de Carlos Adolfo Valencia Calero y otros; mediante la cual confirmó la decisión de primera instancia “en lo que fue motivo de impugnación”, con fundamento en lo siguiente:

(...)

Delimitación jurídica del problema: El asunto que acapara nuestra atención puede concretarse en los siguientes términos: incurrieron los aquí vinculados en el delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULAR EN FAVOR DE TERCEROS, como se postula por parte de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción de Dominios y Contra el Lavado de Activos, o, por el contrario la conducta que se imputa es atípica, incluso tratándose del delito primigenio como inicialmente se calificó provisionalmente la conducta –RECEPTACIÓN-, como se postula por los recurrentes quienes deprecian a su vez la preclusión de la investigación?

(...)

En la providencia en comento se admite sin discusión alguna que se permitió el ingreso de dineros ilícitos y que la entidad financiera fue utilizada como instrumento de legalización, en otros términos, a través de la entidad se “lavo” dinero ilegal, juicio que esta instancia comparte por ajustarse a la realidad, como igualmente para aquella época, legalmente este obrar no se encuentra tipificado.

(...)

En el caso de autos. Los sobregiros otorgados a las empresas fachadas y a las personas naturales, fueron el medio idóneo para “blanquear” el dinero ilegal y ello acontece cuando deben ser cancelados los sobregiros, obviamente, junto con los intereses que la operación bancaria generó.

(...)

³⁷ Fls.48-91 del C.2

Para la época de los hechos, y en punto de la afirmación de no existir conducta punible previamente definida, a la cual se adecue el comportamiento de los aquí indagados, se encontraba vigente el delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES, ello es indiscutible, por lo mismo el adentrarse a estudiar la A quo el comportamiento de los vinculados desde esa óptica, encuentra sustento legal atendible, sin que ello conlleve la violación del principio de tipicidad.

En efecto. El decreto 1895 de 1989, atendiendo a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que extendió la aplicabilidad de la norma a los particulares que deriven beneficios patrimoniales de actividades delictivas, derivadas de los delitos de narcotráfico y conexos y elevado posteriormente a legislación permanente a través del artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, definía y sancionaba esta conducta en los siguientes términos:

“ART. 10. EL QUE DE MANERA DIRECTA O POR INTERPUESTA PERSONA OBTenga PARA SÍ O PARA OTRO INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO, DERIVADO DE UNA U OTRA FORMA, DE ACTIVIDADES DELICTIVAS, INCURRIRÁ POR ESE SOLO HECHO, EN PRISIÓN DE CINCO (5) A DIEZ (10) AÑOS Y MULTA EQUIVALENTE AL VALOR DEL INCREMENTO ILÍCITO LOGRADO”.

(...)

Al modificar la A quo la medida de aseguramiento, ciertamente tiene en cuenta el dictamen o estudio contable en donde de manera clara se determina el comportamiento de los sobregiros, prueba que consideró sobreviniente en punto de la modificación de la calificación jurídico provisional y que la llevó a considerar que los aquí vinculados en verdad habían incurrido en el delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES EN FAVOR DE TERCEROS, circunstancia que de hecho, de conformidad con el artículo 411 del C.P.P le imponía el deber de sustituir la medida de aseguramiento por la que correspondiera de conformidad a la prueba aportada.

Reparos ofrece la pretensión final de los impugnantes en el sentido de que lo procedente es revocar la decisión motivo de alzada y en su lugar decretar la preclusión de la investigación por atipicidad de la conducta, siendo razones de hecho y de derecho las que a continuación se pasan a exponer.

Pertinente es hacer referencia a lo siguiente. Dos tesis han hecho carrera en nuestro medio judicial, que encuentra detractores y defensores. Así, quienes postulan que al sindicado debe formularse desde el principio de la investigación, y específicamente en la indagatoria, de manera clara y precisa los cargos –delitos- que se le imputan para que éste pueda de igual manera ejercer el derecho de defensa y de contradicción; la otra posición, hace referencia a que el imputado se le indaga por los hechos objeto de investigación y no específicamente por cargos, sin que ello signifique, per se, que no se concrete estos en la indagatoria y al momento de resolver la situación jurídica, cuya calificación es provisional.

Es innegable, que en algunos eventos, desde el inicio de la investigación, de los hechos pueden surgir elementos de juicio que permitan adecuar la conducta del sindicado a determinada norma sustantiva y al momento de indagar al sindicado, interrogarlo, sobre delitos específicos y, concretamente, sobre los hechos, pero igualmente pueden presentarse hipótesis como que en el desarrollo de este interrogatorio se demuestre la presencia de otras conductas punibles, lo que no constituye obstáculo para formularle cargos por lo que se evidencia razonablemente pero aún no se ha investigado en debida forma, ora acaecer que, resuelta la situación jurídica, dentro del desarrollo de la investigación se demuestra la existencia de otros hechos que se concretan en cargos que obviamente, no se imputaron, pero sobre los cuales se interrogó al sindicado, en cuyo caso nada impide ampliar la indagatoria, si a bien lo tiene el funcionario judicial y formular los cargos que se avizoran, y podría, entonces, adicionar la resolución que resolvió la situación jurídica, ora hacerlo en la resolución de acusación, sin que ello conlleve vulneración al debido proceso y derecho de defensa.

Significa lo anterior que en el proceso penal se investigan hechos, se indaga sobre los hechos y posteriormente se hace una adecuación típica provisional, ubicándose esos hechos bajo una determinada denominación jurídica al momento de resolverse la situación jurídica, y el ser provisional, indica simplemente que aquella adecuación no ata la decisión calificatoria por el mismo reato, pues bien, puede haber una equivocada adecuación subsanable, precisamente, al calificarse el mérito del sumario, sin que pueda llamarse a engaño la defensa técnica ni material en cuanto a que los cargos que se formularon se sustentan sobre los hechos por los cuales se interroga al sindicado. (...).”

