



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 3 de agosto de 2020

Radicación: 25-000-23-26-000-2009-00704-01 (45.176)
Actor: Omarys Josefina Bertel Pérez y otros
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación
Referencia: Acción de Reparación Directa

Temas: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – ERROR JUDICIAL / ausencia del daño antijurídico.

Síntesis del caso: se demanda en reparación directa los daños causados a una persona a quien se le vinculó a una investigación penal y la Fiscalía General de la Nación le impuso detención preventiva en centro carcelario; sin embargo, no fue capturada porque huyó, fue declarada persona ausente y, posteriormente, el mismo organismo instructor precluyó la investigación con fundamento en la atipicidad de la conducta investigada.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 16 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 3, Subsección C¹, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para proferir esta providencia por tratarse de un recurso de apelación en contra de una Sentencia proferida por un Tribunal Administrativo, con independencia de la cuantía de las pretensiones solicitadas en la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996².

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones; y 3. Decisión.

¹ Folios 192-201 del cuaderno principal No. 3

² De acuerdo con lo previsto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto de Unificación de 9 de septiembre de 2008, radicación No. 11001-03-26-000-2008-00009-00 (IJ)

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Posición de la parte demandante. 1.2. Posición de la parte demandada; 1.3. Sentencia recurrida; y 1.4. Recurso de apelación.

1.1. Posición de la parte demandante

1. La demanda fue interpuesta el 7 de septiembre de 2009³ por la señora Omarys Josefina Bertel Pérez y su grupo familiar. Se dirigió contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, para obtener la reparación de los perjuicios sufridos con ocasión del proceso penal adelantado en su contra.

2. En la demanda se formularon dos acápites de pretensiones así (se transcribe):

“1. Pretensiones⁴.

1.1. LA NACIÓN COLOMBIANA - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE LAVADO DE ACTIVOS Y EXTINCIÓN DE DOMINIO, son administrativamente responsables por los daños y perjuicios causados a la señora OMARYS JOSEFINA BERTEL PÉREZ, a su núcleo familiar conformado por sus padres JOSÉ DIONISIO BERTEL VERGARA y DALGEN DEL ROSARIO PÉREZ PEÑATE y a sus hermanos KATIA MARÍA BERTEL PÉREZ, MONICA PATRICIA BERTEL PÉREZ y JOSÉ DEL CRISTO BERTEL PÉREZ, los cuales se han visto afectados a causa del escarnio público y el daño a la buena imagen sufrido por el injusto proceso penal iniciado en su contra, en el que se le dictó detención preventiva, fue ofendida y expuesta a la opinión pública como presunta coautora de PECULADO Y LAVADO DE ACTIVOS.

1.2. Que como consecuencia de los daños materiales sufridos por OMARYS JOSEFINA BERTEL PÉREZ y su núcleo familiar (...) se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE LAVADO DE ACTIVOS Y EXTINCIÓN DE DOMINIO, a reparar el daño por error judicial en la persona de mis prohijados, los cuales estimo en la suma de (\$ 1.259.514.286) M/L

1.3. Que como consecuencia de los daños morales y de vida en relación sufridos por OMARYS JOSEFINA BERTEL PÉREZ y su núcleo familiar (...) se condene a LA NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – UNIDAD NACIONAL DE LAVADO DE ACTIVOS Y EXTINCIÓN DE DOMINIO, a reparar a mis prohijados los cuales estimo en la suma de (\$ 174.359.488) M/L

³ Folios 3-36 del cuaderno No. 1

⁴ Ver folios 1 y 2 de la demanda

6. Declaraciones y condenas⁵.

“Primera: Declarar que LA NACIÓN / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a la señora OMARYS JOSEFINA BERTEL PÉREZ, a sus padres JOSÉ DIONISIO BERTEL VERGARA y DALGEN DEL ROSARIO PÉREZ PEÑATE y a sus hermanos KATIA MARÍA BERTEL PÉREZ, MONICA PATRICIA BERTEL PÉREZ y JOSÉ DEL CRISTO BERTEL PÉREZ, por falla en el servicio de la administración de justicia que le generó innumerables perjuicios personales y familiares en la salud y en lo económico.

