



13001-33-33-005-2013-00252-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecisiete (17) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	REPARACION DIRECTA
Radicado	13001-33-33-005-2013-00252-01
Accionante	DENAI DA ESTHER CAMPO HERNÁNDEZ
Accionada	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema	DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones

Pretende la parte demandante se declare administrativamente responsable a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales y morales causados con ocasión de la presunta falla del servicio de la administración que condujo a la prescripción de la acción penal iniciada mediante denuncia radicada el 16 de enero de 2007, en contra de DARIO SALAZAR MORALES y la EPS COOMEVA.

1.2 Hechos

Se determinaron como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

El 28 de enero de 2005 la demandante se realizó una cirugía en el seno izquierdo por una lesión producto de una descalcificación que presentaba en el tejido mamario, siendo intervenida por el Dr. DARIO SALAZAR



13001-33-33-005-2013-00252-01

MORALEZ, médico de la EPS COOMEVA, quien al retirar las agujas se le partió un pedazo, y no verificó si la cirugía había sido un éxito.

Al poco tiempo de la cirugía empezó a sentir dolores y molestias en el seno, por lo que solicitó en varias ocasiones citas médicas, siendo atendida inicialmente por el Dr. DAGOBERTO MASIAS CABRERA, quien le informó que no tenía nada. En el mes de octubre de 2006, una doctora le ordena la práctica de una mamografía, que revela un cuerpo extraño alojado dentro del seno.

Por lo anterior, el 16 de enero de 2007 presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena, contra el Dr. DAIRO SALAZAR MORALES médico de COOMEVA EPS, correspondiéndole a la Fiscalía 2 local de Cartagena, radicada No. 213.330; y el 11 de enero de 2007 se presenta demanda de constitución de parte civil.

El 23 de enero de 2007 se ordena la apertura de instrucción contra el doctor Salazar; el 31 de enero de 2007 la demandante realiza la declaración juramentada ratificándose en los hechos de la denuncia. El 7 de junio de 2007 la demandante a través de apoderado solicitó celeridad del proceso, por lo que el 8 de junio se citó a los Doctores Salazar y Masías, quienes solo comparecieron meses después.

Después de varios requerimientos, el 12 de julio de 2010 se cierra el ciclo sumarial y se da traslado para alegar a las partes, providencia contra la cual COOMEVA EPS interpuso recurso de reposición siendo resuelto hasta el 11 de enero de 2011. El 28 de febrero de 2011 el Fiscal Local 2 calificó el sumario con resolución de acusación, cuando ya habían transcurrido 5 años de haberse presentado la denuncia; contra la anterior decisión la parte acusada presentó recurso de apelación, siendo revocada el 6 de mayo de 2011 por prescripción de la acción penal.

2. Sentencia de Primera Instancia

En sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, se negaron las pretensiones de la demanda, en consideración a que la



13001-33-33-005-2013-00252-01

demandante no se encuentra en imposibilidad definitiva de alcanzar una indemnización de eventuales perjuicios, y no se puede afirmar que existía una alta probabilidad de condena, y que la sola resolución de acusación que no quedó en firme, ya era un requisito suficiente para encontrar probado el delito que se investigaba por su denuncia.

Para el A quo la actuación de la Fiscalía no fue negligente, existieron durante el trámite del proceso penal actuaciones en procura de obtener pruebas; y si bien no es aceptable la terminación del proceso por prescripción de la acción penal, no es menos cierto que el demandante espero cerca de año y medio para interponer la denuncia. (Fls. 417 – 430)

3. Recurso de Apelación

La parte demandante recurre la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, alegando que la dilación injustificada en el proceso penal configuró el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues habiendo operado la prescripción de la acción penal, la investigación adelantada no condujo a ninguna determinación que pudiera proteger los derechos de la parte actora (Fls. 433 – 440).

4. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha 29 de abril de 2015, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, posteriormente se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto de fondo.

5. Alegaciones

De la parte demandada

Alegó de conclusión reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, al demostrar que actuó dentro del marco de la ley penal sin irregularidad alguna que amerite la indemnización de perjuicios (Fls. 12 – 23)



6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Representante del Ministerio Público no rindió informe.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Si la Nación –Fiscalía General de la Nación, es responsable de los perjuicios materiales y morales que dice haber sufrido la demandante, como consecuencia de la presunta falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por haber permitido que operará la prescribir de la acción penal?

De ser resuelto de manera positiva el anterior problema jurídico, corresponderá revocar la sentencia de primera instancia, en caso contrario será confirmada.



3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, y en su lugar se declarará administrativa y extracontractualmente a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los daños antijurídicos derivados de la prescripción de la acción penal promovida por la señora DENAYDA ESTHER CAMPO HERNÁNDEZ; a su vez, se condenará a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar a la demandante el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización por el daño producido por la transgresión al derecho constitucional y convencionalmente amparado al acceso a la administración de justicia mediante un recurso judicial efectivo.

Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 De la responsabilidad extracontractual del Estado

El medio de control de reparación directa permite que quien haya recibido un daño o perjuicio en desarrollo de la actividad estatal, ya sea, originado en un hecho, una omisión o en una operación administrativa, pueda acudir directamente ante la Jurisdicción Contenciosa para obtener el resarcimiento del mismo. El fundamento constitucional de este medio de control se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política, según el cual el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

El concepto del daño antijurídico fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, es aquel agravio que el administrado no está obligado a soportar y dentro del concepto de daño antijurídico se subsumen todos los regímenes de responsabilidad, es decir involucra tanto la subjetiva como la objetiva. No obstante el título de imputación que invoque, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, el juzgador puede adecuar el régimen de responsabilidad que resulte probado en el proceso.



13001-33-33-005-2013-00252-01

Los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, son i.- El daño, ii.- Hecho dañino y iii.- Nexo causal; para que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario que se estructuren estos elementos, de manera concurrente; no obstante, a que el actor haya invocado la existencia de un error jurisdiccional o judicial, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado que abordará la Sala en el sub examine será, el de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, con base en el principio de *lura Novit Curia*.

4.2 Del Funcionamiento de la Administración de Justicia.

De acuerdo con el artículo 65 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales; por tanto para que exista la obligación de responder por parte del Estado, deben concurrir el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al demandado.

Ahora bien, para que exista un error jurisdiccional, es necesario que se ocasione un daño antijurídico por la adopción de decisiones judiciales, que le fueron adversa a la parte accionante, cuyo fundamento fue errado y contrario a la Ley. En el presente caso, no ataca el accionante la decisión judicial como tal, sino el vencimiento del término judicial para dictar una sentencia de fondo, y no una que declara prescrita la acción, razón por la cual, es procedente la adecuación del título de imputación.

Por su parte, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia lo contempla el artículo 69 del citado estatuto así: "*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.*".

Se entiende que existe defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, cuando se ocasione un daño antijurídico por las acciones u omisiones en el ejercicio de la función de impartir justicia; acción ejercida, tanto por los funcionarios judiciales, como por los particulares investidos de dichas funciones, además de los causados por los empleados, agente o auxiliares judiciales.



Al respecto, la diferencia existente entre el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, ha sido precisada por el Consejo de Estado, que en sentencia de 11 de agosto de 2010, con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, indicó:

"Por su parte, la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales. Allí distinguió tres supuestos: el error jurisdiccional (art. 67), el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) y la privación injusta de la libertad (art. 68).

*A propósito de la distinción entre el error judicial y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ha dicho la doctrina española¹ **que el error judicial se predica de las actuaciones en las cuales se interpreta y aplica el derecho, en tanto que la responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para el realizar el juzgamiento o la ejecución de las decisiones judiciales** (negrilla fuera de texto)*

*"...nos encontramos en el dominio de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre y cuando la lesión se haya producido en el 'giro o tráfico jurisdiccional', entendido éste como el conjunto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerán en el ámbito del error judicial); a sensu contrario, **no entrarían en este concepto aquéllas actividades que produjesen un daño -incluso si éste fuese identificado plenamente como achacable a la actuación de un Juez o Magistrado -si su actuación no se hubiese realizado en el mencionado 'giro o tráfico jurisdiccional', sino en otro tipo de actuaciones distintas.** (negrilla fuera de texto)*

"En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho".

Es ese el alcance que tiene el artículo 69 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, cuando define por exclusión el defectuoso de la administración de justicia al señalar que fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, supuestos en los cuales se está frente a una decisión jurisdiccional, "quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación".

Con fundamento en dicho precedente, al no atacarse por el actor en su demanda, la decisión tomada por los Juzgadores, en la interpretación y aplicación del derecho; entonces persigue la parte actora, que se declare el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

¹ Cabe anotar que la jurisprudencia y doctrina española son de recibo en la resolución de los casos de responsabilidad contra el Estado colombiano porque la ley 270 de 1996 tuvo como fuente la ley orgánica del poder judicial de España.



El defectuoso funcionamiento a que alude la accionante, es la dilación en el trámite de su denuncia penal, que ocasionó que la decisión tomada no fuera de fondo, sino, que se declarará prescrita la acción penal, lo que a su parecer, le impidió el acceso a una cabal Administración de Justicia.

El artículo 29 de la Constitución Política establece el derecho al debido proceso, el cual se refiere a la garantía que tienen todas las personas para que tanto en las actuaciones administrativas como en las judiciales, le sean aplicadas las normas que existen previamente a los hechos o actos que se le imputen o de que han sido sujetas, respetando las formalidades señaladas para cada uno, y a que éstos se adelanten sin dilaciones injustificadas. Por su parte el artículo 228 de la norma ibídem, consagra los principios de celeridad y eficacia en las actuaciones judiciales, y dispone que "los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

Igualmente, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 8º establece la garantía del debido proceso, que contempla a su vez, un término razonable para ser enjuiciado cuando dispone que, "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y **dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". (Negrillas de la Sala)

Empero, si bien el derecho al debido proceso sin dilaciones injustificadas, ha sido ampliamente desarrollado, y es una garantía de todo ciudadano; sólo se puede condenar al Estado por un defectuoso funcionamiento en la administración de justicia cuando, el retardo que se generó en el procedimiento, no estaba debidamente justificado; deberá analizarse las circunstancias de cada caso, la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes y la forma en que el asunto fue llevado por el juzgador. Al respecto ha sostenido el H. Consejo de Estado:

"Por su parte, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre al interpretar el artículo 6, número 1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha considerado que el "carácter razonable de



13001-33-33-005-2013-00252-01

la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente 'la (sic) complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales'².