-Resolución del **27 de abril de 2000** de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá – Sala Especial- mediante la cual desató los recursos de apelación interpuestos contra el proveído del 23 de diciembre de 1999; en el cual revocó la decisión recurrida y precluyó la investigación adelantada en contra de Carlos Adolfo Valencia Calero y otros “al operar el fenómeno jurídico de prescripción de la acción dentro de las presentes diligencias”³⁸.

-Cancelación de orden de captura N° 97 a favor de Carlos Adolfo Valencia Calero contra quien reposaba la orden de captura N° 6738 del 24 de septiembre de 1999³⁹.

Los anteriores medios probatorios serán valorados por la Sala para resolver los problemas jurídicos planteados en la impugnación presentada por la parte demandante.

4. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁰, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁴¹ tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

³⁸ Fls.5295-5314 del C.13

³⁹ Fls. 5359 del C.13

⁴⁰ “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”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004, sentencia C-037 de 2003.

⁴¹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues “*menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], 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’*”.

4.1 El daño.

El daño comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁴² y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁴³, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional ha señalado que la:

“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁴⁴.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “*Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos*”⁴⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁴⁶, anormal⁴⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁴⁸.

Es preciso advertir que en la sociedad moderna, el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva y no sujeta al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño

⁴² “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

⁴³ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”. ob., cit., p.186.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁴⁵ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente: 9550.

⁴⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

⁴⁷ “(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

⁴⁸ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material, podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece⁴⁹.

4.2 Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento del deber jurídico de reparar.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la *“superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”*⁵⁰.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁵¹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁵².

⁴⁹ "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª editorial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁵¹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación

En cuanto a lo anterior, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*⁵³. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de *“cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”*⁵⁴.

Esto es sin duda, un aporte dado por Larenz según el cual había necesidad de *“excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”*⁵⁵. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁵⁶. Es más, se sostiene doctrinalmente *“que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”*⁵⁷.

judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵² El *“otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista 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”*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵³ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵⁵ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁵⁶ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

⁵⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema, ob., cit., p.171.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁸ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁵⁹ que el juez está llamado a aplicar bajo la consideración de la utilización de la máxima *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*⁶⁰.

Esta formulación no debe suponer, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁶¹, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a *“una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente*

⁵⁸ El principio de proporcionalidad se compone de tres sub- principios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...). En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer sub principio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁵⁹ La ley de la ponderación pone de manifiesto que ésta se puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁶⁰ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁶¹ La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

de riesgos especiales⁶², y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁶³.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁶⁴, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁶⁵, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como*

⁶² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁶³ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁶⁴ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁶⁵ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

*la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)*⁶⁶.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5. La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia.

Los elementos de la responsabilidad del Estado que se vienen de comentar, han tenido un desarrollo particular en el ámbito específico de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de los actos emanados de las autoridades judiciales, o por sus omisiones.

5.1 Régimen desde la óptica convencional

Ese desarrollo, desde la perspectiva convencional está consagrado en los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos bajo la égida de la tutela judicial efectiva, y del acceso efectivo a la administración de justicia, que suponen que no solo deben existir los procedimientos y recursos, sino que los mismos tienen que mostrarse eficaces; de suerte que cualquier acto procesal de una autoridad jurisdiccional que vaya en contra de tal efectividad, o cualquiera omisión por parte de estas mismas autoridades que afecten a las personas intervinientes en un proceso judicial, en su derecho de defensa, generará responsabilidad del Estado frente a este particular.

La garantía de la tutela judicial efectiva vincula a los Tribunales internacionales, tanto en el orden universal, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional; como en el orden regional, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, pese a que se establece en principio una inmunidad diplomática y en sus votos, pero únicamente respecto de los miembros que conforman estos Tribunales; pero no de la institución misma, que está vinculada a un régimen de responsabilidad derivada de sus procedimientos y decisiones. De suerte que si en ejercicio de esta actividad judicial internacional se incurre en actos u omisiones que vulneren los elementos que conforman el acceso efectivo a la administración de justicia, el organismo tendrá que responder por los daños que de tales actos u omisiones se deriven⁶⁷.

5.2 Régimen de Responsabilidad de daños derivados de la actividad judicial en el ordenamiento Colombiano.

⁶⁶ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁶⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por el actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

En el ámbito interno, a propósito de la responsabilidad del Estado por daños derivados de la actividad de las autoridades jurisdiccionales, se pueden identificar tres etapas claramente diferenciadas: Un primer periodo anterior a la expedición de la Constitución de 1991, en la que no existía esta responsabilidad bajo el argumento que las decisiones jurisdiccionales, al estar revestidas de la autoridad de cosa juzgada, cualquier omisión, error o anomalía en que incurrieran las autoridades judiciales al proferirlas, configuraba un riesgo que debía ser asumido por los coasociados.

Pese a lo anterior, y por influjo del ordenamiento convencional, artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por vía excepcional fue abriéndose paso la responsabilidad por error judicial y por defectuoso funcionamiento; entendiéndose que el primero se verificaba cuando se condenaba a una persona mediante sentencia que comportaba un error; y para configurar el segundo evento se precisó que una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada y otra diversa ciertos actos ejecutados por los jueces en orden a resolver los procesos, que solo requieren de la prudencia administrativa.