Segunda: CONDENAR, en consecuencia, a la NACIÓN COLOMBIANA / FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de (\$1.433.873.774,⁴⁴), o conforme a lo que resulte probado dentro del proceso o en su defecto, en forma genérica.

Tercera: LA CONDENA respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CCA, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

Cuarto: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA”.

3. Como **hechos** que fundamentan las pretensiones, la parte actora expuso, en síntesis:

4. 1) El 19 de enero de 2006, la Fiscalía General de la Nación abrió investigación previa con base en un informe de inteligencia de la Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero UIAF, donde se puso en conocimiento la existencia de presuntas irregularidades en el manejo de los recursos públicos en el municipio de Magangué (Bolívar).

5. 2) El 20 de junio de 2006, la delegada de la Fiscalía General de la Nación abrió etapa instructiva y dictó varias órdenes de captura con fines de indagatoria, entre otras, contra la señora Omarys Josefina Bertel Pérez, la cual no se hizo efectiva.

6. 3) En edición No. 669 del 24 al 30 de abril de 2006, la revista Cambio publicó un artículo titulado: “Las uñas del gato”, en el que se reseñó a la señora Omarys Josefina Bertel Pérez dentro de una investigación penal

⁵ Ver folio 23 de la demanda

que se adelantaba contra el señor Jorge Luis Alfonso López, para ese entonces alcalde del municipio de Magangué (Bolívar).

7. 4) El 12 de julio de 2006, la Fiscalía 10 especializada de la Unidad Nacional para la Extinción de Dominio y Lavado de Activos, declaró persona ausente a la señora Omarys Josefina Bertel Pérez, con fundamento en que no se hizo efectiva su captura. En esa misma providencia se le designó apoderado de oficio.

8. 5) A partir de la decisión anterior, la señora Omarys Josefina Bertel Pérez renunció a su trabajo como directora comercial de la Empresa de Aseo de Magangué S.A. E.S.P. y abandonó su sitio de residencia, su núcleo familiar y negocio, pues en su criterio: *“no podía resistir la carga impuesta por la Fiscalía General de la Nación”*.

9. 6) El 22 de febrero de 2007, la delegada de la Fiscalía resolvió la situación jurídica y profirió medida de aseguramiento de detención preventiva contra la señora Omarys Josefina Bertel Pérez por los delitos de peculado por apropiación en concurso con lavado de activos. En esa misma providencia se reiteraron las órdenes de captura con el fin de asegurar el cumplimiento de la medida de aseguramiento que se le impuso.

10. 7) Mediante resolución de 15 de junio de 2007, la Fiscalía 10 especializada de la Unidad Nacional para la Extinción de Dominio y Lavado de Activos, precluyó la investigación penal contra la señora Omarys Josefina Bertel Pérez y otros sindicados, por atipicidad de las conductas investigadas respecto de los delitos imputados.

11. 8) Con base en los hechos expuestos, la actora adujo haber sufrido daños en su buen nombre y salud, por la presunta *“falla del servicio de la administración de justicia”* dentro del referido proceso penal, para lo cual, citó como fundamento jurídico, entre otros, los artículos los artículos 65 y 66

de la Ley 270 de 1996, relativos al error judicial como modalidad de imputación del Estado por la administración de justicia.

1.2. Posición de la parte demandada

12. La Fiscalía General de la Nación, en la contestación de la demanda⁶ se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos descritos en la demanda, manifestó que no le constaban y se atenía a lo resuelto en el proceso. Como argumentos de defensa, expuso que había obrado de conformidad con la Constitución y la ley en sus diferentes actuaciones. Que la señora Omarys Josefina Bertel Pérez nunca estuvo privada de la libertad porque evadió las órdenes de captura proferidas en su contra y que la obstinación de la procesada de no presentar descargos ni concurrir al proceso, deberían considerarse como una situación constitutiva de culpa exclusiva de la víctima.

