

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Error jurisdiccional / ERROR JURISDICCIONAL - Por vincular la Fiscalía Delegada ante Jueces Penales del Circuito de Bogotá a empleada del Instituto de Seguros Sociales a proceso penal por delito de concusión / DELITO DE CONCUSION - Sindicado de pedir dinero a representante legal de la Sociedad Médica Asistir para pago de cuenta que le adeudaba el Seguro Social Seccional Cundinamarca

El demandante acusa la decisión proferida por la Fiscalía 300 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá el 14 de abril de 1999 en virtud de la cual abrió investigación se consideró un hecho como fundamental sin realmente serlo, sin estar debidamente probado penal en contra de varias personas, de incurrir en error jurisdiccional de orden fáctico por cuando se consideró un hecho como fundamental sin realmente serlo, sin estar debidamente probado.

ERROR JURISDICCIONAL - Condiciones para estructurarlo. Reiteración jurisprudencial

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de esta Corporación, y según los argumentos de la apelación, entiende la Sala que se atribuye a la providencia judicial un error de orden fáctico y otro de orden normativo, por lo que así pasa a estudiarse. El error jurisdiccional de orden fáctico según la sentencia citada, 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. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional, consultar sentencia de 27 de abril de 2006, Exp. 14837, MP: Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

ERROR JURISDICCIONAL DE FISCALIA GENERAL - Al vincularse a persona en proceso penal a pesar de no estar denunciada / ERROR JURISDICCIONAL - Al dictarse resolución de apertura de investigación y orden de captura contra persona comprometida de conducta punible

En razón a que los fundamentos para proferirse la resolución de apertura de investigación, en la cual también se ordenó la captura, fueron la denuncia penal, el informe presentado por funcionario del C.T.I., y demás pruebas obrantes en el expediente, precisando que no se tuvo ninguna razón para vincular a la demandante a la investigación, porque la denuncia no fue formulada en contra de ésta y por ello no se le hace imputaciones, por lo tanto apoyarse en la denuncia para abrir la investigación es un sofisma, pues en ella solo se le menciona de manera indirecta, sin comprometerla en lo más mínimo en la comisión de la conducta punible. De otra parte, el informe del C.T.I., no contenía ningún elemento de juicio que pudiera siquiera indiciariamente señalar que la aquí demandante era autora o partícipe del delito que se indagaba, por lo que no podía tomarse como prueba para vincularla a la investigación penal, pues no tenía fuente incriminatoria, y además no era un medio probatorio con aceptable grado de convicción para adoptar la medida aludida.

PRUEBA DOCUMENTAL - Grabación de audio para establecer plan criminoso de la sindicada

En cuanto a las “demás pruebas” obrantes en el proceso, considera que es una

afirmación abierta y constituye un falso juicio de existencia de la prueba, es decir, se suponen otras pruebas, pues al momento de proferirse la resolución de apertura de investigación no existía otro medio de prueba de los regulados por la ley adjetiva procesal penal. Si en gracia de discusión se considerare que existía otra prueba, lo era la grabación del audio realizado por el señor Orlando Ramos Piñeros en conversación que sostuviera con Mercedes Agudelo de Garavito, en la que sólo eventualmente se menciona a la aquí demandante, y el cual no tenía ningún valor probatorio, porque se obtuvo de manera ilícita, siendo nula de pleno derecho y además la prueba espectrofonográfica arrojó resultado negativo, y en las transcripciones de dicho audio en su contexto no se puede inferir en lo más mínimo que la aquí demandante hiciera parte del plan criminoso.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JURISDICCIONAL - Inexistencia al establecerse que se profirió resolución de apertura de investigación con video donde aparecen la Jefe de Jurídica del Instituto de Seguros Sociales y la sindicada / INEXISTENCIA DE ERROR JURISDICCIONAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Al probarse que la notificación de acto administrativo que reconocía a representante de Asistir se hizo por persona que exigió importe económico

Se contaba al momento de proferirse resolución de apertura de investigación con el video ofrecido con la denuncia donde aparece Mercedes Agudelo entregando copia de la resolución que había notificado la aquí demandante en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del ISS, la cual no se le había entregado al notificado ni en el momento de la notificación como tampoco al día siguiente. Verificada la resolución de apertura de investigación proferida el 14 de abril de 1999 y los antecedentes y circunstancias obrantes hasta ese momento en el expediente, no advierte la Sala que ella sea constitutiva de error jurisdiccional por defecto fáctico según lo pretende la parte recurrente, pues los hechos denunciados daban cuenta de la comisión de un delito del que se señalaba de manera directa a una persona ajena al ISS, que era con quien trataba directamente el denunciante, pero que del contexto de la denuncia siempre insinuó que ella no podía actuar de manera aislada sino que contaba en el designio criminoso con la participación de funcionarios al interior de dicho instituto, dejando entrever la participación de la Gerente, la funcionaria encargada de revisar las cuentas y de la Jefe de la Oficina Jurídica. No otra cosa se puede entender cuando el denunciante manifiesta como antecedentes o circunstancias que rodearon el hecho delictuoso investigado que la notificación se le hiciera el día señalado por Mercedes Agudelo, a horas no laborales (7:30 p.m), que se llevara a cabo el acto de notificación en las dependencias de la Gerencia del ISS, cuando lo ordinario es que se surtiera tal acto en la Oficina Jurídica, que no se le entregara inmediatamente copia de la resolución, como tampoco al día siguiente, y por último que la misma le fuera entregada por la encargada de recibir el importe de la exigencia económica, circunstancia que envuelve una irregularidad mayúscula habida consideración que esta persona no laboraba en el ISS, poniendo de relieve la participación de personal vinculado a ese instituto, lo que ameritaba adelantar la correspondiente investigación penal, sin que se evidencie error jurisdiccional alguno en la adopción de la resolución de apertura de la investigación adiada abril 14 de 1999.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION POR ERROR JURISDICCIONAL - No se configuró al probarse que sindicada no era autora directa sino indirecta involucrada con otras personas implicadas del Instituto de Seguros Sociales / ERROR JURISDICCIONAL DE FISCALIA GENERAL DE LA NACION - No se configuró

al abrirse investigación penal ni dictarse orden de captura contra sindicada

Es innegable que existían otros medios de prueba como el video aportado con la denuncia y las grabaciones que habían sido transcritas, las cuales si bien no señalaban a la doctora López Peñaloza de manera directa como autora o partícipe del delito investigado no es menos cierto que la apertura de la investigación no se dio únicamente contra ella sino también, contra otras personas implicadas directamente en los medios de prueba aludidos, de tal suerte que no constituye un error fundamentarse en ellos a efectos de abrir la investigación penal. (...) no evidencia la Sala que al momento de proferirse la resolución de apertura de la investigación penal se haya incurrido en error jurisdiccional por defecto fáctico en tanto, en ejercicio de su autonomía judicial el Fiscal del caso consideró que tales medios de prueba le permitían según la prescripción del artículo 352 del C. de P. P., de la época –Decreto Ley- 2700 de 1991, abrir investigación penal a los allí señalados y escucharlos en indagatoria, para lo cual les libró orden de captura, siendo tal decisión compatible con el debido proceso, por lo que la Sala no encuentra cuestionable esa determinación. (...) En el sub-lite, es claro que los antecedentes y circunstancias como exigencias de la norma en comento para abrir investigación penal se cumplieron según viene expuesto, pues a pesar de no existir una sindicación directa distinta de la formulada contra Mercedes Agudelo de Garavito, era necesario adelantar la investigación con miras a determinar quiénes al interior del ISS estaban participando de la comisión del ilícito investigado, en cuyo cometido lo menos que se podía hacer era indagar a las personas que según el dicho del denunciante y teniendo en cuenta las funciones de cada uno de ellos podían considerarse autores o partícipes del hecho.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 352 / DECRETO LEY 2700 DE 1991