Una vez entra en vigencia la constitución de 1991, pueden advertirse dos épocas: una primera en que a la cláusula prevista por el artículo 90 de la Constitución se le dio una aplicación jurisprudencial en materia de daños derivados por la actividad judicial, en la que, en aplicación de las hipótesis previstas en el artículo 414 del entonces vigente código de procedimiento penal, se asoció como un mismo supuesto la privación injusta de la libertad y el error judicial⁶⁸; y un segundo periodo que comienza con la expedición de la ley 270 de 1996, normatividad que especificó como fundamentos de la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional tres hipótesis: la privación injusta de la libertad, el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

De suerte que, observado en conjunto el ámbito convencional y la legislación colombiana, son cuatro los supuestos que generan la responsabilidad por la actividad judicial, los tres que se acaban de mencionar, a nivel interno; y el deficiente acceso a la administración de justicia, desde la perspectiva convencional.

Por cuanto en el sub judge se acusa a la Fiscalía General de la Nación de haber incurrido en un error judicial al proferir las providencias: **i)** del 28 de febrero de 1997 mediante la cual ordenó la vinculación mediante indagatoria; **ii)** 04 de octubre de 1999 por la cual dictó en su contra medida de aseguramiento, y **iii)** la del 23 de diciembre de 1999 mediante la cual dictó la resolución de acusación; como quiera que, a juicio del demandante, en las mismas se incurrió en error judicial, al aplicar normas que contenían delitos que no se encontraban vigentes para la época en que ocurrieron los hechos, situación que transgredió el debido proceso; y le ocasionó

⁶⁸ Una reseña de las decisiones del Consejo de Estado que contiene este sincretismo entre error y privación injusta de la libertad puede ser consultada en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, cit. pág. 22.

unos perjuicios morales y materiales; la Sala estima pertinente, previo al análisis del caso concreto, examinar los lineamientos dogmáticos del error judicial y la privación de injusta de la libertad.

5.2.1 La responsabilidad al Estado por Error Jurisdiccional

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como aquel "*cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley*". Y esta Corporación lo ha definido como el error que se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, es decir, aquellas resoluciones judiciales mediante las cuales se interpreta y aplica el Derecho⁶⁹.

Asimismo, la Sala ha establecido que el error jurisdiccional como título de imputación de responsabilidad del Estado se presenta siempre que "*una providencia judicial en firme, y con independencia de si fue proferida con culpa o sin ella, pero que es equivocada porque no se ajusta a la realidad procesal o a la ley, se causa un daño antijurídico que debe ser reparado*"⁷⁰.

5.2.1.1 El daño antijurídico en el evento de error judicial

Se afirma que por error judicial "*ha de entenderse la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable, anormal a un derecho a un interés jurídicamente tutelado de una persona, cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, y materializado a través de una providencia contraria a la ley que se encuentre en firme y que la víctima no está en el deber de soportar*"⁷¹

5.2.1.2 La imputación del daño en los eventos de error judicial

Se debe precisar que dicho error requiere de ser cometido por una autoridad jurisdiccional y en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; que ocurra dentro de un proceso judicial y se materialice en una providencia judicial; y que tenga la intensidad suficiente para que la providencia que lo contiene devenga contraria al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, siendo el error una categoría proveniente de la teoría general del derecho es oportuno precisar que este se distingue de la ignorancia del funcionario judicial, en la medida en

⁶⁹ *Ibídem*.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

⁷¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carias de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pág. 105

que en aquél se presenta un falseamiento de la realidad; mientras que en ésta se verifica la carencia absoluta de conocimiento sobre una determinada realidad⁷².

En este orden de ideas útil es determinar que dicho error puede ser de diversos tipos: un error de hecho, que implica una equivocada percepción respecto de las personas, respecto de la naturaleza de la decisión judicial, en cuanto al objeto de la decisión y a los motivos de la misma. De otra parte, el error puede ser derecho, el que se concreta en “cuatro modalidades específicas: violación directa del orden positivo; falsa interpretación del orden positivo; errónea interpretación del orden positivo; y violación por aplicación indebida del orden positivo”⁷³.

Adicionalmente, según el artículo 67 de la misma ley, para que proceda la responsabilidad patrimonial por el error jurisdiccional es necesario que concurren los siguientes requisitos⁷⁴: (i) que el afectado interponga los recursos de ley, y (ii) que la providencia contentiva del error se encuentre en firme⁷⁵.

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido que las condiciones necesarias “*para estructurar el error jurisdiccional que materializará la responsabilidad patrimonial del Estado (...) son las siguientes*”⁷⁶:

“a) En primer lugar, del concepto mismo, es lógico inferir que el error jurisdiccional debe estar contenido en una providencia judicial que se encuentre en firme. Efectivamente, aun cuando una decisión judicial resulte equivocada, sí ésta aún puede ser revocada o modificada, el daño no resultaría cierto, pues el error no produciría efectos jurídicos y, además, podría superarse con la intervención del superior funcional. (...)

“b) Tal y como se deduce de pronunciamientos anteriores de esta Sección, el error jurisdiccional puede ser de orden fáctico o normativo. El primero, supone diferencias entre la realidad procesal y la decisión judicial, porque i) no consideró un hecho debidamente probado o ii) se consideró como fundamental un hecho que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, i) porque no se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho o ii) porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso. El error normativo o de derecho, supone equivocaciones i) en la aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y, ii) cuando se aplicaron normas inexistentes o derogadas u otros similares.

“c) El error jurisdiccional debe producir un daño personal y cierto que tenga la naturaleza de antijurídico, esto es, que el titular no tenga la obligación jurídica de soportar. Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos.