1.3. Sentencia recurrida

13. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 3, Subsección C, profirió Sentencia de primera instancia⁷ el 16 de marzo de 2012, en la que negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en que los argumentos jurídicos esgrimidos por la Fiscalía General de la Nación para ordenar la vinculación penal y medida de aseguramiento contra la actora no eran subjetivos, caprichosos o arbitrarios, pues estuvieron soportados en los medios de prueba entonces existentes. Adicionalmente, señaló que en el caso concreto nunca se hizo efectiva la detención preventiva contra la demandante, porque no compareció al proceso, resaltando así su falta de colaboración con la justicia para esclarecer los delitos investigados.

1.4. Recurso de apelación y trámites relevantes en segunda instancia

⁶ Folios 42-52 del cuaderno principal No. 1

⁷ Folios 192-201 del cuaderno principal No. 3

14. La parte actora apeló⁸ la decisión de primera instancia, para ello, inicialmente hizo un recuento de los hechos que, en su criterio, acreditaban la existencia del daño irrogado a la salud y buen nombre de la actora. Posteriormente, citó las normas relativas a la ausencia del imputado y la declaratoria de persona ausente previstas en la Ley 600 de 2000, para señalar que en el caso de la señora Bertel Pérez, ésta nunca fue llamada a rendir una versión libre previamente. Asimismo, señaló que no bastaba invocar una conducta imputable a la víctima para que se produjera el efecto liberatorio de responsabilidad. Por último, solicitó que se decretara la práctica de algunos medios de prueba durante la segunda instancia.

15. En **Auto de 7 de febrero de 2013**⁹, el magistrado sustanciador de la época, negó la petición de pruebas solicitada por la parte demandante.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Síntesis de la controversia y decisión a adoptar; 2.2. Análisis sustantivo del caso concreto: inexistencia del daño antijurídico frente al error judicial alegado; y 2.3. Costas.

2.1. Síntesis de la controversia y decisión a adoptar

16. La Sala decidirá el fondo del asunto porque encuentra acreditados todos los requisitos de la acción. Adicionalmente, observa que pese a no existir constancia de ejecutoria de la resolución de 15 de junio de 2007¹⁰, por medio de la cual se precluyó la investigación penal contra la actora, si se tiene en cuenta la fecha de esa providencia¹¹, se encuentra que no trascurrieron los 2 años previstos en el artículo 138.8 del CCA para la presentación oportuna de la acción. En efecto, está acreditado que el 21 de mayo de 2009¹² fue radicada la solicitud de conciliación extrajudicial (faltando 26 días para el vencimiento del término) y los 3 meses de

⁸ Folios 253-259 del cuaderno No. 3

⁹ Folio 424 del cuaderno No. 5

¹⁰ Resolución de 15 de junio de 2007 (Folios 37-116 del cuaderno de pruebas No. 2)

¹¹ La cual es anterior a su ejecutoria

¹² Folio 1 del cuaderno de pruebas No. 2

suspensión de la caducidad de que trata la Ley 640 de 2001, acabaron el 21 de agosto de 2009¹³, de modo que al presentarse la demanda el 7 de septiembre de 2009¹⁴, se concluye que su radicación fue oportuna.

17. Con antelación al estudio de la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, la Sala considera pertinente definir el objeto de la controversia de este caso, a partir de lo señalado en las pretensiones y de los hechos alegados en la demanda.

18. Así las cosas, se precisa que, si bien la actora en sus diversas intervenciones (v.gr. demanda, alegatos y recurso de apelación), mencionó de paso la imposición de una medida de aseguramiento, no se puede perder de vista que la demandante: 1) identificó el daño irrogado como la afectación en su buen nombre y salud¹⁵; 2) atribuyó su causa al presunto error judicial de haberla vinculado a una investigación penal, así como por librársele en su contra orden de captura sin haber sido escuchada previamente en versión libre¹⁶; y 3) en el presente asunto no se configuró la afectación del derecho a la libertad de la accionante, comoquiera que, según lo manifestado por la actora en su demanda, no se materializó la restricción¹⁷, por tanto, se impide entender el asunto como una privación injusta de la libertad.