Ese mismo Tribunal ha precisado que no existe dilación indebida por el mero incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos, esto es, que no se ha constitucionalizado el derecho a los plazos sino que la Constitución consagra el derecho de toda persona a que su causa se resuelva en un tiempo razonable³.

Ya en vigencia de la Constitución de 1991, la Sala ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas en la administración de justicia y, en particular, por el retardo injustificado de adoptar decisiones que causan daño a las partes o a terceros⁴.

En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados de una demandada que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla^{5,6}.

En razón de la cita precedente, es forzoso evaluar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como fue llevado el caso, el volumen de trabajo que maneja la entidad y los estándares de funcionamiento de ésta, para determinar, si en el caso concreto, existió una dilación injustificada, que impidió un pronunciamiento de fondo como alega el actor, que generó un perjuicio antijurídico.

² Nota original de la sentencia citada: Citada por Luis Martín Rebollo, *Jueces y Responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 164 y 165

³ Nota original de la sentencia citada: No obstante, sobre este criterio existe controversia en la doctrina. Por ejemplo, Montero Aroca considera que "Todo incumplimiento de los plazos debe dar lugar a declarar la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin que ello signifique sin más el derecho a la indemnización, pero por la razón distinta de que puede o no puede haber existido daño o perjuicio". *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del poder judicial*. Madrid, Edit. Tecnos, 1988., p. 35.

⁴ Nota original de la sentencia citada: Por ejemplo, el deterioro de un vehículo puesto a disposición de un juzgado penal, que no se entregó al secuestre sino que se ordenó su remisión a un patio donde permaneció a la intemperie por un período prolongado. Sentencia del 3 de junio de 1993, exp.7859; el embargo de un vehículo, que no era propiedad del demandado, decretado por un juez dentro de un proceso ejecutivo, y que permaneció varios años secuestrado, a pesar de que era fácil verificar la propiedad o posesión del bien. Sentencia del 4 de diciembre de 2002, exp: 12.791.

⁵ Nota original de la sentencia citada: "Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías y de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe todo cuanto esté a su alcance". Sentencia del 15 de febrero de 1996, exp: 9940.

⁶ Consejo de Estado, sentencia de 11 de mayo de 2011, Rad. 08001-23-31-000-1999-02324-01(22322), C.P. Ruth Stella Correa Palacio



13001-33-33-005-2013-00252-01

Por lo tanto, deberá la Sala determinar si, dadas las circunstancias del caso concreto, se reúnen los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado con base en el referido título jurídico de imputación. Para efectos de pasar a analizar los cargos presentados por el demandante, resulta fundamental la revisión del material probatorio que obra en el expediente en relación con el daño y la imputación alegados.

5. EL CASO CONCRETO

5.1 Hechos relevantes probados.

- El **16 de enero de 2007** la señora DENAYDA ESTHER CAMPO HERNÁNDEZ presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena, contra COOMEVA EPS y el médico de dicha entidad Dr. DAIRO SALAZAR MORALES, a quienes se les atribuyó la comisión de un presunto delito de lesiones personales; fundamentando su denuncia en que el día 28 de enero de 2005 se realizó una cirugía en el seno izquierdo por una lesión producto de una descalcificación que presentaba en el tejido mamario, siendo intervenida por el Dr. DARIO SALAZAR MORALES, médico de la EPS COOMEVA, quien al retirar las agujas se le partió un pedazo y no se dio cuenta. Al poco tiempo de la cirugía empezó a sentir dolores y molestias en el seno, por lo que solicitó en varias ocasiones citas médicas, siendo atendida inicialmente por el Dr. DAGOBERTO MACIAS, quien le informó que no tenía nada, que eran nervios. El día 6 de octubre de 2006, una doctora le ordena la práctica de una mamografía, que reveló un cuerpo extraño alojado dentro del seno. (Fls. 217 – 218)
- El mismo **16 de enero de 2007** la Fiscalía suscribe Oficio No. 070 remitido a Medicina Legal, solicitando la práctica de examen médico a la denunciante (Fl. 219).
- El **17 de enero de 2007** el Perito Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Bolívar – Sede Cartagena, solicitó la valoración médica especializada por cirugía, para determinar la posibilidad de retirar cuerpo extraño y posibles secuelas que ello genere (Fl. 220).
- El **23 de enero de 2007** se abrió contra el denunciado Instrucción, en aras de establecer si efectivamente es autor o no del delito de Lesiones



Personales Culposas (Fl. 221).