“d) La equivocación del juez o magistrado debe incidir en la decisión judicial en firme, pues como bien lo sostiene la doctrina española: “el error comentado (judicial) incide exclusivamente en la potestad jurisdiccional que se materializa en la sentencia o resolución -auténtica declaración de voluntad del órgano que ostenta aquélla-, siempre ha

⁷² Ibídem. Pág. 110 y ss.

⁷³ Ibídem, pág. 115.

⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2011, expediente: 22322.

⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Septiembre de 1997, expediente: 10285; 27 de abril de 2006, expediente: 14837; y 13 de agosto de 2008, expediente: 17412.

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837 y 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

de consistir en aplicar la norma que a cada supuesto corresponde, el error ha de radicar en un equivocado enjuiciamiento o no aplicación a aquél de la solución únicamente querida por el legislador^{77,78}.

Al respecto, es preciso resaltar que el juicio de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional deberá realizarse en atención a las circunstancias del caso concreto, a partir de las cuales se determinará si la actuación judicial es contentiva de yerro alguno.

En reiterados pronunciamientos la Sala ha reconocido que en algunas oportunidades el juez sólo dispone de la “*única decisión correcta*” para resolver el asunto sometido a su conocimiento; no obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables⁷⁹. Así las cosas, en esta última hipótesis, el juicio de responsabilidad no puede reputar como daño antijurídico la consecuencia adversa a los intereses de una de las partes como consecuencia de la decisión judicial fundada en argumentos racionales⁸⁰. En este sentido, se ha sostenido que:

“... el denominado “principio de unidad de respuesta correcta o de unidad de solución justa” de los enunciados jurídicos es, apenas, una aspiración de los mismos, la cual podrá, en veces, ser alcanzada, mientras que, en otras ocasiones, no acontecerá así. De ello se desprende que, ante un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables —en cuanto correctamente justificadas— pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento —una justificación o argumentación jurídicamente atendible— pueden considerarse incurso en error judicial⁸¹.”

Por último, la Subsección estima pertinente reiterar que si bien la Corte Constitucional en la sentencia de control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia asimiló el concepto “error jurisdiccional” al de “vía de hecho”⁸², dicha identificación semántica resulta impropia. Así, tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional únicamente será determinante la contravención al ordenamiento jurídico contenida

⁷⁷ Reyes Monterreal, José María. La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Editorial Colex. Madrid. 1995. Página 24.”

⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008 expediente: 17650.

⁸⁰ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

⁸¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente: 15776 y 14 de agosto de 2008, expediente: 16594.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Al respecto, se señaló en esta providencia: “Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”»

en una providencia judicial⁸³, y no la conducta “*subjetiva, caprichosa y arbitraria*” del operador jurídico⁸⁴.

5.2.2. Privación Injusta de la Libertad

5.2.2.1 El derecho a la libertad individual

Dentro del catálogo de derechos contenido en la Constitución Nacional, la garantía de la libertad ocupa un especial e importantísimo lugar, esto es, la posición de derecho fundamental cuya eficacia emerge como el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y vincula a todas las manifestaciones del poder público y, fundamentalmente, al juez de responsabilidad extracontractual del Estado a quien se le impone el velar por la reparación integral de los perjuicios.

Es por esto que la limitación o restricción al derecho de libertad lleva consigo la configuración de un daño antijurídico que, en principio, el ciudadano no está obligado a soportar, en tanto no haya una razón jurídica que imponga tal carga, como es la comisión de una conducta punible, caso en el cual el particular puede ser restringido o privado del ejercicio de la libertad.

5.2.2.2. Imputación de responsabilidad al Estado por privación injusta de la libertad

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la privación injusta de la libertad en su construcción normativa y jurisprudencial ha pasado por las siguientes etapas:

En la primera etapa se consideró que debía aplicarse la teoría subjetiva o restrictiva, según la cual, esa responsabilidad estaba condicionada a que la decisión judicial de privación de la libertad fuera abiertamente ilegal o arbitraria, es decir, que debía demostrarse el error judicial⁸⁵.

También se sostuvo que dicho error debía ser producto “*de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa una valoración seria y razonable de las distintas circunstancias del caso*”⁸⁶.

Así las cosas, tal declaratoria de responsabilidad procedía porque la privación de la libertad fue ilegal porque la captura se produjo sin que la persona se encontrara en situación de flagrancia o porque se realizó sin orden judicial previa.

⁸³ En este sentido, puede consultarse: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2001, expediente: 12719.

⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente: 17650. “*Esta diferencia, resulta fundamental, para efectos de identificar de manera más clara los linderos de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, al descartar cualquier juicio de comportamiento subjetivo y centrar la atención en la decisión judicial que se cuestiona y su confrontación con el ordenamiento jurídico, especialmente con los derechos fundamentales que puedan resultar comprometidos.*”

⁸⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de octubre de 1992, expediente: 10923.

⁸⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 200, Expediente: 15989.

Dijo entonces el Consejo de Estado:

“Ella [la sindicada] fue retenida en el curso de la investigación relacionada con el aludido secuestro; y del hecho de que hubiera sido absuelta al final no puede inferirse que fue indebida su retención. La justificación de la medida aparece plausible y nada hace pensar que en ella mediarán circunstancias extralegales o deseos de simple venganza.

“La investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual. Y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención. Este extremo, de tan delicado manejo, requería pruebas robustas y serias y no meras inferencias o conjeturas.”⁸⁷

En una segunda etapa, el Consejo de Estado consideró que la privación injusta de la libertad por “*error judicial*” comprendía casos diferentes a los contemplados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal,⁸⁸⁻⁸⁹ eventos aquellos en los cuales la víctima debe demostrar lo injusto de su detención toda vez que en los del artículo 414 se presumen:

“En este orden de ideas, fuera de los casos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en los cuales la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad, cuando se pretenda obtener indemnización de perjuicios por esta causa, el demandante debe demostrar que la detención preventiva que se dispuso en su contra fue injusta; y, en tales eventos, habiéndose producido la detención preventiva por una providencia judicial, la fuente de la responsabilidad no será otra que el error jurisdiccional”⁹⁰.