19. La Sala anuncia que confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en la inexistencia del daño antijurídico frente al error judicial alegado, tal como pasará a explicarse.

2.2. Análisis sustantivo del caso concreto: inexistencia del daño antijurídico frente al error judicial alegado

¹³ A pesar de que en el proceso está acreditada la celebración de la audiencia de conciliación el 25 de agosto de 2009 (folio 1 del cuaderno de pruebas No. 2), para efectos de calcular el ejercicio oportuno de la acción, esta Sala no tendrá en cuenta esa fecha, sino la del vencimiento de los 3 meses de que trata la Ley 640 de 2001 (artículo 21). Esto, en consideración a que para el momento en que se practicó la misma, ya se habrían vencido los 3 meses previstos en la citada disposición.

¹⁴ Folios 3-36 del cuaderno No. 1

¹⁵ Al respecto, véase numerales 5 y 5.1. de la demanda

¹⁶ Ver numeral 5.2. de la demanda

¹⁷ Al respecto, véase el numeral 2.10 de los hechos de la demanda, cuando expresamente se indica que esta (se transcribe): "no podía resistir la carga impuesta por la Fiscalía General de la Nación"

20. De acuerdo con lo afirmado por la demandante y lo probado en el expediente, en el proceso penal seguido en su contra se surtieron las siguientes actuaciones: 1) El 12 de julio de 2006¹⁸, la Fiscalía la declaró persona ausente; 2) El 22 de febrero de 2007¹⁹, le resolvió la situación jurídica e impuso medida de aseguramiento; y 3) El 15 de junio de 2007²⁰, la delegada de la Fiscalía le precluyó la investigación penal, con fundamento en la atipicidad de los delitos entonces imputados

21. En cuanto al error judicial alegado por la demandante, consistente en el desconocimiento de las normas de la Ley 600 de 2000, pues la señora Bertel Pérez nunca fue llamada a rendir una versión libre durante la etapa de investigación preliminar, la Sala advierte que dicho daño no se erige en antijurídico, con fundamento en los siguientes argumentos:

22. (1) De los documentos aportados al proceso²¹, se tiene acreditado que su vinculación inicial al proceso penal tuvo como propósito asegurar su comparecencia a la actuación. En efecto, conforme fue previsto por la Fiscalía delegada, la señora Bertel Pérez se le vinculó con fines de indagatoria y para ello se ordenó su captura, tal como lo permitía el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 600 de 2000)²², sin que en relación con dicho procedimiento se hubiese probado por la parte actora algún tipo de irregularidad²³.

23. Asimismo, la Sala encuentra que, el organismo instructor podía prescindir de la citación y proceder a librar la orden de captura: 1) por la habilitación legal prevista en el inciso final del citado artículo 336 del Código de Procedimiento Penal vigente (Ley 600 de 2000); 2) los delitos por los cuales se le investigaba (peculado y lavado de activos), eran de

¹⁸ Folios 2-13 del cuaderno de pruebas No. 2

¹⁹ Folios 14-36 del cuaderno de pruebas No. 2

²⁰ Folios 37-116 del cuaderno de pruebas No. 2

²¹ Al respecto, véanse las consideraciones desarrolladas en la resolución de 12 de julio de 2006 (folios 2-13 del cuaderno de pruebas No. 2)

²² Artículo 336 de la Ley 600 de 2000.– “Todo imputado será citado en forma personal para rendir indagatoria, para lo cual se adelantarán las diligencias necesarias, dejando expresa constancia de ello en el expediente. Si no comparece, el funcionario competente podrá ordenar su conducción para garantizar la práctica de la diligencia. Cuando de las pruebas allegadas surjan razones para considerar que se procede por un delito por el cual resulta obligatorio resolver situación jurídica, el funcionario judicial podrá prescindir de la citación y librar orden de captura”.

²³ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 177 del C.P.C., la parte actora tenía la carga de probar la ilegalidad y arbitrariedad de su vinculación a la investigación, así como cualquier otra posible irregularidad.

aquellos respecto de los cuales procede la medida de aseguramiento; 3) sin perjuicio de la decisión que precluyó la investigación penal en relación con la actora²⁴, para el momento procesal en que se aperturó la instrucción, la Fiscalía encontró varias irregularidades que ameritan una vinculación formal de esta. Así, por ejemplo, los informes de la DIJIN 845-JOYERO procedente de la Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero UIAF, junto con los informes de trabajo Nos. 287292 y 292144 adelantadas contra el alcalde del municipio de Magangué de la época, daban cuenta de presuntas anomalías en el manejo de algunos pagos con recursos públicos.

24. (2) La Sala no desconoce que el artículo 325 del Estatuto Procesal Penal vigente²⁵, consagraba el derecho de la persona investigada en un proceso penal de ser escuchada en versión libre. Sin embargo, dicha norma también habilitaba al investigado para que, si tenía conocimiento que en su contra se ventilan imputaciones en una investigación, sin notificación previa, pudiera solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre.

25. En el presente caso, se encuentra acreditado que la señora Bertel Pérez no obstante el conocimiento que tenía del citado proceso²⁶, decidió: huir y no hacer uso del derecho antes referido, así como incumplir su deber constitucional de colaborar con la administración de justicia (artículo 95.7), razón por la cual, con fundamento en el artículo 344 del Ley 600 de 2000 (CPP)²⁷, el organismo instructor, previo a decretarle medida de aseguramiento²⁸, a través de la resolución de 12 de

²⁴ Folios 37-116 del cuaderno de pruebas No. 2

²⁵ Artículo 336 de la Ley 600 de 2000.– “Todo imputado será citado en forma personal para rendir indagatoria, para lo cual se adelantarán las diligencias necesarias, dejando expresa constancia de ello en el expediente. Si no comparece, el funcionario competente podrá ordenar su conducción para garantizar la práctica de la diligencia. Cuando de las pruebas allegadas surjan razones para considerar que se procede por un delito por el cual resulta obligatorio resolver situación jurídica, el funcionario judicial podrá prescindir de la citación y librar orden de captura”.

²⁶ Véase numeral 2.10 de los hechos de la demanda.

²⁷ Artículo 325 de la Ley 600 de 2000.– “La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria. Quien tenga conocimiento que en su contra se ventilan imputaciones en una investigación previa, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en las demás diligencias”.

²⁸ Folios 14-36 del cuaderno de pruebas No. 2

julio de 2006²⁹, la declaró persona ausente y procedió a designarle un apoderado de oficio³⁰, situación que en modo alguno, es constitutivo de error sustancial o procesal.

26. Por último, es de relieve señalar que, en relación con los casos de reparación directa donde se pretende reparación de los daños causados por la vinculación a una investigación penal, la jurisprudencia de esta Corporación³¹ ha señalado lo siguiente (se transcribe): *“el adelantamiento de una pesquisa penal en contra de una persona se trata de una carga que todos los administrados deben soportar, siempre y cuando la misma cumpla con los estándares legales fijados por el ordenamiento jurídico y se encuentre justificada en motivos razonables, comoquiera que una investigación en esos términos consiste en el mero despliegue de la función estatal de administrar justicia en pro de que se garantice la efectividad de los derechos y deberes de los administrados y un orden justo –artículo 2 de la Col.–, función respecto de la que aquéllos tienen el deber de colaborar –artículo 95 de la C.Pol.– y que por lo tanto, no puede ser catalogada de entrada como un daño antijurídico”*.

27. Así las cosas, la Sala confirmará la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fundamento en las razones aquí expuestas.

2.3. Costas

28. Toda vez que no se evidenció temeridad, ni mala fe en la actuación procesal de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo establecido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

3. DECISIÓN

²⁹ Folios 2-13 del cuaderno de pruebas No. 2

³⁰ Folios 2-13 del cuaderno de pruebas No. 2

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3 (Subsección B), Sentencia de 27 de agosto de 2018, expediente 33359 A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de 16 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección 3, Subsección C, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO DE JESÚS PAZOS GUERRERO

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

ALBERTO MONTAÑA PLATA