ERROR JURISDICCIONAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION - Al inaplicarse Decreto Ley 2700 de 1991 artículo 352. Código de Procedimiento Penal / INEXISTENCIA ERROR JURISDICCIONAL POR NO APLICAR NORMA PENAL - Al acreditarse antecedentes para proferir resolución de apertura de investigación

Se enrostra el primero de los errores, pues según el apelante, se dejó de aplicar el artículo 352 del C. de P. Penal vigente para la época de los hechos –Decreto Ley 2700 de 1991-, cargo éste que no está llamado a prosperar, pues considera la Sala que contrario a lo planteado en la demanda y en el recurso de apelación, tal norma fue bien aplicada por el Fiscal que profirió la resolución de apertura de la investigación, toda vez que los antecedentes y circunstancias hasta ese momento procesal aconsejaban abrir la investigación penal, cuyo objeto de conformidad con el artículo 334 ibidem, era el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente si se había infringido la ley penal, quién o quiénes eran los autores o partícipes del hecho, los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal entre otros aspectos señalados en dicha norma. Debe entonces concluirse que el error normativo que se enrostra a la resolución proferida por la Fiscalía 300 Seccional el día 14 de abril de 1999 no ha ocurrido. (...) Ha de concluirse entonces sin lugar a hesitación la inexistencia del error jurisdiccional tanto de orden fáctico como normativo alegado por la parte recurrente, por lo que se confirmará la sentencia venida en apelación.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 352 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - ARTICULO 334 / DECRETO LEY 2700 DE 1991

DEBER DE COLABORACION CON LA JUSTICIA - Artículo 95 Constitución Política - No es excusa dejar de comparecer a proceso penal por considerar sindicado que la investigación penal no es justa

Observa la Sala que según el artículo 95.7 de la Constitución Política es un deber de la persona y del ciudadano colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, y en este caso se observa que la conducta desplegada por la demandante fue diametralmente opuesta a ese deber constitucional, puesto que lo que se espera de cualquier persona, es que cumpla con este deber, máxime si se trata de una abogada de profesión y funcionaria o empleada de un ente de control como lo es la Procuraduría General de la Nación, lo que implicaba para ella o por lo menos era lo esperado, que compareciera ante la autoridad que la requería a fin de esclarecer los hechos materia de investigación y no obrar precisamente como lo hizo la demandante. Para la Sala no es excusa que si comparecía ante las autoridades la iban a condenar, puesto que viene demostrado que al momento de resolverse la situación jurídica se hizo absteniéndose de proferirle medida de aseguramiento y posteriormente al calificársele el mérito sumarial se le precluyó la investigación. Tampoco es excusa para no comparecer al proceso, la consideración subjetiva que la investigación penal constituía una injusticia, puesto que ha quedado demostrado que en la misma se brindaron las garantías procesales propias de un sistema democrático de derecho, como también es evidente que de haber comparecido al proceso no hubiese sido necesario vincularla mediante declaratoria de persona ausente con el trámite previo previsto en el C. de P.P., lo que pone de manifiesto que su conducta dio lugar a que se extendieran los tiempos procesales para resolverle la situación jurídica, la cual como se sabe fue de abstención de proferirse medida de aseguramiento.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 95. NUMERAL 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ

Bogotá, D.C., trece (13) junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01756-02(25707)

Actor: ALEXANDRA LOPEZ PEÑALOZA Y OTROS

Demandado: FISCALIA GENERAL DE LA NACION

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de treinta (30) de julio del dos mil tres (2003)¹ proferida por la Sección Tercera Subsección "B" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda.

Mediante escrito presentado el 26 de julio del 2000 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los señores ALEXANDRA LÓPEZ PEÑALOZA, ALEJANDRO LÓPEZ RODRÍGUEZ, HIMELDA PEÑALOZA DE LÓPEZ, AGUSTINA LÓPEZ PEÑALOZA, ALEJANDRO LÓPEZ PEÑALOZA Y WALTER LÓPEZ PEÑALOZA a través de apoderado presentaron demanda de reparación directa solicitando se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: *los demandados son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los señores ALEJANDRO LÓPEZ RODRÍGUEZ, HIMELDA PEÑALOZA DE LÓPEZ, ALEXANDRA LÓPEZ PEÑALOZA, AGUSTINA LÓPEZ PEÑALOZA, ALEJANDRO LÓPEZ PEÑALOZA Y WALTER LÓPEZ PEÑALOZA, por causa de la vinculación penal de que fue objeto la Doctora ALEXANDRA LÓPEZ PEÑALOZA, en un proceso adelantado por la Fiscalía Trescientos Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, de la unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional de la Ciudad de Santa Fe de Bogotá D.C., por el delito de CONCUSIÓN. El cual fue denunciado por el señor ORLANDO RAMOS PIÑERES, contra la señora MERCEDES AGUDELO DE GARAVITO, exfuncionaria del Seguro Social, por hechos relacionados con una solicitud de dinero que ésta le hiciera al primero de los mencionados para que el Seguro Social, Seccional Cundinamarca, pagara unas cuentas que le debía a la sociedad médica ASISTIR, de la cual el denunciante era el representante".*

¹ Fls. 101 a 119. C. principal

“La Doctora Alexandra López había laborado hasta el mes de noviembre de 1998 en el I.S.S. Seccional Cundinamarca”.

“SEGUNDA: *Condenar, en consecuencia, a la Nación – Rama Judicial, representada legalmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, la Doctora TULIA ADELAIDA RUIZ RUIZ y la fiscalía General de la Nación representada legalmente por el Doctor ALFONSO GÓMEZ MENDEZ a pagar al actor o a quien represente sus derechos, como reparación o indemnización del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivos, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de quinientos diecinueve millones ochocientos cuarenta y cuatro mil quinientos veintiún pesos. (\$519'844.521.00), o conforme a los que resulte probado dentro del proceso”.*

“TERCERA: *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso”.*

“CUARTA: *La Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, darán cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al presente proceso en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”.*

1.2. Los hechos:

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera²:

1.2.1. El señor Orlando Ramos Piñeros representante legal de la Sociedad Médica Asistir S.A., denunció ante la unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional de Bogotá, que para el mes de noviembre de 1998 y por intermedio de la señora Mercedes Agudelo de Garavito, ex funcionaria del Instituto de los Seguros Sociales, le fue exigido el 6% sobre el valor de las cuentas que dicho Instituto les adeudaba por concepto de prestación de servicios de salud de urgencia en el periodo comprendido entre junio y septiembre de ese año, pues

² Folios 126 a 130 C. principal

según ella, había sido contactada por funcionarios importantes de ese instituto y existía la disponibilidad del dinero. De no acceder, se perdería la posibilidad del pago. Ante la crítica situación financiera de ASISTIR, pagó el equivalente al 4% sobre el valor de la cuenta en dos oportunidades, cifra total superior a los cien millones de pesos (\$100.000.000.00).

1.2.2. Afirma el demandante, que en ninguna parte de la denuncia se formula cargos o sindicación a la doctora Alexandra López Peñaloza de la comisión del delito denunciado, únicamente en la ampliación de la denuncia, el señor Orlando Ramos Piñeros se refiere a ella indicando que meses anteriores habían tenido un altercado y que el día de la notificación le llamó la atención la forma amable como lo atendió.