En la tercera, que es la que prohija la Sala actualmente, sostiene que se puede derivar la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad, cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación), incluyendo el evento del *in dubio pro reo*, aunque para la privación se hayan cumplido todas las exigencias legales ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho vea limitado su derecho a la libertad para luego resultar absuelto del cargo imputado.

Y es que en un Estado Social de Derecho la privación de la libertad sólo debería ser consecuencia de una sentencia condenatoria, con el fin de proteger el principio universal de la presunción de inocencia establecido en el artículo 29 de la Constitución.

En consecuencia, se reitera que una vez que el juez de lo contencioso administrativo encuentre

⁸⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de julio de 1994, expediente: 8666.

⁸⁸ Otros casos de detención injusta, distintos de los tres previstos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, podrían ser, por vía de ejemplo, los siguientes: detención por delitos cuya acción se encuentra prescrita; detención por un delito que la legislación sustrae de tal medida de aseguramiento; detención en un proceso promovido de oficio, cuando el respectivo delito exige querrela de parte para el ejercicio de la acción penal, etc.

⁸⁹ Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

⁹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 17 de noviembre de 1995, expediente: 10056.

probado que el derecho fundamental a la libertad de una persona ha sido vulnerado como consecuencia de una decisión judicial, lo que constituye un daño antijurídico a la luz del artículo 90 de la C.P, debe ordenar su reparación.

En síntesis, la privación injusta de la libertad no se limita a las hipótesis previstas en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y además no interesa que ella sea intramural o domiciliaria, esto es que la restricción de la libertad cualquiera que sea su naturaleza haya sido efectiva⁹¹.

Esta idea vertebral se encuentra expresada como postulado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996 al disponer que “[q]uien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios,” sin perder de vista que el artículo 70 de esa misma Ley prevé que “[e]l daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley.

En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”

Es pertinente precisar que respecto la norma transcrita la Corte Constitucional C -037 de 1996 señaló que:

“Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguna, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual “nadie puede sacar provecho de su propia culpa (...).” (Subraya fuera del texto)

Asimismo, la culpa exclusiva de la víctima, es entendida como “la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

Y se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que

⁹¹ Debe aclararse que en lo que respecta a las restricciones para salir del país o cambiar de domicilio, la Sala ha considerado que el daño antijurídico recae sobre la libertad de locomoción que tienen las personas y no se configura con la simple prescripción de la medida sino que debe acreditarse la afectación efectiva frente a la víctima en particular. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp.: 27.689. En otra oportunidad, la Sala precisó que debe demostrarse “que con dicha medida se hubiera materializado la afectación efectiva de la libre locomoción, por cuanto no se acreditó entre otras, que [los demandantes] tuvieran la necesidad o proyecto para salir del país o que su vida personal o profesional les demandara salir del país con alta frecuencia”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de abril de 2017. Exp.: 41.326.

implique “manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”, en los términos del artículo 63 Código Civil.

A la sazón, está Sala de Subsección ha precisado:

“La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.

Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil⁹².

En este orden de ideas, aunque el actuar irregular y negligente del privado de la libertad frente a los hechos que dieron lugar a la investigación penal y, por supuesto, a la privación de la libertad o el comportamiento por él asumido dentro del curso del proceso punitivo no haya sido suficiente ante la justicia penal para proferir una sentencia condenatoria en su contra, en sede de responsabilidad civil y administrativa, y con sujeción al artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 63 del Código Civil, podría llegar a configurar la culpa grave y exclusiva de la víctima, y exonerar de responsabilidad a la entidad demandada.

Dicho de otra manera, que la parte demandante haya sido absuelta por la justicia penal, ello no quiere decir, *per se*, que se configure la responsabilidad patrimonial de la administración, pues debe revisarse la culpa del penalmente investigado, pues, pese a que su actuación no haya tenido la magnitud para configurar el delito endilgado en su contra, sí puede exonerar patrimonialmente a la entidad demandada.

Bajo la anterior óptica la Sala estudiará el asunto, previo análisis del material probatorio.

6. Análisis del caso concreto

Para realizar el análisis del caso concreto la Sala en primer lugar verificará si se encuentra acreditado el daño antijurídico; si ello es así, posteriormente examinará si dicho daño es imputable a la Fiscalía General de la Nación, por error jurisdiccional, o cualquiera otra acción u omisión que permita atribuirle falla del servicio de administración de justicia.

⁹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577 M.P Olga Mérida Valle de De la Hoz

Al respecto, de conformidad con los medios probatorios que obran en el plenario, la Sala considera que en el *sub judice* no es posible declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación bajo el concepto de error jurisdiccional, por los siguientes motivos.

En primer lugar, como lo señaló la parte demandante, se encuentra que la Fiscalía Delegada 98 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública mediante providencia **del 24 de junio de 1996** ordenó la apertura de la investigación previa con fundamento en la denuncia realizada por el Contralor General de la República quien indicó que entre los años **1993 a 1995** se evidenciaron unas irregularidades dentro de unas entidades bancarias, entre ellas el Banco de Colombia S.A., en donde se autorizaban sobregiros y movimientos de cuentas de empresas fachadas del “Cartel de Cali”, hecho que era de conocimiento de diferentes funcionarios de esa entidad, entre los cuales se encontraba el señor Carlos Adolfo Valencia Calero quien fungió para la época de los hechos como gerente general de la zona de Cali-Palmira.