- El **26 de enero de 2007** el Fiscal Local 4 solicitó a COOMEVA EPS historia clínica y valoración médica de la denunciante (Fl. 222).
- El **31 de enero de 2007** la denunciante rindió declaración jurada ante la Fiscalía Local 4 (Fls. 225 – 226).
- El **16 de febrero de 2007** COOMEVA EPS remitió historia clínica y valoración médica a la Fiscalía Local 4 (Fl. 227)
- El **7 de junio de 2007** la denunciante a través de apoderado, solicitó a la Fiscalía 4ª Local la celeridad procesal y la vinculación de los sindicatos, al Dr. DARIO SALAZAR MORALES como responsable directo y a COOMEVA EPS como tercero civilmente responsable (Fl. 230). El **8 de junio de 2007** la Fiscal 4ª Local citó a los doctores DARIO SALAZAR MORALES y DAGOBERTO MACIAS, para diligencia de indagatoria y declaración jurada, respectivamente, y ofició a COOMEVA EPS para que allegara historia clínica de la denunciante (Fl. 237). Lo anterior fue cumplido mediante oficios de fecha **4 de julio de 2007** (Fls. 238 – 240). El **1º de agosto de 2007** la Fiscal Local ordenó nuevamente el envío de las respectivas citaciones (Fl. 241).
- El **12 de julio de 2007** COOMEVA EPS remitió historia clínica y valoración médica a la Fiscalía Local 4 (Fl. 264)
- El **16 de agosto de 2007** compareció el Dr. DAIRO SALAZAR MORALES ante la Fiscalía, sin embargo la diligencia de indagatoria no se realizó porque el despacho se encontraba en turno, reprogramándose la diligencia para el 17 de agosto (FL. 244). El **17 de agosto de 2007** se realizó la diligencia de indagatoria del Dr. Salazar Morales (Fls. 246 - 250).
- El **17 de septiembre de 2007** se citó nuevamente al Dr. DAGOBERTO MACIAS para que rindiera declaración jurada (Fl 260). El **27 de diciembre de 2007** el citado doctor se excusó por su inasistencia (Fl. 273); reprogramándole fecha el **5 de febrero de 2008**, siendo citado para el 11 de febrero, y remitiendo por segunda vez a la denunciante a medicina legal por especialidad cirugía (Fl. 275).



13001-33-33-005-2013-00252-01

- El **11 de febrero de 2008** se recibió declaración jurada del Dr. DAGOBERTO MACIAS CABRERA (Fls. 277 – 279).
- El **19 de junio de 2008** se allega informe técnico médico legal, requiriendo documentación específica de la historia clínica de la denunciante a COOMEVA EPS, para poder realizar el reconocimiento médico legal (Fl. 281).
- El **23 de junio de 2008** el apoderado de la denunciante requirió a la Fiscalía para que realizaran la valoración médica de su poderdante sin dilaciones injustificadas, porque la información necesaria se encontraba en la historia clínica aportada (Fls. 283 – 284).
- El **26 de junio de 2008** la Fiscal 4ª Local requirió a COOMEVA EPS la información solicitada por Medicina Legal (Fl. 285).
- El **11 de agosto de 2008** el apoderado de la denunciante solicitó a la Fiscalía la revisión de los antecedentes judiciales del Dr. Dairo Salazar Morales (Fl. 288)
- El **14 de agosto de 2008** la Fiscal Local 4ª remitió a la denunciante nuevamente a examen médico legal, a fin de determinar la incapacidad definitiva y las secuelas si las hubiere (Fl. 289); en la misma fecha requirió a la Coordinadora de la Oficina de Asignaciones información sobre antecedentes o anotaciones del Dr. Dairo Salazar Morales (Fl. 290).
- El **20 de octubre de 2008** el apoderado de la denunciante solicitó a la Fiscalía que suspendiera del ejercicio de su profesión al doctor denunciado (Fls. 291 – 292).
- El **30 de octubre de 2008** la Fiscal Local 4ª remitió a la denunciante nuevamente a examen médico legal, a fin de determinar la incapacidad definitiva y las secuelas si las hubiere; en la misma fecha requirió a la Coordinadora de la Oficina de Asignaciones información sobre antecedentes o anotaciones del Dr. Dairo Salazar Morales (Fl. 293), quien el **31 de octubre de 2008** aportó respuesta indicando que no registra más anotaciones que la denuncia de la referencia (Fl. 298).
- El **21 de enero de 2009** se presentó informe técnico médico legal



13001-33-33-005-2013-00252-01

requiriendo nuevamente documentación e indicando que la denunciante aportó mamografía en la que se observó fragmento de guía metálica (arpón) residual de cirugía anterior (Fl. 299); procediendo la Fiscal Local 4ª a requerir dicha documentación a COOMEVA EPS el día 2 de febrero de 2009 (Fl. 300).

- El **29 de mayo de 2009** el apoderado de la denunciante solicitó a la Fiscalía el cierre del ciclo investigativo y la calificación de la investigación (Fl. 303); requiriendo el **1º de julio de 2009** celeridad del proceso (Fl. 304).

- El **2 de diciembre de 2009** el Fiscal Local 4º requirió nuevamente historia clínica y documentos relacionados (Fl. 307); siendo aportada el **16 de febrero de 2010** (Fl. 308).