1.2.3. Mediante Resolución de 5 de abril de 1999, la Fiscalía de conocimiento dispuso la apertura de la investigación previa, etapa durante la cual no se indagó sobre la participación de Alexandra López en los hechos investigados, tampoco sobre sus funciones en el ISS y si probablemente había cometido el punible investigado.

1.2.4. También en la investigación preliminar se obtuvo el informe 003 de abril 14 de 1999 presentados por miembros del CTI, quienes informan sobre la identidad de Alexandra López, manifestando que fue quien firmó el acta de notificación de la resolución 4926 del 25 de noviembre de 1998, y que al parecer labora en el Departamento de Cuentas del Nivel Nacional.

1.2.5. La Fiscalía 300 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, de la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía Seccional de Santa fe de Bogotá D.C., basados en la denuncia formulada y en el informe del C.T.I, y demás pruebas obrantes en la investigación, dictó resolución de apertura de la instrucción el 14 de abril de 1999, disponiendo entre otros vincular a la doctora Alexandra López Peñaloza, ordenando su captura inmediata.

1.2.6. Que no se tuvo en cuenta que en el Seguro Social reposaba la hoja de vida de dicha señora con su dirección y teléfono, omitiendo aplicar el artículo 81 de la Ley 190 de 1995 que en su último inciso dice: *“En caso de existir imputado o*

imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificará a éste o a éstos para que ejerzan su derecho de defensa”.

La omisión señalada se dio a pesar del derecho de petición elevado ante el funcionario instructor para que diera cumplimiento a esa preceptiva, ante la cual guardó silencio.

También inobservó el artículo 356 del C. de P. Penal, en cuanto transcurridos diez (10) días sin que se lograra la captura, no procedió a emplazarla para declararla persona ausente y designarle defensor de oficio, como se le solicitó mediante derecho de petición.

Que a la vinculada procesalmente sólo se le permitió ejercer el derecho a la defensa, cuando ya la investigación estaba más que perfeccionada, al punto que se decretó el cierre parcial y se calificó el mérito del sumario respecto de las otras procesadas, lo que se debió en gran medida a que el Fiscal no obstante pertenecer a la Unidad de Reacción Inmediata, permaneció conociendo del proceso por aproximadamente dos (2) meses y sólo lo remitió a la Unidad Nacional Especializada de Delitos contra la Administración Pública, por efecto de una acción de tutela que interpuso el doctor Hernández Maestre, por violación a los derechos de petición, dignidad humana y debido proceso.

1.2.7. Como sustento de la decisión en virtud de la cual se abrió la investigación y se ordenó la captura, se tomó la transcripción de un casete aportado por el señor Orlando Ramos Piñeros que contenía varias conversaciones sostenidas por él y la señora Mercedes Agudelo de Garavito y el informe No. 003 presentado por miembros del Cuerpo Técnico de la Fiscalía Seccional de Santa Fe de Bogotá que da cuenta de la identidad y labores desarrolladas por la señora López Peñaloza.

1.2.8. Debido a lo anterior, la doctora Alexandra López Peñaloza, tuvo que permanecer oculta aproximadamente tres meses, término durante el cual estuvo vigente la orden de captura en su contra, lesionando de manera ostensible su patrimonio económico, en cuanto no pudo desempeñar el cargo que

desempeñaba dentro de la Procuraduría Departamental de la Guajira, dado que recurrió a una licencia no remunerada durante el tiempo en que de manera injusta fue perseguida, vulnerándose su buen nombre y lo más importante, su libertad personal.

1.2.9. Que toda esa situación en contra de la doctora López Peñaloza no fue generada por su dolo o culpa grave, sino que es imputable a la Fiscalía General de la Nación, entidad que por medio de sus funcionarios incurrió en manifiesto error judicial.

1.2.10. Por medio de Resolución de 8 de julio de 1999, la Fiscalía Novena Especializada en Delitos contra la Administración Pública, se abstuvo de proferir medida de aseguramiento en contra de la señora Alexandra López Peñaloza, por ausencia de material probatorio que la señalara de ser autora o participe del delito de concusión.

1.2.11. La misma Unidad mediante Resolución de enero 13 del 2000, precluyó la investigación a favor de la señora López Peñaloza con fundamento en que *“no existe prueba que comprometa su responsabilidad en los hechos aquí investigados y que por el contrario conducen a su ajenidad y no a su participación”*.

1.2.12. Todo lo anterior forzó a la señora Alexandra López Peñaloza a, solicitar una licencia no remunerada por el término de tres meses, lo que ocasionó un detrimento patrimonial y una afectación moral y material sobre su núcleo familiar.

2. Trámite en primera instancia y contestación de la demanda

La demanda fue presentada el 26 de julio del 2000 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, siendo admitida por auto de septiembre 26 de 2000³ y se ordenó notificar a las partes y al Ministerio Público; entre otras resoluciones.

³ Fl. 19 C. 1

Los demandados, a través de apoderados debidamente constituidos y reconocidos dentro del proceso, contestaron la demanda así:

La Rama Judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Arguye que la actuación del ente acusador se ciñó estrictamente a las normas constitucionales y procesales vigentes y a las pruebas aportadas al proceso, además que era obligación de la señora Alexandra López Peñaloza soportar la carga de la investigación, porque la misma se surtió en actos legales y normales de la administración de justicia. Enfatiza que la señora López Peñaloza prefirió huir antes de prestar su colaboración con la justicia y contrario a eso se mantuvo al margen de la ley y finalmente solicita, en el evento de existir una condena, la misma le sea imputada a la Fiscalía General de la Nación, comoquiera que las actuaciones objeto de demanda no fueron ocasionadas por el Consejo Superior de la Judicatura, aunado a que la Constitución Política le confirió autonomía administrativa y presupuestal a aquella⁴.

La Fiscalía General de la Nación se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda⁵, toda vez que considera actuó conforme a sus obligaciones constitucionales y legales, por lo tanto, no era posible endilgarle responsabilidad alguna. Adujo que se estaba ante un asunto en el que de acuerdo a las pruebas arrimadas se tenía que determinar quiénes eran los posibles autores del hecho punible investigado, y que en consecuencia en ningún momento desde el inicio de la actuación se podía concluir con certeza que los hechos imputados al sindicado no constituyeran punible, o que este no los había cometido aun cuando existía el testimonio del señor Orlando Ramos Piñeros.

Como excepciones propuso:

1. Inexistencia de error judicial y del perjuicio, pues toda la actuación se surtió con fundamento en las normas vigentes para el momento en que se llevó a cabo la

⁴ Fls. 31 a 37 C.1.

⁵ Fls. 48 a 59 C.1.

investigación, y en las pruebas legalmente aportadas al proceso cuya existencia no estaba en discusión.

2. Hecho de un tercero, comoquiera que la vinculación de la señora Alexandra López Peñaloza estuvo fundamentada en el testimonio y declaración del señor Orlando Ramos Piñeros, convirtiéndose este en el llamado a responder penal y civilmente por el supuesto perjuicio ocasionado.

3. Pruebas.

Por auto de 22 de febrero de 2001 se abrió el proceso a pruebas (fls. 63 C1).

Ahora bien, por medio de auto de fecha 27 de febrero de 2001 el *A-quo* no decretó los testimonios solicitados por la Fiscalía General de la Nación de las señoras Marha Cecilia Segovia Quintero y Sandra Esperanza Casas Segura Fiscal Novena Especializada, titular y encargada respectivamente. Dicho auto fue recurrido por la Fiscalía General de la Nación⁶ y posteriormente confirmado por el Consejo de Estado en auto de fecha 14 de marzo de 2002⁷.

4. Alegatos de conclusión.

Agotada la etapa probatoria, por auto 24 de julio de 2002, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁸.