Como consecuencia de lo anterior, se expidió resolución del **28 de febrero de 1997** la Fiscalía Delegada 98 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública que ordenó vincular al señor Carlos Adolfo Valencia mediante indagatoria, junto con otras personas, lo anterior con fundamento en *“el artículo 81 último inciso de la Ley 190/95 (Estatuto Anticorrupción)”*⁹³.

El proceso continuó, y el **14 de noviembre de 1997** Fiscalía Delegada 98 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra del aquí demandante y otros, toda vez que estimó que debían recaudarse otros elementos de juicio que comprometían su responsabilidad, como favorecedores de las actividades ilícitas y que no existía mérito para imponer dicha medida⁹⁴, decisión que fue recurrida por el apoderado del actor, la cual mediante providencia del **27 de mayo de 1998** la confirmó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali con fundamento en que las pruebas recaudadas comprometían a los investigados pues actuaron de manera omisiva al incumplir con los protocolos que tenía la entidad bancaria respecto de las cuentas corrientes y los sobregiros.

Seguidamente, el **04 de octubre de 1999** Fiscalía Delegada 14 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública resolvió la situación jurídica del señor Valencia Calero junto con otras personas, en el sentido de imponerles medida de aseguramiento como presuntos autores y responsables del delito de Enriquecimiento Ilícito de Particulares; lo anterior en consecuencia de la modificación de la calificación jurídica de receptación por encubrimiento

⁹³ Fl.919-920 del C.4

⁹⁴ Fls.1205-1818 del C.4

contenido en el artículo 177 del Código Penal por el de encubrimiento a la de enriquecimiento ilícito de particulares a favor de terceros el cual surgió como mecanismo “*destinado a combatir el narcotráfico a partir del Decreto 2266 de 1991*”⁹⁵, decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición y apelación; el primero se resolvió mediante providencia del **02 de noviembre de 1999** en el sentido de no reponer y se concedió el recurso de apelación el cual se desató el **23 de diciembre de 1999** por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Descongestión quien se abstuvo de decidir el recurso, por la errónea variación de la calificación jurídica y ordenó remitirla a la Unidad de Fiscalía Delegada; providencias que la parte actora dentro del escrito demandatorio, así como en el de apelación aducen que son contentivas del error por la cual se debe condenar a la demanda para que repare los daños ocasionados a los demandantes por una indebida aplicación normativa de la tipicidad del punible, empero es claro para la Sala que las mismas no se encontraban en firme, pues no obra en el expediente la providencia que hubiese resuelto referido recurso.

Lo que se encuentra es que el mismo **23 de diciembre de 1999** la Fiscalía 14 de la Unidad Nacional de Fiscales para la Extinción del Dominio y contra el Lavado de Activos profirió resolución de acusación en contra del señor Carlos Adolfo Valencia y otros, como coautores del punible de Enriquecimiento Ilícito de Particulares de conformidad a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, decisión que fue apelada, recurso que concedió dicha fiscalía ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Especial, Corporación que el **27 de abril de 2000** revocó la resolución de acusación y precluyó la investigación por prescripción de la acción penal, y para ello argumentó lo siguiente:

“ (...)”

Dentro del marco previsto en el artículo 217 de nuestro estatuto procedimental –con la modificación del artículo 34 de la ley 81 de 1993- en cuanto es permitido revisar en tratándose de apelación, únicamente los aspectos impugnados, sería tarea inmediata de esta instancia proceder a examinar el supuesto de hecho generador de la misma, las determinaciones de instancia adoptadas por el a quo respecto a los sindicatos impugnantes y las razones aducidas para no estar de acuerdo con los apartes pertinentes de las decisiones impugnadas.

Pero, repetimos, tal labor sería inmediata si antes no nos viéramos avocados a dilucidar el importante aspecto que colisionan en su mayoría los defensores en punto a la misma adecuación típica que merecen las conductas desarrolladas por los acá comprometidos desde la afectación al resolverseles la situación jurídica y su posterior variación al momento de la calificación del mérito de lo investigado.

Interesante tema éste que nos remite necesariamente a consultar los principios esenciales del apotegma universal de LEGALIDAD y por ende a los aspectos relacionados con el JUEZ NATURAL, LAS LEYES PROPIAS DEL JUICIO e inclusive el del TRIBUNAL COMPETENTE.

Cara a (sic) sido a la sociedad universal aún antes de 1789 la conquista de un baluarte tan esencial como éste de la Legalidad al que le son añejos los demás aspectos ya citadas y en general toda la teoría conocida modernamente como del “DEBIDO PROCESO”.

⁹⁵ Fls.2782-2793 del C.7

Por manera tal que centramos en el asunto no solo es para traer a colación si en efecto las personas que nos ocupan se hallan incurso en el injusto de enriquecimiento ilícito, o en el de Receptación por encubrimiento, también para cuestionarnos el porqué se dieron tantos palos de ciego para tratar de arribar a una determinación que merecía mejor análisis, pero que en últimas solo sirvió para tenerse que arribar a la conclusión de pérdida de la potestad investigativa del Estado.

Por ello es que debemos entonces previamente acudir al elemento despejante y de contera surge de ubicar en el caso de subjúdice tres aspectos fundamentales:

- 1.-Cuándo ocurrieron los hechos materia de esta investigación penal,*
- 2.-Establecer qué tipo penal subsumía esa conducta para la época en que se dio, y,*
- 3.-Si en el decurso temporal surgió alguna norma que por Favorabilidad resulta aplicable al evento en cuestión.*

Por manera tal que entonces el artículo 29 de la Constitución Política que nos rige el que prevé que nadie puede ser “juzgado sino conforme las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”.