- El **12 de julio de 2010** el Fiscal Local 2 clausuró el ciclo sumarial y dio traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión (Fl. 316), traslado descrito por el apoderado de la denunciante el 28 de julio de 2010 (Fls. 321 - 327).

- El **10 de agosto de 2010** la apoderada de COOMEVA EPS presentó recurso de reposición contra el auto de cierre del sumario (Fls. 339 – 340), dándole traslado la Fiscalía a los demás sujetos procesales (Fl. 348). El **11 de enero de 2011** el Fiscal Local 2 decidió no reponer la decisión objeto de recurso (Fls. 349 – 351).

- El **24 de enero de 2011** la apoderada de COOMEVA EPS presentó escrito de contestación como tercero civilmente responsable (Fls. 366 – 368)

- El **28 de febrero de 2011** el Fiscal Local 2 resolvió ACUSAR a DAIRO DE JESUS SALAZAR MORALES como presunto autor material del delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS (Fls. 370 – 376); el **4 de abril de 2011** la apoderada del acusado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión (Fls. 383 – 392); recurso concedido el **20 de abril de 2011** (Fl. 394).

- El **6 de mayo de 2011** el Fiscal Séptimo Delegado revocó la resolución de acusación de fecha 28 de febrero de 2011, y ordenó la cesación del procedimiento por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal (Fls. 134 – 140)



5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Pretende la parte demandante se declare administrativamente responsable a la Nación - Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales y morales causados con ocasión de la presunta falla del servicio de la administración que condujo a la prescripción de la acción penal iniciada mediante denuncia radicada el 16 de enero de 2007, en contra de DARIO SALAZAR MORALES y la EPS COOMEVA.

Por su parte, la demandada solicitó se denegaran las pretensiones de la demanda al demostrar que actuó dentro del marco de la ley penal sin irregularidad alguna que amerite la indemnización de perjuicios.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que la demandante no se encuentra en imposibilidad definitiva de alcanzar una indemnización de eventuales perjuicios, y no se puede afirmar que existía una alta probabilidad de condena, o que la sola resolución de acusación que no quedó en firme, ya era un requisito suficiente para encontrar probado el delito que se investigaba por su denuncia; la actuación de la Fiscalía no fue negligente, existieron durante el trámite del proceso penal actuaciones en procura de obtener pruebas; y si bien no es aceptable la terminación del proceso por prescripción de la acción penal, no es menos cierto que el demandante espero cerca de año y medio para interponer la denuncia.

Conforme al marco normativo y jurisprudencial citado y los hechos probados en el presente asunto, procederá la Sala a resolver el problema jurídico planteado, para lo cual será necesario verificar la configuración de dos presupuestos o elementos, estos son, el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica del mismo al ente Estatal.

5.2.1 Del daño

Se alegó por la demandante que el daño cuya reparación pretende, corresponde a la privación de la posibilidad de obtener, por la vía judicial, el resarcimiento de los perjuicios que afirma le ocasionó la conducta punible



13001-33-33-005-2013-00252-01

que denunció ante las autoridades, es decir, la indemnización de las lesiones personales sufridas con la mala práctica del procedimiento médico, planteamiento que de entrada supone la necesidad de verificar si se trata de un daño cierto o de uno eventual, debido a los resultados no conocidos del proceso penal, que en este caso particular culminó en la etapa investigativa, a favor del investigado, por prescripción de la acción penal.

En cuanto al resarcimiento de aquello que presupuesta obtener una persona con ocasión de una demanda de parte civil incoada dentro del proceso penal, ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado que corresponde a una expectativa económica que tenían en el referido asunto, sujeta a las condiciones propias del álea que entraña todo proceso judicial, así indicó:

"Por supuesto, atendida la ausencia de decisión definitiva de la controversia, para la Sala es claro que no logró establecerse judicialmente la existencia del delito investigado, ni el detrimento patrimonial alegado y menos aún la obligación de repararlo a cargo del imputado, por lo que no es posible afirmar sin hesitación que de no haberse extinguido la acción, los accionantes habrían conseguido el pago de las sumas que ahora reclaman al Estado.

*Nótese cómo la presunción de inocencia de quien obró como sindicado no logró desvirtuarse y, por ende, tampoco la existencia del punible que se le endilgó, ni la merma patrimonial de la firma denunciante, **por lo que el carácter incierto de ese proceso judicial se mantuvo, máxime si se advierte que nunca superó la fase de la instrucción, por lo que no hubo lugar a resolución de las pretensiones civiles incoadas dentro de este.***

*Así aunque el demandante tenía la expectativa de obtener una reparación económica como parte civil dentro de un proceso penal, **se trató de una simple esperanza o probabilidad que no puede calificarse como una expectativa legítima y jurídicamente protegida**, por cuanto obtener la pretendida declaratoria judicial, corresponde a un hecho sometido siempre a probabilidades de ganancia o pérdida."*⁷

No obstante lo anterior, como la declarada de prescripción de la acción penal trajo consigo la imposibilidad de que se resolvieran dentro del proceso penal las pretensiones resarcitorias planteadas por la actora como parte civil, ello hace parte de la *causa petendi* de la demanda y se enmarca dentro del concepto de *pérdida de una oportunidad*, que también ha planteado la jurisprudencia del Consejo de Estado, ante la ausencia de certeza sobre una posible vocación de prosperidad del

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN "B", sentencia del dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 13001233100020010050601.



13001-33-33-005-2013-00252-01

resarcimiento; en ese sentido precisó que la llamada *perte d'une chance* es un daño en sí mismo⁸, autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.

Así el máximo Tribunal de lo Contencioso en sentencia del 11 de agosto de 2010⁹, consideró:

"La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial¹⁰; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio -material o inmaterial- para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba¹¹, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento...Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado¹²."

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878:

"(...) si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandante y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance sobrevenida (sic). Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar".

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ MAYO, Jorge, "El concepto de pérdida de chance", en *Enciclopedia de la responsabilidad civil*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

¹¹ En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño "lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio" (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

¹² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.



En el sub examine, la Sala encuentra que de no haber operado la prescripción de la acción penal, la demandante habría continuado a la espera del posible resultado favorable a sus pretensiones, que aunque dependía de la demostración de la responsabilidad del acusado y de la efectiva acreditación de la causación de los perjuicios cuya reparación pretendían, constituía una expectativa o posibilidad legítima; aunado a ello, la demandante demostró que ejerció todas las acciones a su alcance para promover el proceso penal y la acción civil dentro de este, teniendo constancia en el expediente de la presentación de la denuncia penal, la demanda de parte civil y las múltiples actuaciones que realizaron en procura de sus pretensiones, como se relacionó en el acápite de hechos relevantes probados.

En ese mismo sentido, al haber optado por la acción civil dentro del proceso penal, se sujetó la demandante al término de prescripción de la acción penal, en los términos del artículo 98 del Código Penal, que prevé:

ARTICULO 98. PRESCRIPCION. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.

Por su parte, también prevé el Código Civil que la acción civil proveniente del delito prescribe en los términos de la legislación penal para la prescripción de la pena:

ARTICULO 2358. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

Conforme lo expuesto, la prescripción de la acción penal afectó en forma definitiva la posibilidad de la demandante de obtener un pronunciamiento judicial sobre las pretensiones de responsabilidad civil del investigado dentro de la causa adelantada por el delito de lesiones personales culposas; y si bien no es posible afirmar que la denunciante se encontraba en una situación potencialmente apta para acceder a lo pretendido en su demanda, sí se evidencia que no tuvo acceso a un recurso judicial efectivo, en el entendido que se vio privada de la posibilidad de obtener decisión



13001-33-33-005-2013-00252-01

definitiva y de fondo frente a la controversia que llevaron al conocimiento de la justicia; esto es, aunque contaron con la posibilidad de acudir a las instancias correspondientes en procura de la decisión de una controversia, esta no fue resuelta en forma definitiva por razón de la prescripción de la acción penal, situación que genera una afectación al derecho constitucional y convencionalmente protegido a acceder a la administración de justicia.

En efecto, ha puntualizado el Consejo de Estado que *"lo verdaderamente importante es que una vez el administrado, en ejercicio del derecho de acción que le asiste, opere el aparato judicial, obtenga un pronunciamiento de fondo que resuelva las pretensiones planteadas de conformidad con las normas vigentes"*¹³.

En este caso, la demandante no logró obtener decisión de la justicia sobre la posible responsabilidad penal de su denunciado y, por contera, tampoco frente a la demanda de parte civil promovida por ella dentro del mismo proceso, falta de resolución del asunto que conllevó una transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva y, a través de la misma, a la verdad que buscaba establecer mediante este, con independencia de que hubiera sido o no favorable a sus intereses.

En esas condiciones, aunque el daño alegado por la demandante es eventual desde la perspectiva de las pretensiones económicas no resueltas, la imposibilidad de obtener su decisión definitiva sí corresponde a un daño cierto que no tenía el deber jurídico de soportar, por cuanto el ordenamiento jurídico le garantiza que el asunto llevado al conocimiento de la justicia debe ser resuelto de fondo, máxime tratándose de un asunto penal que conlleva el establecimiento de las reales condiciones del caso, cuestión que va de la mano con el derecho de la víctima a la verdad.

En esas condiciones, la demandante sí acreditó el padecimiento de un daño antijurídico, consistente en la privación de su derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la investigación que promovió por el delito de lesiones personales culposas y la demanda de parte civil que presentó

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 01 de febrero de 2011, Rad. 2008472. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.



dentro de dicho trámite, único sobre el cual se realizará el juicio de imputación.

5.2.2 La imputación

Expone la demandante que lo pretendido en el proceso corresponde a la presunta conducta negligente de la Fiscalía en el curso de la investigación a su cargo, que derivó en la prescripción de la acción penal, lo que configuró a juicio de la demandante, una falla en el servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Para verificar si existió un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por la presunta dilación injustificada de un proceso, debe considerarse *"si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora"*¹⁴.

Así, para el análisis de la imputación, deberá verificarse entonces si se incurrió dentro del curso de la investigación en irregularidades de tal magnitud que determinaron, por razón del actuar injustificado estatal, la prescripción de la acción penal:

- Se encuentra probado en el proceso, que los hechos constitutivos del presunto delito denunciado ocurrieron el 28 de enero de 2005, cuando el Dr. DARIO SALAZAR MORALES médico de COOMEVA EPS le practicó una cirugía en el seno izquierdo, dejándole un cuerpo extraño alojado dentro del seno; por su parte, la denuncia fue promovida el 16 de enero de 2007, esto es, 1 año y 11 meses después de la intervención quirúrgica; siendo el término que según lo referido por fiscalía al decretar la prescripción de la acción, era de 5 años.

¹⁴ Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia del 30 de octubre de 2013, Rad. 30495.M.P. Stella Conto Diaz del castillo.



13001-33-33-005-2013-00252-01

- También se evidencia que el mismo 16 de enero de 2007 la Fiscalía solicitó a Medicina Legal la práctica de examen médico a la denunciante; el 17 de enero el Perito Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Bolívar – Sede Cartagena, solicitó la valoración médica especializada por cirugía , para determinar la posibilidad de retirar cuerpo extraño y posibles secuelas; el 23 de enero de 2007 se abrió contra el denunciado Instrucción, en aras de establecer si efectivamente era autor o no del delito de Lesiones Personales Culposas; el 26 de enero se solicitó a COOMEVA EPS historia clínica y valoración médica de la denunciante, siendo aportada el 16 de febrero de 2007.

- Pese a lo anterior, el 8 de junio de 2007 la Fiscal 4ª Local citó a los doctores DARIO SALAZAR MORALES y DAGOBERTO MACIAS, para diligencia de indagatoria y declaración jurada, respectivamente, y ofició a COOMEVA EPS para que allegara nuevamente historia clínica de la denunciante; siendo allegada el 12 de julio de 2007.

- Después de varios requerimientos por parte de la Fiscalía, el 17 de agosto de 2007 se realizó la diligencia de indagatoria del Dr. Salazar Morales, y el 11 de febrero de 2008 se recibió declaración jurada del Dr. DAGOBERTO MACIAS CABRERA.

- El 5 de febrero de 2008, la Fiscalía remitió por segunda vez a la denunciante a medicina legal por especialidad cirugía; el 19 de junio de 2008 se allega informe técnico médico legal, requiriendo documentación específica de la historia clínica de la denunciante a COOMEVA EPS, para poder realizar el reconocimiento médico legal; el 23 de junio de 2008 el apoderado de la denunciante requirió a la Fiscalía para que realizaran la valoración médica de su poderdante sin dilaciones injustificadas, porque la información necesaria se encontraba en la historia clínica aportada, no obstante, el 26 de junio de 2008 la Fiscal 4ª Local requirió a COOMEVA EPS la información solicitada por Medicina Legal.

- El 14 de agosto de 2008 la Fiscal Local 4ª remitió a la denunciante nuevamente a examen médico legal, a fin de determinar la incapacidad definitiva y las secuelas si las hubiere; lo que reiteró el 30 de octubre de 2008; el 21 de enero de 2009 se presentó informe técnico médico legal requiriendo nuevamente documentación e indicando que la denunciante



13001-33-33-005-2013-00252-01

aportó mamografía en la que se observó fragmento de guía metálica (arpón) residual de cirugía anterior; procediendo la Fiscal Local 4º a requerir dicha documentación a COOMEVA EPS el día 2 de febrero de 2009.

- El 2 de diciembre de 2009 el Fiscal Local 4º requirió nuevamente historia clínica y documentos relacionados; siendo aportada el 16 de febrero de 2010; el 12 de julio de 2010 el Fiscal Local 2 clausuró el ciclo sumarial y dio traslado a los sujetos procesales para alegar de conclusión decisión contra la cual la apoderada de COOMEVA EPS interpuso recurso de reposición el 10 de agosto de 2010, siendo decidido negativamente el 11 de enero de 2011.

- El 28 de febrero de 2011 el Fiscal Local 2 resolvió ACUSAR a DAIRO DE JESUS SALAZAR MORALES como presunto autor material del delito de LESIONES PERSONALES CULPOSAS; el 4 de abril de 2011 la apoderada del acusado interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, siendo decidido el 6 de mayo de 2011 por el Fiscal Séptimo Delegado, quien revocó la resolución de acusación de fecha 28 de febrero de 2011, y ordenó la cesación del procedimiento por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

Adviértase que la denuncia penal se sujetó al régimen jurídico de la Ley 600 de 2000, de manera que la investigación previa debió haber tenido una duración de seis (6) meses conforme al artículo 325 *ibídem*¹⁵ y la etapa de instrucción debió tardar máximo dieciocho (18) meses, en concordancia con el artículo 329 de la Ley 600 de 2000¹⁶, posteriormente se procedió con la calificación del sumario con un término que no debió superar los (8) y (15) días hábiles para el traslado y la calificación respectivamente, de acuerdo con el artículo 393 *ejusdem*.

En el presente asunto se abrió la etapa de instrucción el 23 de enero de 2007, y solo hasta 12 de julio de 2010 se cerró el ciclo sumarial, 3 años y 5 meses después, cuando su etapa máxima de duración como se indicó debió ser de 8 meses, sin que se allegaran al plenario pruebas tendientes a

¹⁵ **Artículo 325.** Duración de la investigación previa y derecho de defensa. 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.

¹⁶ **Artículo 329.** Término para la instrucción. (...) el término de instrucción no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación.





13001-33-33-005-2013-00252-01

justificar las razones de dicha dilación; y si bien es cierto se realizaron varias actuaciones en dicho periodo por parte de la Fiscalía, esta Magistratura no entiende el fin de requerir más de una vez las copias de la historia clínica de la denunciante; así como tampoco la necesidad de requerir documentos solicitados por el Perito de Medicina Legal reiterativamente, para al final decidir cerrar el ciclo sumarial sin la valoración completa de dicho perito, y finalmente proceder a expedir resolución de acusación solo con fundamento en las pruebas previamente recopiladas, cuando ya había operado la prescripción de la acción penal.

Debe precisarse que para esta Magistratura es un **hecho notorio** que nos encontramos frente a una administración de justicia lenta y congestionada, en especial la penal, sin embargo, de lo probado en el expediente se reitera que no existe razón para haber dilatado la etapa de instrucción en aras de obtener pruebas que al final no tuvieron relevancia en la calificación del sumario, por lo que es posible para la Sala afirmar que esa irregularidad devino en una prolongación excesiva de la instrucción en el trámite de la denuncia.

Y es en esta última actuación que sí aprecia la Sala la configuración de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que permite imputar el daño a la Nación – Fiscalía General de la Nación, pues está acreditado que dilató innecesariamente la etapa de instrucción recolectando material probatorio irrelevante para la calificación del sumario, dando lugar a la prescripción de la acción penal, privando a la demandante de que su asunto fuera decidido de fondo.

Por ende, a pesar de la demora en la presentación de la denuncia alegada por el A quo, de 1 año y 11 meses, endilga a la demandante, el asunto llegó a conocimiento del ente investigador con tiempo suficiente para adelantar la instrucción del caso, por lo que la ocurrencia de la prescripción no puede imputarse a la actuación de la denunciante, quien además estaba en su legítimo derecho de propender por el recaudo del material probatorio que consideró pertinente y conducente para la indagación. Por el contrario, la Fiscalía no demostró la existencia de una justificación válida para haber demorado más de tres años la etapa de instrucción, demora que agotó el término con que contaba el Estado para adelantar la acción penal y que



13001-33-33-005-2013-00252-01

dejó a la demandante en imposibilidad de obtener la decisión final del asunto, se insiste, con independencia de su sentido.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que la prescripción de la acción operó por violación de la garantía a la resolución judicial del asunto en un plazo razonable, lo que hace imputable el daño padecido por la demandante a la Nación.

Así las cosas, el daño, entendido como la privación del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, es imputable a la demandada, a cuyo cargo estuvo la demora que dio lugar a la imposibilidad de proseguir con el ejercicio del *ius puniendi*.

5.2.3 Indemnización de perjuicios

La reparación de la transgresión a la garantía constitucional y convencionalmente amparada, no trae consigo el restablecimiento material pretendido en la actuación objeto de prescripción, pues es claro que este no puede repararse bajo la condición de tratarse de un daño meramente eventual como quedó precisado anteriormente.

Tratándose del daño producido como consecuencia de la afectación específica al derecho al acceso a la administración de justicia cuando se ve afectado por la prescripción extintiva, el Consejo de Estado ha estimado que la indemnización corresponda a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales¹⁷, aplicando ese mismo criterio a casos similares; indicando igualmente que el referido daño solo se ha de reconocer a favor de la víctima directa, que en este caso es la demandante.

De este modo, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, y en su lugar se declarará administrativa y extracontractualmente a la Nación – Fiscalía General de la Nación, de los daños antijurídicos derivados de la prescripción de la acción penal promovida por la señora DENAYDA ESTHER CAMPO HERNÁNDEZ; a su vez, se condenará a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar a la demandante el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización por

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de abril de 2015, exp. 25327, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.





13001-33-33-005-2013-00252-01

el daño producido por la transgresión al derecho constitucional y convencionalmente amparado al acceso a la administración de justicia mediante un recurso judicial efectivo; se confirmará en lo demás la sentencia apelada.

6. Condena en Costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas en el presente asunto, ante la resolución parcialmente desfavorable el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de los daños antijurídicos derivados de la prescripción de la acción penal promovida por la señora DENAYDA ESTHER CAMPO HERNÁNDEZ; en consecuencia **CONDENAR** a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar a la demandante el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización por el daño producido por la transgresión al derecho constitucional y convencionalmente amparado al acceso a la administración de justicia mediante un recurso judicial efectivo.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.



CUARTO: Sin condena en Costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
CON SACRAMENTO