La Fiscalía General de la Nación recorrió el traslado, reiterando los argumentos planteados en el escrito de contestación de la demanda.

⁶ Fls. 67 a 68 C.1

⁷ Fls. 27 a 32 C. 3

⁸ Fl. 85 C1.

La parte actora presentó alegatos de manera extemporánea, tal como consta a folios 91, 92 y 93 del cuaderno uno.

La apoderada de la Nación – Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio.

5. Sentencia de primera instancia.

La Sección Tercera -Sub Sección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las pretensiones de la demanda⁹, aduciendo lo siguiente:

“En el caso en comento, la Fiscalía General de la Nación vinculó a la Dra. López Peñaloza a la investigación abierta en virtud de la denuncia presentada por el representante legal de la sociedad Médica Asistir S.A., porque existían indicios serios y graves que la comprometían con la comisión del delito de concusión, por las pruebas aportadas hasta ese momento. Al recibir la respectiva noticia, la Fiscalía procedió a identificar las personas que según ese ente era (sic) partícipes del delito, oyendo en descargos a cada una de las inculadas, para después evaluar la conducta y posteriormente calificarla con los resultados ya conocidos. No obstante, aunque se profirió orden de captura contra la Dra. López, ésta nunca se hizo efectiva.”

“el artículo 250 de la constitución faculta a la Fiscalía para investigar y acusar a los posibles infractores de la ley, aspecto que le correspondía para este caso, iniciar la investigación.”

“Además tan pronto como se recopiló pruebas suficientes que lo llevaron a concluir que la mencionada señora no participó de los hechos objeto de la investigación, precluyó la instrucción en su favor.”

“Observa la Sala que dentro del proceso penal adelantado por la fiscalía en contra de la actora, no se advierte ninguna irregularidad que permita predicar responsabilidad alguna de la administración.”

⁹ Fls. 101 a 119 C. principal.

“en la demanda se afirma que la Dra. López Peñaloza se le irrogaron una serie de perjuicios económicos al verse obligada a solicitar una licencia no remunerada ante la Procuraduría General por espacio de tres meses, entidad donde se encontraba laborando para la época de la investigación; este aspecto no aparece demostrado porque la solicitud de licencia fue voluntaria, sin presión alguna.”

“La doctrina como la jurisprudencia ha sostenido que la investigación de un delito es una carga pública que toda persona esta (sic) obligada a soportar cuando en su contra existan indicios serios. Por todo lo anterior, la Sala concluye que no existe ninguna prueba que permita declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en el presente caso, siendo lo procedente negar las pretensiones de la demanda.”

6. Recurso de Apelación.

La parte demandante interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación¹⁰, alegando que:

“(…)

PRIMERO: *Se dice en la sentencia que la vinculación al proceso penal de la doctora LÓPEZ PEÑALOZA se realizó “porque existían indicios serios y graves que la comprometían con la comisión del delito (…)”.*

“Esta afirmación es absolutamente antitética a la realidad probatoria, cuando aseveramos esto es respecto al proceso generatriz del error judicial, donde AB INITIO se vislumbraba con absoluta seguridad que no existía testimonio, documento, indicio, prueba pericial, inspección judicial, que pudieran indicar la participación de la demandante en los hechos que se investigaron (...) solo basta estudiar las pruebas que obran en este proceso para llegar a tal silogismo; mi antecesor doctor LÓPEZ PEÑALOZA, desafortunadamente la Sala no hizo acopio de dicha exposición, no confrontó lo argumentado con las pruebas

¹⁰ Fls 129 a 190 C. 1ra instancia.

existentes, se advierte de la parte motiva de la sentencia denegatoria que no se estudió dicho alegato, no se le dio respuesta, ni se controvirtió lo que se exponía (...).”

(...)

(...) En el proceso penal en cuestión, no existió un hecho indicante, que mostrara siquiera como posible la existencia de un indicio, mucho menos la pluralidad de los mismos, como tampoco la gravedad, es decir, la superlativa condición que trascienda de tal modo y se manifiesta de cierta forma que se pueda hablar de un verdadero compromiso con el hecho, que se refleje en antecedentes que permitan calificar objetivamente el indicio como grave (...).”

SEGUNDO: *Se anota en la sentencia que es función de la fiscalía General de la Nación, investigar y acusar a los infractores de la ley penal, que una vez realizada esta labor se precluyó la investigación a favor de la procesada.*

Sobre este aspecto no hay discusión, solo es de subrayar que esta facultad no es omnímoda, absoluta totalitaria, no, la función de la fiscalía debe tener en cuenta sobre todo la dignidad humana y el conjunto de derechos fundamentales de la persona (...).”

TERCERO: *Que no se cometió irregularidad que permitiera predicar responsabilidad alguna de la administración, escuetamente se sostiene en el fallo. Esta declaración tampoco es coherente con la realidad procesal, en la medida que la vinculación al proceso, de la doctora ALEXANDRA LÓPEZ PEÑALOZA, fue absolutamente irregular, ilegal y sin sustento probatorio.*

(...)

CUARTO: *(...) No se puede olvidar, y así está demostrado en autos, que la solicitud y la concesión de la licencia aludida tiene un nexo causal temporal inescindible con la situación personal por la que atravesaba la prementada, es un despropósito llegar a la conclusión ingenua que se hace, porque la lógica formal impone colegir que la susodicha debió recurrir a esta forma anormal de retiro temporal del*

cargo porque tenía conocimiento de la orden de captura librada en su contra, no se quiso someter al vejamen que implicaba ingresar a un centro de reclusión, donde el individuo pierde la dignidad, libertad, identidad, la tranquilidad, es estigmatizado, a nadie se le puede exigir una conducta como la que se manifiesta (...).

QUINTO: (...) *Puntualmente, la indemnización por mal funcionamiento de la administración de justicia debe ser reparado haya sido o no privada de la libertad la persona (...) artículo 65 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia*

(...).”

8. Actuación en segunda instancia.

Sustentado el recurso por el apelante, se admitió el mismo por auto de fecha 24 de octubre de 2003¹¹, y por auto del 14 de noviembre de 2003, se dispuso el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir su concepto¹².

La Fiscalía General de la Nación alegó de conclusión, el cual se resumirá así:

“(...) Mal podría aceptarse, como lo solicita la apoderada de la parte actora, que la Fiscalía deba ser condenada patrimonialmente por causa de la vinculación penal de que fue objeto la señora ALEXANDRA LÓPEZ PEÑALOZA, por cuanto nunca se dio la detención, ni se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra y por tanto no puede decirse que fue injusto lo que no existió como tal, mas (sic) aún (sic) cuando la investigación seguida en contra de la hoy demandante se precluyó a su favor, como es lógico agotada la investigación, habiendo decantado las pruebas obrantes en el expediente.

¹¹ Folio 159 C. Ppal

¹² Folio 161 Ibídem.

Sobra decir que, tanto con la resolución por la cual se ordenó la captura con el objeto de oír en indagatoria a la señora López Peñaloza, como con la que se resolvió su situación jurídica, absteniéndose de proferir medida de aseguramiento alguna, se dio cumplimiento a todas las normas legales vigentes, a los términos dentro de los que resolvieron todas y cada una de las situaciones procesales de la hoy demandante, desde el día de su vinculación hasta la preclusión a su favor (...).

(...)

Dentro del texto de la demanda, no se aprecia un extremo de particular importancia, para que se despachen favorablemente las pretensiones de la demandan (...), ya que la Administración se apegó a las normas legales vigentes, existían declaraciones y actuaciones que incriminaban a la actora como partícipe de los hechos investigados.

(...)

Finalmente es de manifestar que los perjuicios alegados, además que no han sido probados, no pueden ser atribuidos como responsabilidad de la Fiscalía debido a que la única responsable del desmedro patrimonial que invoca la demanda es precisamente la aquí actora, quien abandonó voluntariamente su trabajo por evadir la acción de la justicia en lugar de asumir su defensa como corresponde a todo ciudadano que se ve involucrado en cualquier proceso. En consecuencia no se puede pretender atribuir (sic) una obligación a mi representada a la que no dio origen, máxime si se tiene en cuenta que la demandante nunca estuvo detenida.”

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia se ocupó de regular de manera expresa la competencia para conocer y decidir las acciones de reparación directa “derivadas del error jurisdiccional, de la privación injusta de la libertad y del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia”, y sostiene que “únicamente el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos” son competentes para ello, lo cual significa que el conocimiento de los citados procesos en primera instancia se radica en los Tribunales Administrativos y en segunda instancia en esta Corporación, sin importar la cuantía del proceso..

Así lo tiene sentado la Jurisprudencia de la Sala, en especial en el Auto del nueve (09) de septiembre de 2008, pronunciado dentro del radicado número 11001032600020080000900, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (MP. Mauricio Fajardo Gómez), mediante la cual se resolvió la antinomia que se presentaba entre lo dispuesto por el artículo 134B del Código Contencioso Administrativo y lo preceptuado por el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-.

2.2. Los hechos probados y la decisión.

En relación con los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, encuentra la Sala que obra en el expediente:

2.2.1. Poder conferido al señor Bernardo Niño Almanza por parte de los señores Alexandra López Peñaloza, Alejandro López e Himelda Peñaloza de López, Agustina López Peñaloza, Alejandro López Peñaloza y Walter López Peñaloza.

2.2.2. Fotocopias de las piezas obrantes en el proceso penal que dio origen a la presente demanda.

2.2.3. Copia auténtica de la denuncia presentada ante la fiscalía General de la Nación, por el señor Orlando Ramos Piñeros, representante legal de la Sociedad Médica Asistir S.A., sobre los hechos cometidos por funcionarios del I.S.S. (Fls. 1 a 6 cuaderno pruebas)

2.2.4. Copia auténtica de la diligencia de ampliación de denuncia rendida por el señor Orlando Ramos Piñeros. (Fls. 7 a 10 lb.)

2.2.5. Copia auténtica de la Resolución de abril 5 de 1999 proferida por la Fiscalía General de la Nación Dirección Seccional de Fiscalías Unidad de Reacción Inmediata donde se dispuso la apertura de la indagación preliminar. (Fls. 11 y 12 lb.)

2.2.6. Copia auténtica de la transcripción de microcassette M.T. 174 de abril 12 de 1999, oficio 032 de abril 12 de 1999. (Fls. 13 a 39 lb.)

2.2.7. Copia auténtica del informe No. 003 rendido por efectivos del C.T.I. de 14 de abril de 1999 donde se identifica a la señora Alexandra López Peñaloza como la persona que firmó el acta de notificación de la Resolución 4926 del 25 de noviembre de 1998. (Fls. 40 a 43 lb.)

2.2.8. Copia auténtica de la Resolución de 14 de abril de 1999 proferida por la Fiscalía General de la Nación Dirección Seccional de Fiscalías Unidad de Reacción Inmediata donde se dispuso la apertura de la instrucción y se vincula mediante indagatoria a la señora Alexandra López Peñaloza, ordenando su captura inmediata. (Fls. 44 a 46 lb.)

2.2.9. Copia auténtica de la Resolución proferida por la Fiscalía General de la Nación Dirección Unidad de Fiscalías Especializada en Delitos Contra la Administración Pública Fiscalía Delegada Novena donde se resuelve la situación jurídica de la señora Alexandra López Peñaloza, absteniéndose de dictar medida de aseguramiento. (Fls. 47 a 62 lb.)

2.2.10. Copia auténtica de la cancelación de la orden de captura en contra de la señora Alexandra López Peñaloza proferida por la Fiscalía General de la Nación

Unidad Nacional de Fiscalía Especializada en Delitos Contra la Administración Pública Fiscalía Noveno. (Fl. 63 lb.)

2.2.11. Copia auténtica de la Resolución de fecha 13 de enero de 2000 proferida por la Fiscalía General de la Nación Unidad de Fiscalías Especializada en Delitos Contra la Administración Pública Fiscalía Delegada Novena donde se precluyó la investigación a favor de la señora Alexandra López Peñaloza. (Fls. 65 a 90 lb.).

2.2.12. Copia auténtica del Decreto No. 0903 del 18 de septiembre de 1998 mediante el cual el Procurador General de la Nación nombra en propiedad para el cargo de asesor grado 24 a varias personas, entre ellas a la señora Alexandra López Peñaloza como funcionaria de la Procuraduría Departamental de Riohacha – Guajira (Fls. 91 a 95 lb.)

2.2.13. Copia auténtica del acta de posesión de la señora Alexandra López Peñaloza en el cargo de asesora grado 24 código 1AS 24 51, ante el Procurador Departamental de La Guajira, de fecha 4 de agosto de 1999 quien fuere nombrada mediante Decreto No. 0256 del 28 de julio de 1999. (Fl. 96 lb.)

2.2.14. Copia auténtica del acta de posesión de la señora Alexandra López Peñaloza en el cargo de asesora grado 24 código 1AS 24 51, ante el procurador Departamental de la Guajira, de fecha 1 de diciembre de 1998. (Fl. 97 lb.)

2.2.15. Copia auténtica de la Resolución No. 1381 del 16 de abril de 1999 a través de la cual la Secretaría General de la Procuraduría de la Nación resuelve conceder licencia no remunerada a la señora Alexandra López Peñaloza, en el periodo comprendido entre el 19 y el 30 de abril de 1999. (Fl. 98 lb.)

2.2.16. Copia auténtica de la Resolución No. 1574 de 30 de abril de 1999 a través de la cual la Secretaría General de la Procuraduría de la Nación prorrogó la

licencia no remunerada a la señora Alexandra López Peñaloza, en el periodo comprendido entre el 1 de mayo hasta el 17 de julio de 1999. (Fl. 99 lb.)

2.2.17. Constancia No. 3276 de 18 de mayo de 2000, suscrita por el Jefe (e) de la división de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, según la cual la señora Alexandra López Peñaloza ingresó a la entidad el 1° de diciembre de 1998 y desempeñaba el cargo de asesora código 1AS 24 51, devengando en 1999 la suma de \$3.562.743,00. (Fl. 100 lb.).

2.2.18. Registros civiles de nacimiento de los señores Alexandra Violet López Peñaloza, Agustina María López Peñaloza, Alejandro Fabián López Peñaloza y Walter López Peñaloza. (Fls. 101 y 104 lb.)

2.2.19. Partidas de bautismo de los señores Alejandro Numas López Rodríguez e Himelda Tomasa Peñaloza Amaya suscrita por Raimundo Ríos párroco de la parroquia Santo Tomás de Villanueva, Guajira. (Fls. 105 y 106 lb.)

2.2.20. Copia auténtica del reconocimiento proferido por el I.S.S. y DC. UPZ. 13 Norte a la señora Alexandra López Peñaloza por su excelente desempeño en el año 1994. (Fl. 107 lb.)

2.2.21. Copia auténtica de la comunicación fechada 9 de junio de 1995, dirigida por el señor Jairo Luna Acosta a la señora Alexandra López Peñaloza, donde es felicitada por sus servicios prestados al Seguro Social Seccional Cundinamarca. (Fl. 108 lb.)

2.2.22. Declaración extra juicio rendida ante la Notaría Única Principal del Circulo Notarial de Villanueva, por Emilio Antonio García Orcasita, manifestando que en su calidad de médico atendió a los señores Alejandro López e Himelda Peñaloza en los meses de abril y mayo de 1999, a quienes en esa época se les aumentó la

presión arterial y quienes padecían de problemas nerviosos debido a la investigación de que fue objeto su hija Alexandra. (Fl. 109 lb.).

2.2.23. Declaraciones extra juicio rendidas ante la Notaria Única Principal del Circulo Notarial de Villanueva, por Pedro Emilio Estrada Maestre y Pompilio Alberto Morillo Suárez, manifestando que conocen a la familia conformada por Alejandro López e Himelda Peñaloza, quienes se caracterizan por su unidad, afecto y rectitud en el actuar. (Fls. 109 a 113 lb.)

2.2.24. Contrato de mandato suscrito entre la señora Alexandra López Peñaloza y el señor Jhon Jairo Gil Vaca, por un valor de \$15.000.000,oo. (Fls. 114 y 115 lb.)

2.2.25. Contrato de mandato suscrito entre la señora Alexandra López Peñaloza y el señor Raúl Alfonso Hernández Maestre, por un valor de \$10.000.000,oo. (Fls. 116 y 117 lb.)

2.2.26. Constancia suscrita por el señor William Baquero Namen, Procurador Departamental del Magdalena en el que manifiesta conocer de manera personal al señor Alejandro López Peñaloza y da fe de sus cualidades como persona. (Fl. 118 lb.)

2.2.27. Constancias suscritas por el Presidente del Consejo Seccional de la Judicatura del Magdalena y el presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, según las cuales el señor Alejandro López Peñaloza, Juez 5to Penal del Circuito de Santa Marta recibió la condecoración "Medalla José Ignacio de Márquez" como mejor juez en el año 1997. (Fls. 119 a 120 lb.)

2.2.28. Certificación suscrita por el Doctor José del Carmen Bornacelli Ternera, médico psiquiatra del señor Alejandro López Peñaloza, quien en el periodo comprendido entre el mes de abril y septiembre de 1999 "presentó reactivación de síntomas depresivos asociados con ansiedad". (Fls. 121, 154 y 155 lb.)

2.2.29. En los cuadernos 4 y 5 obra copia del sumario No. 389 que tenía como sindicada entre otros a la señora Alexandra López Peñaloza por el delito de concusión.

Los anteriores medios de prueba, fueron solicitados con la demanda y su contestación, decretados en el auto de pruebas de primera instancia y allegados en el período probatorio, es decir, de manera oportuna y regular, por lo que serán valorados conforme a los principios que informan la sana crítica.

En la sentencia impugnada, se negaron las pretensiones de la demanda al considerar:

(...)

“La responsabilidad extracontractual del Estado que en el caso se reclama y que se ubica en la modalidad de la “falla en el servicio”, en este evento concreto del servicio de administración de justicia, está estructurada sobre la base de la existencia de tres elementos, a saber:

- 1) La falta o falla del servicio público por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo
- 2) El daño o perjuicio que se traduce en la lesión o perturbación de un bien o derecho jurídicamente tutelado, y
- 3) La relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y del daño.

Las fallas en el servicio de administración de justicia, derivadas del defectuoso funcionamiento de la misma, como aquí se alega, se encuentran reglamentadas por el art. 69 de la Ley 270 de 1996, o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que reza:

“Artículo 69. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la

función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

En el caso en comento, la Fiscalía General de la Nación vinculó a la Dra. López Peñaloza a la investigación abierta en virtud de la denuncia presentada por el representante legal de la Sociedad Médica Asistir S.A., porque existían indicios serios y graves que la comprometían con la comisión del delito de concusión, por las pruebas aportadas hasta ese momento. Al recibir la respectiva noticia, la Fiscalía procedió a identificar las personas que según ese ente eran partícipes del delito, oyendo en descargos a cada una de las inculadas, para después evaluar la conducta y posteriormente calificarla con los resultados ya conocidos. No obstante, aunque se profirió orden de captura contra la Dra. López, ésta nunca se hizo efectiva.

El artículo 250 de la Constitución faculta a la Fiscalía para investigar y acusar a los posibles infractores de la ley, aspecto que le correspondía para este caso, iniciar la investigación correspondiente por la queja precitada.

Además, tan pronto como se recopiló pruebas suficientes que lo llevaron a concluir que la mencionada señora no participó de los hechos objeto de la investigación, precluyó la instrucción en su favor.

Observa la Sala que dentro del proceso penal adelantado por la Fiscalía en contra de la actora, no se advierte ninguna irregularidad que permita predicar responsabilidad alguna a la Administración.

En la demanda se afirma que la Dra. López Peñaloza se le irrogaron una serie de perjuicios económicos al verse obligada a solicitar una licencia no remunerada ante la Procuraduría General por espacio de tres meses, entidad donde se encontraba laborando para la época de la investigación; este aspecto no aparece demostrado porque la solicitud de licencia fue voluntaria, sin presión alguna.

La doctrina como la jurisprudencia ha sostenido que la investigación de un delito es una carga pública que toda persona está obligada a soportar, cuando en su contra existan indicios serios. Por todo lo anterior, la Sala concluye que no existe ninguna prueba que permita declarar la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación

en el presente caso, siendo lo procedente negar las pretensiones de la demanda”.

Por su parte el apelante, radica su inconformidad en que *i)* la sentencia de primera instancia es absolutamente antitética a la realidad probatoria, por cuanto en el proceso penal desde sus inicios se vislumbraba con absoluta seguridad que no existía testimonio, documento, indicio, prueba pericial, inspección judicial, que pudiera indicar la participación de la demandante en los hechos que se investigaron, por lo que su vinculación al proceso penal fue irregular, ilegal y sin sustento probatorio.

ii) Que en este caso no existía un indicio grave de responsabilidad, pues ni siquiera estaba probado el hecho indicante, que mostrara siquiera como posible la construcción de un indicio, menos la pluralidad de los mismos, como tampoco la gravedad, por lo tanto la sentencia apelada deviene injustificada al sostener que la vinculación al proceso penal de la doctora LOPEZ PEÑALOZA se realizó *“porque existían indicios serios y graves que la comprometían con la comisión del delito de concusión, por (sic) las pruebas aportadas hasta ese momento”*.

iii) Que es parcialmente cierto que la investigación penal es una carga pública que una persona está obligada a soportar, ya que esa carga es moderada, fundamentada, razonable, pero no como en el sub lite donde se pisoteó la dignidad humana y se vulneraron derechos tan importantes como la libertad personal, el buen nombre, la tranquilidad, entre otros.

iv) Que está demostrado que la solicitud y la concesión de la licencia tiene un nexo causal temporal inescindible con la situación personal por la que atravesaba Alexandra López Peñaloza, por lo que es un despropósito llegar a la conclusión ingenua que se hace, porque es lógico colegir que debió recurrir a esta forma anormal de retiro temporal del cargo, porque tenía conocimiento de la orden de captura librada en su contra, no se quiso someter al vejamen que implicaba ingresar a un centro de reclusión, donde el individuo pierde la dignidad, libertad, identidad, la tranquilidad, es estigmatizado, a nadie se le puede exigir una

conducta como la que se manifiesta, y de no haber procedido de esa forma seguramente estuviera condenada.

v) Que la indemnización por mal funcionamiento de la administración de justicia debe ser reparado haya sido o no privada de la libertad la persona de conformidad con el artículo 65 de la ley 270 de 1996, entre ellos el error jurisdiccional como se alegó en la causa petendi.

De lo anterior, colige la Sala que la discrepancia del apelante con la motivación de la sentencia, se contrae a los siguientes aspectos puntuales: i) Que en este caso existió un error jurisdiccional al vincular al proceso penal a Alexandra López Peñaloza sin existir sindicación ni medio de prueba que indicara su participación en el hecho punible investigado.

ii) Que no es una carga pública soportar la investigación penal cuando no se cumplen los requisitos mínimos exigidos en la ley para ello.

iii) Que la solicitud y concesión de la licencia no remunerada a Alexandra López, fue por causa de la orden de captura impartida por la Fiscalía dentro del proceso penal que se le adelantó.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de abril 27 de 2006, proferida dentro del radicado 14837, con ponencia de Alier Eduardo Hernández Enríquez, precisó las condiciones para estructurar el error jurisdiccional –en la sentencia- para materializar la responsabilidad patrimonial del Estado de la siguiente manera: *“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. Al margen del asunto sometido a estudio*

de la Sala, debe recordarse que esta condición fue claramente impuesta por el artículo 66 de la Ley 270 de 1996;

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, y

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 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”.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial de esta Corporación, y según los argumentos de la apelación, entiende la Sala que se atribuye a la providencia judicial un error de orden fáctico y otro de orden normativo, por lo que así pasa a estudiarse.

El error jurisdiccional de orden fáctico según la sentencia citada, 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.

En este caso, el demandante acusa la decisión proferida por la Fiscalía 300 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Bogotá el 14 de abril de 1999 en virtud de la cual abrió investigación se consideró un hecho como fundamental sin realmente serlo, sin estar debidamente probado penal en contra de varias personas, de incurrir en error jurisdiccional de orden fáctico por cuando.

Lo anterior en razón a que los fundamentos para proferirse la resolución de apertura de investigación, en la cual también se ordenó la captura, fueron la denuncia penal, el informe presentado por funcionario del C.T.I., y demás pruebas obrantes en el expediente, precisando que no se tuvo ninguna razón para vincular a la demandante a la investigación, porque la denuncia no fue formulada en contra de ésta y por ello no se le hace imputaciones, por lo tanto apoyarse en la denuncia para abrir la investigación es un sofisma, pues en ella solo se le menciona de manera indirecta, sin comprometerla en lo más mínimo en la comisión de la conducta punible.

De otra parte, el informe del C.T.I., no contenía ningún elemento de juicio que pudiera siquiera indiciariamente señalar que la aquí demandante era autora o partícipe del delito que se indagaba, por lo que no podía tomarse como prueba para vincularla a la investigación penal, pues no tenía fuente incriminatoria, y además no era un medio probatorio con aceptable grado de convicción para adoptar la medida aludida.

En cuanto a las “demás pruebas” obrantes en el proceso, considera que es una afirmación abierta y constituye un falso juicio de existencia de la prueba, es decir, se suponen otras pruebas, pues al momento de proferirse la resolución de

apertura de investigación no existía otro medio de prueba de los regulados por la ley adjetiva procesal penal.

Si en gracia de discusión se considerare que existía otra prueba, lo era la grabación del audio realizado por el señor Orlando Ramos Piñeros en conversación que sostuviera con Mercedes Agudelo de Garavito, en la que sólo eventualmente se menciona a la aquí demandante, y el cual no tenía ningún valor probatorio, porque se obtuvo de manera ilícita, siendo nula de pleno derecho y además la prueba espectrofonográfica arrojó resultado negativo, y en las transcripciones de dicho audio en su contexto no se puede inferir en lo más mínimo que la aquí demandante hiciera parte del plan criminoso.

De lo anterior el recurrente concluye que en el proceso penal se cometió un error jurisdiccional al vincular a la doctora Alexandra López Peñaloza mediante el llamamiento a indagatoria y la orden de captura en su contra, como quiera que ni fáctica ni jurídicamente se daban los presupuestos para tal fin, pues según el artículo 352 del decreto 2700 de 1991, *“el funcionario judicial recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe en la infracción penal”*.

En lo que tiene que ver con esta afirmación por parte del recurrente, la Sala debe precisar que en el expediente se observa la denuncia penal formulada por ORLANDO RAMOS PIÑEROS, en la cual se dice refiriéndose a MERCEDES AGUDELO DE GARAVITO:

“(…)

“... y además que la garantía era la notificación de la Resolución de Pago tan pronto como yo lo decidiera y que esta notificación se haría en la misma gerencia de Cundinamarca. Como reforzamiento de las garantías que ofrecía, me entregó un reporte impreso de las cuentas

pendientes con ASSISTIR a septiembre de 1998, el cual coincidía exactamente con los registrados por el área de cartera nuestra, especificando los montos mes por mes.

(...)

Aceptando esta última alternativa, llamé tres horas más tarde a la “chantajista” en mención. Me informó que habían decidido cobrar el 4% y que debía al día siguiente, o sea, el 26 de noviembre, notificarme a las 7:30 PM en la **gerencia de la Seccional de Bogotá-Cundinamarca**. Dado que las notificaciones de pago se nos realizaba en la oficina jurídica rutinariamente le interrogué, el por qué se haría allí, respondiéndome que por ser un tratamiento especial, que no me preocupara y que me comportara muy normalmente”.

En relación a la aquí demandante se dice en la denuncia:

(...)

“De acuerdo con la citación en la gerencia de la EPS del ISS de la Seccional de Cundinamarca, el día 26 de noviembre de 1998, acudí y efectivamente fui recibido muy amablemente por una de las secretarias de la gerencia y se me invitó a esperar en la sala, mientras se avisaba a la abogada de nombre Alexandra, quien sería la encargada de notificarme la resolución. A los pocos minutos apareció y me invitó a ingresar a la oficina de la gerencia, en donde se encontraban dos mujeres más (...). Firmada y aceptada la resolución de pago, solicité la copia respectiva, sin embargo no fue posible pues de acuerdo con la abogada Alexandra, no había fotocopidora disponible al momento y se me solicitó que enviara por ella al día siguiente.

Continúa diciendo el denunciante:

“(…)

“Efectivamente la señora acudió por el dinero, entregándome copia de la resolución que no había sido posible reclamar en la EPS como lo había prometido la abogada Alexandra en el momento de la notificación. Documenté su entrega mediante video, el cual coloco a disposición de los investigadores, junto con las grabaciones obtenidas durante el transcurso de las operaciones”.

En la ampliación de la denuncia se dice:

(…)

“...ella me concretó en que momento debería ser la notificación de la resolución, cosa que ocurrió ese mismo día 26 de noviembre de 1998, en la Gerencia del I.S.S./Seccional Cundinamarca a las 7:30 p.m., allí fui recibido por la abogada de nombre ALEXANDRA y de acento costeño, quien muy amablemente me invitó a hacer lectura de la respectiva resolución y le diera la respectiva aceptación en caso de no tener imprecisiones la resolución de pago. El lugar a donde me invitó la abogada a leer la resolución fue a la Oficina de la Gerencia, lugar donde se encontraban otras dos mujeres que con anterioridad no conocía (...) MERCEDES AGUDELO, ella me indicó qué personas eran las que lo (sic) acompañaron durante el acto de notificación de la resolución y me dijo una era la Gerente, la otra era PATRICIA la que maneja las cuentas y la otra era ALEXANDRA que ya era conocida por mí, abogada encargada de las notificaciones (...) las notificaciones anteriores siempre se habían producido por la Oficina Jurídica. La Gerencia funciona en el séptimo piso y la Oficina Jurídica en el quinto piso del edificio de la calle 91...”

En lo que tiene que ver con el informe del C.T.I., en punto a la aquí demandante se limita a informar su identificación, quedando individualizada.

También se contaba al momento de proferirse resolución de apertura de investigación con el video ofrecido con la denuncia donde aparece Mercedes Agudelo entregando copia de la resolución que había notificado la aquí demandante en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del ISS, la cual no se le había entregado al notificado ni en el momento de la notificación como tampoco al día siguiente.

Verificada la resolución de apertura de investigación proferida el 14 de abril de 1999 y los antecedentes y circunstancias obrantes hasta ese momento en el expediente, no advierte la Sala que ella sea constitutiva de error jurisdiccional por defecto fáctico según lo pretende la parte recurrente, pues los hechos denunciados daban cuenta de la comisión de un delito del que se señalaba de manera directa a una persona ajena al ISS, que era con quien trataba directamente el denunciante, pero que del contexto de la denuncia siempre insinuó que ella no podía actuar de manera aislada sino que contaba en el designio criminoso con la participación de funcionarios al interior de dicho instituto, dejando entrever la participación de la Gerente, la funcionaria encargada de revisar las cuentas y de la Jefe de la Oficina Jurídica.

No otra cosa se puede entender cuando el denunciante manifiesta como antecedentes o circunstancias que rodearon el hecho delictuoso investigado que la notificación se le hiciera el día señalado por Mercedes Agudelo, a horas no laborales (7:30 p.m), que se llevara a cabo el acto de notificación en las dependencias de la Gerencia del ISS, cuando lo ordinario es que se surtiera tal acto en la Oficina Jurídica, que no se le entregara inmediatamente copia de la resolución, como tampoco al día siguiente, y por último que la misma le fuera entregada por la encargada de recibir el importe de la exigencia económica, circunstancia que envuelve una irregularidad mayúscula habida consideración que esta persona no laboraba en el ISS, poniendo de relieve la participación de

personal vinculado a ese instituto, lo que ameritaba adelantar la correspondiente investigación penal, sin que se evidencie error jurisdiccional alguno en la adopción de la resolución de apertura de la investigación adiada abril 14 de 1999.

Ahora bien, el informe del CTI, tomado como apoyo de la mencionada resolución, sirve para ello en la medida en que se individualizó a las personas que el denunciante indicó estar presentes en las dependencias de la Gerencia del ISS al momento de notificarse de la resolución de pago del crédito.

Es innegable que existían otros medios de prueba como el video aportado con la denuncia y las grabaciones que habían sido transcritas, las cuales si bien no señalaban a la doctora López Peñaloza de manera directa como autora o partícipe del delito investigado no es menos cierto que la apertura de la investigación no se dio únicamente contra ella sino también, contra otras personas implicadas directamente en los medios de prueba aludidos, de tal suerte que no constituye un yerro fundamentarse en ellos a efectos de abrir la investigación penal.

Así las cosas, no evidencia la Sala que al momento de proferirse la resolución de apertura de la investigación penal se haya incurrido en error jurisdiccional por defecto fáctico en tanto, en ejercicio de su autonomía judicial el Fiscal del caso consideró que tales medios de prueba le permitían según la prescripción del artículo 352 del C. de P. P., de la época –Decreto Ley- 2700 de 1991, abrir investigación penal a los allí señalados y escucharlos en indagatoria, para lo cual les libró orden de captura, siendo tal decisión compatible con el debido proceso, por lo que la Sala no encuentra cuestionable esa determinación.

Nótese que según la norma citada, *“el funcionario judicial recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe en la infracción penal”*. Exige pues la norma para abrir investigación penal y de contera escuchar en indagatoria cuando no se trate de una situación de flagrancia como en este caso, que en virtud de antecedentes o circunstancias consignadas en la actuación el funcionario judicial considere dentro

de su autonomía funcional, que no entraña arbitrariedad, puede ser autor o partícipe en la infracción penal.

En el sub-lite, es claro que los antecedentes y circunstancias como exigencias de la norma en comento para abrir investigación penal se cumplieron según viene expuesto, pues a pesar de no existir una sindicación directa distinta de la formulada contra Mercedes Agudelo de Garavito, era necesario adelantar la investigación con miras a determinar quiénes al interior del ISS estaban participando de la comisión del ilícito investigado, en cuyo cometido lo menos que se podía hacer era indagar a las personas que según el dicho del denunciante y teniendo en cuenta las funciones de cada uno de ellos podían considerarse autores o partícipes del hecho.

Por su parte, el error normativo o de derecho, conforme al precedente citado, 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.

En este caso, se enrostra el primero de los errores, pues según el apelante, se dejó de aplicar el artículo 352 del C. de P. Penal vigente para la época de los hechos –Decreto Ley 2700 de 1991-, cargo éste que no está llamado a prosperar, pues considera la Sala que contrario a lo planteado en la demanda y en el recurso de apelación, tal norma fue bien aplicada por el Fiscal que profirió la resolución de apertura de la investigación, toda vez que los antecedentes y circunstancias hasta ese momento procesal aconsejaban abrir la investigación penal, cuyo objeto de conformidad con el artículo 334 ibidem, era el esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de investigación, especialmente si se había infringido la ley penal, quién o quiénes eran los autores o partícipes del hecho, los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal entre otros aspectos señalados en dicha norma.

Debe entonces concluirse que el error normativo que se enrostra a la resolución proferida por la Fiscalía 300 Seccional el día 14 de abril de 1999 no ha ocurrido.

De otra parte, observa la Sala que según el artículo 95.7 de la Constitución Política es un deber de la persona y del ciudadano colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia, y en este caso se observa que la conducta desplegada por la demandante fue diametralmente opuesta a ese deber constitucional, puesto que lo que se espera de cualquier persona, es que cumpla con este deber, máxime si se trata de una abogada de profesión y funcionaria o empleada de un ente de control como lo es la Procuraduría General de la Nación, lo que implicaba para ella o por lo menos era lo esperado, que compareciera ante la autoridad que la requería a fin de esclarecer los hechos materia de investigación y no obrar precisamente como lo hizo la demandante.

Para la Sala no es excusa que si comparecía ante las autoridades la iban a condenar, puesto que viene demostrado que al momento de resolverse la situación jurídica se hizo absteniéndose de proferirle medida de aseguramiento y posteriormente al calificársele el mérito sumarial se le precluyó la investigación.

Tampoco es excusa para no comparecer al proceso, la consideración subjetiva que la investigación penal constituía una injusticia, puesto que ha quedado demostrado que en la misma se brindaron las garantías procesales propias de un sistema democrático de derecho, como también es evidente que de haber comparecido al proceso no hubiese sido necesario vincularla mediante declaratoria de persona ausente con el trámite previo previsto en el C. de P.P., lo que pone de manifiesto que su conducta dio lugar a que se extendieran los tiempos procesales para resolverle la situación jurídica, la cual como se sabe fue de abstención de proferirse medida de aseguramiento.

Si ello es así, no cabe duda para la Sala que la licencia no remunerada que se reclama como parte de los perjuicios que dice haber padecido la demandante se generó como consecuencia de su contumacia a cumplir con un deber ciudadano de raigambre constitucional, razón por la cual no es dable que quiera aprovecharse de tal conducta, puesto que haber dejado de percibir el salario por el

lapso de la licencia, no le es imputable a la demandada sino a la parte demandante.

Ha de concluirse entonces sin lugar a hesitación la inexistencia del error jurisdiccional tanto de orden fáctico como normativo alegado por la parte recurrente, por lo que se confirmará la sentencia venida en apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en su Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala de Subsección "C",

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de 30 de julio de 2003, proferida por la Sección Tercera –Sub Sección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de Origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

ENRIQUE GIL BOTERO

Magistrado