Así entonces, hemos de examinar qué normatividad era aplicable a esas operaciones presuntamente fraudulentas que se le endilgan a los acá investigados, ocurridas entre 1992, 1993 y 1994.

(...)

Este comportamiento para la época que nos ocupa se hallaba tipificado en el artículo 177 del C.Penal:

Veamos:

Desnudado así tal comportamiento de los señores banqueros ubiquémoslo en el real contesto (sic), o por lo menos encontradas así las actuaciones de los investigados por estas diligencias y con el soporte probatorio obrante – que es lo único que nos debe gobernar – dable es entonces aterrizarlo en el aspecto normativo.

En efecto, el artículo 1º del decreto 1895 de 1989, adoptado como permanente por el 10 del decreto 2266 de 1991, determina que incurre en ese hecho punible “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas”. Esta disposición fue expedida al amparo del antiguo Estado de Sitio y por doctrina de la Corte Suprema de Justicia, se determinó que dichas “actividades delictivas” debían ser de narcotráfico, porque fueron ellas las que motivaron la expedición de la ley de excepción; al ser adoptada la norma como legislación permanente y, por ende, Constitucional determinó que las “actividades delictivas”, desde ese momento, ya no podían referirse exclusivamente al tráfico de estupefacientes, sino a cualquiera otra conducta.

(...)

Entonces para sintetizar aún en mejor forma lo expuesto, debemos aclarar que el enriquecimiento en favor de terceros –“para otro”-, no exige el lucro personal, sino que el sindicado obtenga para el tercero esa riqueza ilegal; lo necesario, para imputar la conducta de que se trata, es que el agente activo obtenga un incremento patrimonial de ese otro, y ello es precisamente lo que no puede decirse en este evento donde lo ocurrido es la utilización de esas cuentas de fachadas para lavar aquel dinero, para darle apariencia de legalidad a aquellas jugosas sumas de dinero no importando que tipo de actuaciones bancarias se movieron lo cierto es que las utilizaron para esos menesteres. Por ello es que aquí bien vale la pena traer a colación hasta la cancelación de sumas de dinero como intereses previstas por la Super-bancaria para los efectos de los cobros de sobregiros en el giro, este, ya normal de las operaciones. Por eso se habla de lavado de activos.

Y así seguimos con el origen del dinero para decantar que es por lo de los sobregiros, no podemos reputar como de procedencia ilícita aquellos dineros de la banca con los que se beneficiaron los hoy confesos narcotraficantes.

Si, por otra parte, lo que pretende imputarse a los procesados es que intervinieron para que los beneficiarios de los muchos cheques que se libraron dentro de las cuentas abiertas a nombre de los diferentes personajes de fachada o empresas de fachada se enriquecieran ilícitamente, esto es, se incrementaran sin justa causa sus patrimonios, nuevamente le dimos otro viraje a la investigación porque desde luego estaríamos hablando del dinero aportado por los mismos señores que lo hacían ilícitamente y luego de utilizar la banca nacional e internacional lo lavaban para darla la apariencia de legalidad, pero pese a ello los empleados y directivos del banco para la época, no eran los dueños del dinero no quienes consiguieron tal dinero.

Entonces estaríamos hablando nuevamente del giro del tipo penal de lavado de activos o Receptación por encubrimiento para los empleados o integrantes de la banca.

Todas aquellas irregularidades ya comentadas respecto de la apertura de las cuentas corrientes así como en la concesión de sobregiros sin el suficiente soporte, hacen válida la inferencia de que necesariamente los hasta hoy encartados protegieron y colaboraron en el disfraz de aquellos comportamientos que todo indicaba eran delictivos; Pero se equivoca el a quo al escoger la norma para ubicar el encubrimiento por receptación, pues a pesar de mencionar todas estas irregularidades las ubica como si aquellos funcionarios hubiesen aportado las riquezas que ya tenían los que utilizaron la banca en esas condiciones y para esos fines.

En este orden de razones solo nos queda posible la adecuación de tales comportamiento (sic) de los empleados bancarios en su justa dimensión y en la época de concreción:

La Ley 190 de 1.995, vigente desde el 6 de junio de ese mismo año señalaba en su artículo 31, modificado del 177 del Código Penal que estaría incurso en la conducta de "RECEPTACIÓN, LEGALIZACIÓN Y OCULTAMIENTO DE BIENES PROVENIENTES DE ACTIVIDADES ILEGALES" quien le diera a tales bienes visos o apariencia de legalidad o los legalizara, conducta que es precisamente la que presuntamente cometieron los empleados bancarios hoy cuestionados penalmente con fundamento en las probanzas recaudadas.

Por los problemas de aplicación que se derivan del art. 31 de la Ley 190/95 advino la Ley 365 de 1.997 (arts 247 A y 247 B) que entró a regir en febrero de 1.997, en ese momento y sólo en ese, nació en la ley penal colombiana el tipo penal llamado "Lavado de Activos". Antes el nomen iuris con el que se penalizaba parte de la nueva conducta era el de "Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales" de la ley 190.

Con lo anterior para significar que, si tenemos en cuenta que los hechos que nos ocupan datan de 1992, 1993, 1994, hemos de enfatizar que estas disposiciones aún no cobraban vigencia para la época de los hechos y por consiguiente debíamos seguir retro trayéndonos a la normatividad aplicable al caso sub judice la que no es otra que la del artículo 177 originario del estatuto de penas (decreto 100 de 1980), precisamente por el principio de aplicación de la ley en el tiempo y atendiendo el principio de legalidad en su esencia prístina la ley preexistencia al acto que se imputa, que preveía el de Receptación por encubrimiento cuya sanción como ya se comentó es de cinco años para los efectos de la prescripción.

Por ello debemos aseverar, que si para la época de los hechos estuviese vigente la ley 365 de 1997 fácil resultaría tal adecuación, como que es la que cumple con rigorismo y precisión la absorción de tal comportamiento, sin embargo esta normatividad entró en vigencia el 21 de febrero de 1.997 y los hechos que nos ocupan en cabeza de los empleados bancarios data hasta 1994.

Tampoco podrá tomarse para los efectos de rigor de aquellos hechos la ley 190 de 1995 por que (sic) si (sic) vigencia como lo acotamos se inició en junio de 1995.

Ahora, como desde marzo de 1995 ha transcurrido un lapso superior a 5 años y conforme al artículo 80 del Código Penal, en este término prescribe la acción penal al no obrar pliego de cargos ejecutoriado (sic), que al tenor del artículo 84 interrumpa ese término, no queda camino diverso a precluir la acción penal, pues según el artículo 36 procesal ella no puede proseguirse por haber prescrito.

*Así en este orden de razones, hemos recurrido a la normatividad penal sustancial vigente en ese momento, entendiendo que es ley sustancial aquello que tipifica las conductas punibles y señala sus consecuencias (penas).
(...)”.*

Por lo expuesto, es claro que una de las providencias censuradas por la parte actora, esto es, la del **04 de octubre de 1999** mediante la cual se le impuso medida de aseguramiento al señor Valencia Calero, la cual no se encontraba ejecutoriada, pues como se encontró demostrado, se interpuso recurso de apelación el cual desató el **23 de diciembre de 1999** la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala de Descongestión quien se abstuvo de decidir el recurso, por la errónea variación de la calificación jurídica y remitió el mismo a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santafé de Bogotá para lo de su cargo; por otra parte, se cuestionó la del **23 de diciembre de 1999** por la cual dictó resolución de acusación en contra del señor Valencia Calero, decisión que fue impugnada, por lo que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Especial quien el **27 de abril de 2000** quien revocó la resolución de acusación y precluyó la investigación por prescripción de la acción penal, decisión en la que se estudió la tipicidad de la conducta, por lo cual queda plenamente demostrado que las providencias censuradas contentivas del supuesto error judicial nunca adquirieron ejecutoria.

Así las cosas, encuentra la Sala que no se configura uno de los elementos establecidos para endilgar responsabilidad por error judicial, referente a que la providencia contentiva del error se debe encontrar en firme, debido a que las providencias cuestionadas sólo quedaron en firme el **27 de abril del 2000**, fecha en la cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Especial decidió revocar la resolución de acusación y precluyó la investigación por prescripción de la acción penal, al evidenciar que la verdadera descripción típica sólo pudo ser la del artículo 177 del Código Penal correspondiente al delito de Receptación, cuya pena era de 5 años de prisión, los cuales ya se habían superado.

Descartado el error jurisdiccional, procede ahora la Sala examinar si el contenido de las providencias denota una falla del servicio. Las pruebas que se vienen de relacionar lo que muestran es la diferencia de criterios de los funcionarios que conocieron en primera y segunda instancia del proceso penal, lo que per se no constituye falla del servicio alguna; para que se verifique tal falla es necesario, que estas decisiones no se encuentren razonadas ni sean coherentes, careciendo en consecuencia de todo sustento jurídico, situación que no se evidencia en ninguna de ellas.

Por último, advierte la Sala que el apoderado de la parte demandante en la adición del recurso de alzada indicó que en dos casos iniciados por similar situación fáctica, el mismo Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y esta Corporación condenaron a la demandada por el daño ocasionado a los demandantes, para ello aportó las providencias del 23 de marzo de 2007 en la que funge como demandante el señor Juan Manuel Rivera Hernández y otros, y demandado la Fiscalía General de la Nación, en la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró administrativamente responsable a la demanda con ocasión de la “*privación injusta de la libertad del señor JUAN MANUEL RIVERA HERNÁNDEZ*”⁹⁶, providencia que fue confirmada el 25 de marzo de 2015 por la Sección Tercera, Subsección A de esta Corporación. De la parte resolutive de dicha providencia que se acaba de transcribir parcialmente, es claro que la condena se impuso en ese proceso fue por una responsabilidad distinta a la que aquí se estudia, como lo es la privación injusta de la libertad. En efecto, en el sub judice el daño antijurídico se hace consistir en un supuesto error judicial, por lo que no existe motivo alguno para intentar comparar los casos, como lo pretende el recurrente; ello pese a que tienen origen en los mismos hechos, y es así porque allá se discutió la privación de la libertad de unos sujetos; mientras en el presente caso el señor Valencia Calero nunca estuvo privado de la libertad.

Por lo antes expuesto, y recapitulando, la Sala considera que en el caso *sub examine* no se estructura el error jurisdiccional que invoca la parte actora, tal y como se explicó en líneas precedentes, al no cumplirse con los elementos determinantes para su procedencia; ni tampoco se advierte falla del servicio alguna; por lo que la decisión del 11 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca será confirmada.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMESE la sentencia del 11 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARESE la indebida representación de la **Nación – Rama Judicial**.

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

Cópiese, notifíquese y publíquese,

⁹⁶ Fls.340-351 del C.Ppal

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

**Aclaración de Voto Cfr. Rad. 36146/15 #1, Rad. 35796/16 #2, Rad. 34326/17, Rad. 34158/15
#1, Rad. 38082/17**

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente