



DEAJALO19-2800

Bogotá D. C., 22 de mayo de 2019

H. Juez

JOSE IGNACIO MANRIQUE NIÑO

Juez 35° Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá

Sección Tercera

Ciudad

OF APOYO JUZG ADMITIVO

MAY 22 '19 AM 10:43

Asunto: Contestación de la demanda
Medio de Control: Reparación Directa
Expediente: 11001333603520180025800
Demandante: Silvia Esther Ballesteros y otros
Demandada: NACION - RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y OTRO

Respetado doctor Jose Ignacio:

CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMÍREZ, vecino y residente de la capital de la República, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.041.811 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 159.699 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado de la Nación - Rama Judicial en el proceso de la referencia, según poder otorgado por la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en ejercicio de la función de representación judicial y extrajudicial que le fue delegada por el Director Ejecutivo de Administración Judicial mediante Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, y en el término legal, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA**, así:

I. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Me opongo a todas las declaraciones y condenas que sean contrarias a la Entidad que represento, por cuanto, como se probará en el proceso, no existió falla en el servicio por privación injusta, ni error judicial y menos aún defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, atribuible a la Nación – Rama Judicial –en los hechos que la parte demandante narra como fundamento fáctico de la reclamación de perjuicios.

En consecuencia, solicito se declare la prosperidad de las EXCEPCIONES planteadas y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las suplicas de la demanda.

II. A LOS HECHOS

Sobre los hechos 1 al 18, estos no me constan, contienen apreciaciones y afirmaciones de carácter personal y subjetivo.

Los hechos 19 a 23 son ciertos, obra constancia de ellos en los documentos aportados por la parte actora.

Calle 72 No. 7 - 96 Conmutador – 3127011 www.ramajudicial.gov.co



No. SC5780 - 4



No. GP 059 - 4

Despacho DCC
19-03

III. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

La parte actora pretende que se declare que la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, son responsables administrativamente por los daños y perjuicios que reclama, alegando como título jurídico de imputación de responsabilidad patrimonial un "supuesto" defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, consistentes en perjuicios morales y perjuicios materiales.

Por ello se hace imperioso citar las normas relativas a la responsabilidad del Estado y, en particular, las normas de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que consagran dicho título de imputación de responsabilidad, analizarlas frente a las consideraciones que respecto a este título de imputación ha hecho la jurisprudencia y examinar si la entidad debe responder por los hechos alegados por los convocantes.

El artículo 90 de la Constitución Política consagra la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas". Se trata de una cláusula general de responsabilidad estatal, cuya estructuración se determina a partir del cumplimiento de dos (2) requisitos:

1. Existencia de un daño antijurídico.
2. Que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad.

La noción de daño antijurídico, fue definida por el Consejo de Estado, como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar.

Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia - Ley 270 de 1996-, reguló la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, por las acciones u omisiones que causen daños antijurídicos, a cuyo efecto determinó tres presupuestos:

1. Error jurisdiccional (Art. 67)
2. Privación injusta de la libertad (Art. 68).
3. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (Art. 69)

La Ley 270 de 1996 recoge la figura del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en el artículo 69, 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*".

El artículo 69 de la Ley 270 de 1996 establece que cuando el daño no proviene de un error judicial o de la privación injusta de la libertad, se colige que el título de imputación jurídica radica en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Dentro de ese concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales.

Expuso en su momento la Corte Constitucional, al decretar la constitucionalidad de la norma particular, que se aplicarían las mismas consideraciones que habían sido plasmadas para el artículo 65 anterior. Dichas consideraciones son:

...La Corte estima que el inciso primero del presente artículo es exequible, pues si bien sólo hace alusión a la responsabilidad del Estado -a través de sus agentes judiciales- por falla en el servicio, ello no excluye, ni podría excluir, la aplicación del artículo 90 superior en los casos de la administración de justicia. En efecto, sin tener que entrar a realizar análisis alguno acerca de la naturaleza de la responsabilidad estatal y sus diversas modalidades -por escapar ello a los fines de esta providencia-, baste señalar que el principio contemplado en el artículo superior citado, según el cual todo daño antijurídico del Estado -sin importar sus características- ocasiona la consecuente reparación patrimonial, en ningún caso puede ser limitado por una norma de inferior jerarquía, como es el caso de una ley estatutaria. Ello, en vez de acarrear la inexecutable del precepto, obliga a una interpretación más amplia que, se insiste, no descarta la vigencia y la aplicación del artículo 90 de la Carta Política.

Adicionalmente, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia presenta las siguientes características: (i) se predica de actuaciones u omisiones, diferentes a providencias judiciales, necesarias para adelantar un proceso; (ii) puede provenir de funcionarios judiciales y particulares que ejerzan facultades jurisdiccionales; (iii) debe existir un funcionamiento defectuoso o anormal, partiendo de la comparación de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial; y (iv) se manifiesta de tres formas: la administración de justicia ha funcionado mal, no ha funcionado o funcionó tardíamente.

En el presente caso, la parte demandante funda su reclamación en la prescripción de una acción penal previo a que se resolviera la segunda instancia, y en la pérdida de oportunidad de obtener reparación por la muerte del menor de edad Sebastián José.

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la sentencia del 22 de noviembre de 2017 expediente 39343, en un caso en el cual se demandó la responsabilidad del Estado porque el proceso penal que se adelantó contra el demandante había culminado por la declaratoria de prescripción de la acción penal, señaló que no basta acreditar la mora judicial en la resolución del caso, sino que es necesario probar además que la mora sea injustificada:

Debe la Sala recordar que la mora procesal, que ha sido estudiada en la jurisprudencia vigente bajo el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por falla probada en el servicio, no se configura por el simple hecho del pasar del tiempo, sino que se deben tener en cuenta otros factores determinantes en el caso particular.

Pues bien, de acuerdo a lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que no obra dentro del acervo probatorio ningún elemento que evidencie una falla en el servicio de la administración, comoquiera que no se pudo determinar si fue por la conducta negligente de ésta que se dilató el proceso penal al punto de verse obligada a declarar la prescripción de la acción penal, sino que, por el contrario, sobre la declaratoria de la misma, influyeron aspectos como la complejidad e importancia del caso, así mismo, el significativo número de procesados que fueron vinculados al proceso penal que conllevó a que se tuviera que extender la etapa probatoria e igualmente, el esfuerzo en el que incurrió la Fiscalía 141 delegada ente Juzgado de Dirección General de la Policía al intentar notificar personalmente a los sindicatos y sus defensores, desplegando acciones tales como asignarles defensores de oficio a quienes estaban carentes de ellos, tal y como fue

señalado en providencia del 24 de agosto de 2001 y ratificado por el Agente del Ministerio Público en concepto N° 127 del 23 de mayo del mismo año.

Acompasando lo anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló *ibidem* que *"En el sub examine, era necesario acreditar que la prescripción se dio por una dilación injustificada imputable al operador jurídico y, toda vez que al presente trámite no se aportó la totalidad de la actuación procesal penal, no se puede determinar con certeza las razones de tal dilación. En efecto, en estas condiciones no es posible establecer las fechas exactas de cada una de las actuaciones realizadas dentro del proceso penal y, por tanto, no es dable determinar la mora en la cual incurrió cada una de las entidades demandadas."*

Entonces descendiendo al caso en particular se encuentra que la providencia proferida por el superior jerárquico del juez de conocimiento del caso, tuvo como sustento además de la normatividad aplicable al caso, la procedencia de la solicitud de preclusión por extinción de la acción.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que se alegó por la parte demandante que el presunto daño cuya reparación pretende corresponde a la privación de la posibilidad de obtener, por la vía judicial escogida, el resarcimiento de los perjuicios que afirma les irrogó la conducta punible que denunciaron ante las autoridades, planteamiento que de entrada supone una disyuntiva, relativa a verificar si se trata de un daño cierto o de uno eventual, habida consideración de los resultados no conocidos del proceso penal, que en este caso particular culminó en sede de recurso de apelación, por prescripción de la acción.

Así lo pretendido por la parte demandante es el resarcimiento de aquello que presupuestaron obtener como reparación de los perjuicios, en su calidad de víctimas, que estimaron les ocasionó la conducta punible del imputado, lo que corresponde a la expectativa económica que tenían en el referido asunto y que, sin duda, estaba sujeta a las condiciones propias del alea que entraña todo proceso judicial. Por supuesto, atendida la ausencia de decisión definitiva de la controversia, 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 duda que, de no haberse extinguido la acción, los accionantes habrían conseguido el pago de las sumas que ahora reclaman al Estado.

Al respecto el Consejo de Estado ha dicho¹:

(...) Nótese cómo la presunción de inocencia de quien obró como 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.

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.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

En esas condiciones, la posibilidad de obtener la reparación pecuniaria de la que afirman los demandantes se vieron privados, corresponde sin duda a una expectativa o esperanza sujeta a distintas circunstancias, que la Sala ha definido así:

[L]as meras expectativas no son hechos objetivos, inequívocos y concluyentes, todo lo contrario, se tratan de "aquellas ilusiones de posiciones jurídicas que surgen de la percepción subjetiva de un individuo (...), esperanzas aleatorias que se basan en meras probabilidades (...), expectativas [que] emanan de la mente de un sujeto como consecuencia de la percepción íntima que éste tiene de su entorno jurídico y de las modificaciones que experimenta"²; en palabras de Jossierand se trata de "simples esperanzas más o menos fundadas" como "situaciones de hecho más que situaciones jurídicas", como "intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los castillos en el aire"³; según la Corte Constitucional "no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto"⁴, "aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho", "situaciones jurídicas no consolidadas (...) en las que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado"⁵.

La declarada prescripción de la acción penal trajo aparejada la imposibilidad de que se resolvieran dentro del proceso penal las precisas pretensiones económicas planteadas por la firma actora como parte civil dentro del proceso penal, lo que hace parte de la causa petendi de la demanda y que podría enmarcarse dentro del concepto de pérdida de una oportunidad, se insiste, ante la patente ausencia de certeza sobre su posible vocación de prosperidad. Sin embargo, ello tampoco es posible, tal como pasa a explicarse:

Aunque en ocasiones la Sección se ha referido a la perte d'une chance como un daño en sí mismo considerado⁶ y en otras, como un elemento para establecer la relación causal⁷, para esta Sala es claro que se trata de una categoría autónoma de daño, consistente en la privación de la posibilidad de recibir determinado beneficio.

En efecto, en la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e

² VIANA CLEVES, María José, El principio de confianza legítima en el derecho colombiano, op.cit., p. 196.

³ JOSSIERAND, Louis, Derecho civil, t. I, v. I, edit. Bosh, Buenos Aires, 1950-1951, pp. 77 y s. Citado por María José VIANA CLEVES, El principio de confianza legítima en el derecho, ibid., p. 197.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-147 del 19 de marzo de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-314 del 1º de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶ 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, si 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".

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772:

"En consecuencia, la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente".

independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.

La Sala, en sentencia de 11 de agosto de 2010⁸, 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 patrimonial⁹; 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 deseaba¹⁰, 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 reparado¹¹.

Entendido así el concepto de pérdida de oportunidad, resulta de gran relevancia distinguir entre el daño que consiste en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar, y el daño que se produce por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento, siendo claro que en estos eventos solo surge como indemnizable el segundo, que es en el que se enmarcará la decisión de la presente controversia."

La jurisprudencia de la Sección se ha valido de tres criterios para establecer la existencia de una pérdida de oportunidad como un verdadero daño antijurídico, cuales son¹²:

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ MAYO, Jorge, "El concepto de pérdida de chance", en Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593. Reiteración en sentencia de 30 de enero de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 23769.

(i) *Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente¹³ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes¹⁴;*

(ii) *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida¹⁵; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.*

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían(...)¹⁶

(...) (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para

13 Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

14 Cita textual del fallo: A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, Responsabilidad civil extracontractual, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 263.

15 HENAO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

16 Cita textual del fallo: Al respecto la doctrina afirma que “... ‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”’. Cfr. VERGARA, Leandro, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 262.

alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que 'no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida'¹⁷.

CASO CONCRETO

1. Del estudio de la antijuridicidad del daño

En el caso concreto, tenemos que el día 15 de septiembre de 2006, falleció el menor Sebastián José Palmera Ballesteros (q.e.p.d), durante una operación quirúrgica a la que fue sometido en la Clínica Reina Catalina de la ciudad de Barranquilla.

En etapa instructiva se ordenó practicar dictamen pericial por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá acerca de la causa de la muerte del referido menor, rindiéndose el 1° de diciembre de 2008.

La Fiscalía Quinta Penal del Circuito de Santa Marta calificó el mérito de sumario y profirió resolución de acusación el 21 de agosto de 2009.

Como quiera que se ataca la labor del juez de conocimiento en el trámite penal que culminó con la prescripción de la acción penal, es necesario, de acuerdo con las pruebas aportadas por la parte actora, revisar si efectivamente ocurrieron dilaciones que le sean imputables a un actuar doloso o negligente.

En primer lugar, el Juez Primero Penal del Circuito de Santa Marta avocó conocimiento de la causa el día 11 de mayo de 2010, bajo el radicado 2010-0044. (fl 2 del cuaderno 5), recibiendo las correspondientes solicitudes de prueba y acreditaciones de los correspondientes apoderados.

El día 12 de agosto de 2010 comunicó a las partes la fecha de realización de la audiencia preparatoria, la cual fue fijada inicialmente para el 19 de agosto de 2010, diligencia que tuvo que ser aplazada ese día y en dos ocasiones más, por solicitudes del apoderado de la defensa, apoderado de la parte civil y la Fiscalía. (fls. 26, 39 y 47 del cuaderno 5).

El día 1 de diciembre de 2010 pudo realizarse la audiencia preparatoria (fl 56 y ss c 5), evidenciándose la configuración de una nulidad en la resolución de acusación, por lo cual se hizo necesario que la fiscalía calificara nuevamente el sumario, lo cual realizó nuevamente el día 13 de diciembre de 2010 contra JUAN CARLOS DE LUQUE ROBLES como autor del delito de homicidio culposo del que fuera víctima el menor Sebastián José Palmera Ballesteros, contra la cual se interpuso recurso de apelación por parte de la defensa técnica del procesado, siendo desatado por la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal de Santa Marta que mediante proveído de 27 de abril de 2011 confirmó la resolución de primera instancia.

En firme la resolución de acusación, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, avocó nuevamente conocimiento del asunto el día 26 de mayo de 2011, el cual corrió el traslado del artículo 400 del Código de Procedimiento Penal por el término de quince (15) días hábiles. (fl. 123 c 5)

¹⁷ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

Una vez vencido el traslado y dentro de los plazos normales de desarrollo del proceso penal, el día 22 de agosto de 2011 se citó a audiencia preparatoria para el día 1 de septiembre de 2011 (fl. 176 c 5), la cual se inició en la fecha mencionada, debiendo suspenderse hasta el 14 de septiembre de 2011 (fl. 181 c 5), fecha en que se culminó, fijándose audiencia pública para el día 12 de octubre de 2011 (fl 189 c 5), siendo efectuada.

En los posteriores meses se desarrollaron de forma acuciosa continuas audiencias públicas (fls. 267, 273, 296, 339, 343, 354, 369, 376), así como requiriendo y reiterando las pruebas solicitadas por las partes, audiencias que en varias ocasiones debieron ser aplazadas por solicitudes de las partes, incluyendo la parte civil que representaba la parte actora.

En la audiencia pública celebrada el día 15 de mayo de 2013 (fl. 376 c 5), el defensor del acusado presentó objeción del dictamen pericial alegando error grave, a lo cual se dio traslado a las demás partes para que se pronunciaran por un término de cinco (5) días. El día 16 de julio de 2013 se le dio trámite a la objeción, corriéndosele traslado al perito para que se pronunciara (fl. 76 cuaderno 9). Obra constancia secretarial del 18 de septiembre, informándose que vencido el traslado, hubo respuesta del grupo nacional de patología forense del Instituto de Medicina Legal (fl. 150 c 9).

El día 16 de diciembre de 2013 se ofició al director del Hospital Fernando Troconis para que informara si esa institución contaba con especialista en anestesiología, oficio reiterado el 23 de enero de 2014. Así mismo, el día 23 de abril de 2014 se reiteró oficio a la Sociedad Colombiana de Anestesiología para que se sirviera designar un especialista en anestesiología con el objeto de posesionarlo como perito, oficio del cual se obtuvo respuesta al siguiente día. (fls. 151 a 154 c 9)

El día 7 de mayo de 2014 fue nombrado como perito el doctor Ricardo Carrillo Cifuentes, quien fue posesionado el día 15 de mayo y enviándole la información por el solicitada el día 18 de junio de 2014 (fl. 173 c 9), dictamen sobre la objeción que fue rendido el día 21 de julio de 2014.

El día 30 de julio de 2014, el apoderado de la parte civil en representación de la aquí actora, solicitó aclaración y complementación al dictamen (fl. 195 c 9), solicitud sobre la cual se opuso la defensa, siendo esta situación definida por el despacho el día 25 de agosto de 2014, accediendo a lo solicitado por la parte civil y la defensa, buscando tener más claridad sobre lo ocurrido (fl. 203 c 9), aclaraciones que fueron rendidas por el perito el 12 de septiembre de 2014, quedando a disposición de las partes el día 1 de octubre de 2014.

El día 16 de enero de 2015 la defensa solicitó al despacho pronunciarse sobre la objeción al dictamen previo a la sentencia, solicitud que fue decidida con la debida diligencia el 29 de enero de 2015, declarándose no fundada la objeción presentada (fls 239 a 244 c 9), auto contra el que se presentó recurso de apelación, recurso que fue concedido el día 23 de febrero de 2015, siendo remitido al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta - Sala Penal para su trámite. No obstante lo anterior, el día 23 de febrero de 2015 se celebró nueva audiencia pública para que las partes presentaran sus alegaciones.

El día 14 de diciembre de 2015, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta - Sala Penal decidió el recurso de apelación interpuesto, revocando el auto del 29 de enero de 2015 proferido por el juzgado de conocimiento.

Teniendo ya todos los elementos de juicio, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta profirió fallo de primera instancia el día 18 de marzo de 2016, resolviendo absolver a JUAN CARLOS DELUQUE ROBLES por la conducta punible de homicidio culposo (fls 426 a 442 c 5).

La anterior decisión fue impugnada por la parte civil y la fiscalía, correspondiendo su decisión al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta - Sala Penal, que mediante providencia de fecha 28 de junio de 2016, declaró extinguida la acción penal y en consecuencia, cesó el procedimiento que se adelantaba.

El anterior recuento procesal permite evidenciar la labor acuciosa por parte del juez de conocimiento, quien impulsaba constantemente el proceso y adelantaba las actuaciones dentro de los periodos y con la celeridad que se espera de este tipo de asuntos, siendo visible el interés por contar con los medios probatorios que le permitieran dilucidar con un grado de certeza lo ocurrido, tal como su investidura le reclama.

Es así que se buscó contar con el conocimiento especializado para analizar la materia, teniendo en cuenta que no solo eran necesario conocimientos médicos comunes, sino conocimientos especializados en anestesiología, los cuales implicaron que los tiempos de resolución se fueran ampliando, situación que era necesaria para poder tomar una decisión en derecho con la mayor cantidad de elementos probatorios que se tuviera al alcance.

Si bien es un hecho incontrovertible que en el proceso penal operó la prescripción de la acción penal en la etapa de juzgamiento, es necesario reiterar lo señalado en el acápite de razones de defensa, donde citando al Consejo de Estado, este señaló:

Debe la Sala recordar que la mora procesal, que ha sido estudiada en la jurisprudencia vigente bajo el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por falla probada en el servicio, no se configura por el simple hecho del pasar del tiempo, sino que se deben tener en cuenta otros factores determinantes en el caso particular.

En el presente caso no es posible identificar en aparte alguno una actitud negligente o dilatoria por parte del juez de conocimiento, siendo preciso analizar la complejidad del asunto, la cantidad de pruebas necesarias, y las dificultades de obtener concepto técnico de las personas con conocimientos idóneos, y aun habiéndose obtenido, estos generaban dudas adicionales, lo que limitaba la acción del juez, quien debía atender los ritos y disposiciones contenidas en la Ley 600 de 2000, aplicable al caso analizado, no siendo dable hablar en el presente caso de un defectuoso funcionamiento de la administración judicial.

Por otra parte, en cuanto a la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, el Consejo de Estado ha señalado que "...se configura en todos aquellos casos en los que 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, 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 patrimonial¹⁸.

Ahora bien, jurisprudencialmente se han fijado igualmente una serie de pautas o requisitos para que esta opere los cuales se expusieron anteriormente, siendo necesario profundizar en el tercer requisito "La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado", que al estar ausente, la pérdida de oportunidad no se configura.

Respecto del precitado requisito, es preciso destacar que de acuerdo a los documentos obrantes dentro del proceso, incluidos dictámenes, no se puede observar la existencia de pruebas que comprometieran la responsabilidad del señor DELUQUE ROBLES en una omisión tal que hubiere determinado el fallecimiento del menor de edad Sebastián, lo cual incluso culminó con fallo de primera instancia, del cual se citan algunos de los apartes de las conclusiones:

(...)

Lo anterior nos permite establecer que la causa de la muerte del menor no es clara o por lo menos no fue establecida por el Médico Patólogo adscrito a Medicina Legal en el Informe de Necropsia, tampoco lo hizo el dictamen rendido por la Dra. Mary Luz Morales, médico Forense adscrita a medicina legal y menos pudo esclarecer el dictamen del Dr. Jose Ramón Roca Leyva, médico Hematólogo quien concluye **"el evento que precipitó el fallecimiento del paciente no pudo ser prevenido ni detectado con los protocolos médicos habituales para una hernioplastia inguinal"**, lo que nos lleva a presumir que las causas de la muerte del menor están mas allá de una presunta falla médica, y con el aservo probatorio (dictámenes periciales) existentes dentro del proceso nos permite llegar a la conclusión que a pesar de lo dicho por éste, era incuestionable que ninguno de ellos tenía contundencia para establecer la causa que desencadenó el deceso del infante, por eso el Despacho optará por el camino que resulta jurídicamente correcto, esto es Absolver al procesado, ya que entre las posibles causas del resultado lesivo ninguna parecía eficaz para producir la muerte del menor SEBASTIAN PALMERA BALLESTEROS.

Por el contrario, el análisis del conjunto probatorio impide determinar cuál fue la causa de la muerte del paciente, vale decir, surge la duda que debe ser resuelta a favor del enjuiciado. Lo cierto es que cuando las causas son múltiples y entre ellas no hay posibilidad de establecer si alguna tuvo prevalencia y aptitud para producir el resultado, este no se le puede imputar al procesado; la existencia de la causalidad por si sola, además, no es suficiente para la imputación, porque se requiere demostrar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, situación que en este asunto no aconteció, habida cuenta que el acusado respetó los protocolos de su actividad profesional.

(...)

Podemos concluir, que la conducta médica debe ser valorada de acuerdo a los resultados y a partir de los medios utilizados en la prestación del servicio asistencial para proteger la vida del paciente, en este caso específico queda demostrado que JUAN CARLOS DELUQUE ROBLES, ejecutó una conducta prudente, ya que realizó todos los procedimientos necesarios buscando proteger la vida del MENOR SEBASTIAN PALMERA BALLESTEROS, pero a pesar de haber orado con la prudencia y diligencia, aplicando los

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sentencia del 22 de agosto de 2018 – Radicado 46495 – Consejera Ponente María Adriana Marín

procedimientos adecuados, no fue posible evitar las consecuencias funestas que sobrevivieron quizás por la Esferositosis Congénita, que concluyó con el deceso del menor, lo que ocurrió a consecuencia de un caso fortuito, no prevenible ni predecible, pues ni la madre del menor, como responsable de este, sabía que su hijo podía padecer dicha enfermedad.

De lo anterior tenemos que la primera instancia con los múltiples elementos probatorios allegados no advirtió la existencia de una actuación punible por parte del señor DELUQUE ROBLES, razón por la cual las pretensiones económicas de la parte civil tampoco estaban llamadas a prosperar, requisito indispensable para que pueda entenderse la existencia de un daño asimilable a una oportunidad real, cierta y plausible pérdida.

IV. EXCEPCIONES DE MERITO

Los anteriores argumentos configuran para la presente demanda como eximentes excepciones que para el presente caso propongo en ejercicio del derecho de defensa y contradicción que le asiste a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, entidad que represento, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respetuosamente solicito se declaren probadas las siguientes excepciones:

1.- INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURIDICO POR PARTE DE LA RAMA.

Cómo se expuso en el acápite de argumentos para la defensa en el caso concreto, si bien se presentó la prescripción de una acción penal, esto no ocurrió por la negligencia o desidia del juez de conocimiento, pues actuó de una manera diligente, brindando a los sujetos procesales las debidas garantías y cuyas actuaciones se encontraban constantemente dirigidas a lograr un entendimiento técnico que pudiera conducir a la verdad sobre lo realmente ocurrido, teniendo igualmente en cuenta las dificultades del asunto, requiriendo conocimiento específico que no resultó ser concluyente, actuaciones que pueden corroborarse en el expediente aportado por la parte actora, razón por la cual no es posible encontrarse en un escenario de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y por tanto, no puede considerarse como un daño antijurídico.

Asimismo, tampoco se configuran los elementos de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, no encontrándose en una posición apta que le hubiere permitido dentro del elemento aleatorio, acceder a las pretensiones en su momento incoadas.

2. INNOMINADA

De conformidad con el Artículo 187, inciso 2º. Del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicito se declare cualquier otra que el fallador encuentre probada en el curso del proceso.

V. PRUEBAS

a.- Documental: Solicito a su señoría, decretar y tener como pruebas las aportadas con la demanda y que se refieran concretamente a las actuaciones judiciales cuestionadas.

VI. PERJUICIOS RECLAMADOS.

No hay lugar a su reconocimiento con base en los anteriores argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, máxime si se tiene en cuenta que las decisiones adoptadas no se ha demostrado que se hubiere incurrido en una privación injusta de la libertad y esta fuera imputable a la entidad que represento, pues ello no se encuentra acreditado.

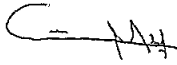
VII. ANEXOS:

1. Poder otorgado por Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
2. Resolución No. 5393 de 16 de agosto de 2017, por la cual el Director Ejecutivo de Administración Judicial delega la función de representación judicial y extrajudicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
3. Resolución No. 3637 del 29 de marzo de 2019, por medio de la cual se hace un nombramiento en encargo.
4. Acta de Posesión de la doctora Maria Claudia Díaz López.

VIII. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Calle 72 No. 7-96 Piso 8°. Tel. 3127011 Ext. 705661 de Bogotá D.C. Buzón electrónico de notificaciones: deajnotif@deaj.ramajudicial.gov.co. Correo electrónico propio institucional: cmejjar@deaj.ramajudicial.gov.co Celular: 310 6253671.

Del honorable Juez,



CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMÍREZ
C.C. No. 80.041.811 de Bogotá
T.P. No. 159.699 del C.S de la J
cmejjar@deaj.ramajudicial.gov.co
Celular: 310 6253671



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 1 de 12

Señor Juez
Doctor JOSE IGNACIO MANRIQUE NIÑO
JUZGADO TREINTA Y CINCO (35) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN TERCERA
E. S. D.

REFERENCIA:

Expediente: 11001333603520180025800
Medio de Control: Reparación Directa
Demandante: SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Demandando: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

MARIA CONSUELO PEDRAZA RODRIGUEZ, mayor de edad, domiciliada en la Ciudad de Bogotá, identificada con la cédula de ciudadanía número 39.616.850 de Fusagasugá, abogada en ejercicio, con Tarjeta Profesional No. 161.966 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando dentro del proceso de la referencia, en calidad de apoderada especial de la Nación - Fiscalía General de la Nación, de conformidad con el poder que se adjunta al presente, con sus respectivos anexos, debidamente otorgado por la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos, debidamente designada mediante oficio 2015150002733, del 4 de abril de 2018, en los términos de la delegación efectuada por el señor **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN**, mediante el artículo 8 de la Resolución No. 0-0303- del 20 de marzo de 2018, de manera respetuosa me dirijo ante este Despacho con el fin se me reconozca personería dentro del presente proceso, y dentro del término de ley procedo a **contestar la demanda**, presentada contra la Fiscalía General de la Nación mediante apoderado por el señor **SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS**, y solicitar en consecuencia se DENIEGUEN LAS PRETENSIONES.

PROBLEMA JURIDICO

Establecer si las entidades demandadas son administrativa y solidariamente responsables de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la falla del servicio, en que incurrieron los servidores públicos, al declararse el día 28 de junio de 2016 extinguida la acción penal y civil en favor del médico JUAN CARLOS DELUQUEQUE, cesar el procedimiento a su favor, y por la posible mora en la etapa de juicio, del proceso que se seguía en contra del mismo por el posible punible de homicidio culposo.

O, por el contrario, existe un eximente a favor de las entidades demandas.

I- OPORTUNIDAD PROCESAL

De conformidad con lo establecido por los artículos 199 del C.P.A.C.A y 612 del C.G.P., y teniendo en cuenta que la demanda fue notificada electrónicamente al correo institucional creado para tal fin jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co, el día 04 de agosto de 2020, se precede a contestar la demanda dentro del término legal establecido para tal fin.

II- A LOS HECHOS DE LA DEMANDA:

Frente a los hechos, narrados por el apoderado de la actora, me permito dar contestación a los mismos de acuerdo en los siguientes términos:



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 2 de 12

HECHOS RELEVANTES:

Se tiene que el los hoy demandantes, iniciaron una acción penal con el fin de establecer las circunstancias que rodearon la muerte de su menor hijo SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS (q.e.p.d), el 15 de Septiembre de 2006, en la Clínica Reina Sofía de la Ciudad de Barranquilla.

Que el 15 de septiembre de 2006 se presentó ante la F.G.N. denuncia penal por parte del señor HAROLD PALMERA ACOSTA por la muerte de su menor hijo; solicitándose la practica de pruebas por parte de Medicinal Legal al cadaver del menor., en esa misma fecha mi representada informó a la Notariosl Circuito de barranquilla el procedimiento adelantado poen el hospital, por lo que solicitó copia del Registro Civil de Defunción del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS.

El 18 de septiembre de 2006 la F.G.N. mediante informe relaciono la inspección y levantamiento del cadáver de la menor, relatando los hechos y solicitando que la actuacion fuera remitida a la Fiscalía Seccional de Santa Marta por economía procesal, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en dicha ciudad.

El 18 de marzo de 2016, el Juez Penal de Conocimiento Absuelve al Dr. JUAN CARLOS DELUQUE de punible de Homicidio Culposo, decisión que fue apelada el 6 de abril de 2016 por el hoy demandante.

El 28 de junio de 2016, El Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Penal, declaró extinguida la acción penal y civil a favor del Dr. JUAN CARLOS DELUQUE, y ordenó la cesación de procedimiento. Y ordenó compulsar copias ante el Consejo Seccional para investigar la posible mora en la etapa de Juicio.

Los demás hechos son Apreciaciones de Caracter subjetivo realizadas por el apoderado del demandante de las cuales estoy relevada a pronunciarme.

III- DE LAS PRETENSIONES Y CONDENAS

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación se enmarcaron siempre en las descritas en el Artículo 250 de la Carta Política; las disposiciones legales, dentro de éstas el Estatuto Orgánico de la misma Entidad y las disposiciones tanto sustanciales como procedimentales penales vigentes para la época de los hechos.

En cuanto los perjuicios solicitados. Señala la doctrina, que para una condena por responsabilidad administrativa prospere, no sólo se debe demostrar el daño, sino que los perjuicios deben ser ciertos y a causa de una acción u omisión de la demandada.

Como reglas básicas para que un perjuicio sea indemnizable, no podemos perder lo que la doctrina y la jurisprudencia¹, han señalado no sólo en torno a los requisitos, sino la prueba de cara a un juicio de responsabilidad patrimonial:

1.- El diccionario de la Real Academia Española, vigésima primera edición, ha definido la acción de **dañar** como "*Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia*", y por **daño**, "*Detrimento o destrucción de los bienes*."

2.- El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque "*el demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 6 de febrero de 1992, expediente 6030

respaldo probatorio”, que por demás no pueden ser valoradas “como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal le correspondía al demandante

De acuerdo con lo anterior, procedo a analizar directamente si existe prueba de los perjuicios reclamados por la parte actora.

Perjuicios Inmateriales:

Perjuicios morales.

Se tiene que, en cuanto a la acreditación de parentesco de los demandantes SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA y OTROS, éste deberá ser analizado por el Honorable Juez al momento de proferirse decisión de Fondo en el presente proceso, al igual que la relación afectiva existente entre los terceros damnificados (primos, tías y demás parientes) y los demás demandantes.

Si bien para este tipo de perjuicios opera una presunción, también lo es la medida del demandante en su reclamo, con lo cual pongo de presente, que se ha desconocido el criterio Jurisprudencial en relación con el resarcimiento de perjuicios, los cuales se deben tasar no solo en virtud al grado de consanguinidad; sino de medio probatorio requerido.

Daño a la vida en relación y perjuicios a las condiciones de existencia:

El daño a la vida de relación afecta la órbita existencial exterior de una persona como consecuencia de la alteración de sus intereses vitales por la lesión de sus derechos de la personalidad o de otro bien jurídicamente tutelable. En virtud de ello, siendo que al plenario no se aportó prueba sobre circunstancias, que afecten el normal desarrollo de la vida de los demandantes y en qué consistió la alteración a las condiciones de existencia y como tal no está probado, un cambio en sus relaciones con el mundo exterior o en sus actividades. Me opongo a su reconocimiento por cuanto no se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral.

Esta errada la apreciación cuando el demandante pretende que este perjuicio se le pague como perjuicio material, pues el perjuicio material se divide en lucro cesante y daño emergente.

No se aportó prueba que permita establecer la existencia de perjuicios materiales

En conclusión: El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque *“el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”*, que por demás no pueden ser valoradas como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal le correspondía al demandante.

Así que al no cumplir con la carga que le correspondía de acreditar el daño material, solicito negar su reconocimiento.

Llama la atención, que la actora se abstuvo de centrar los pretendidos daños en conceptos concretos y de puntualizar en qué consistieron los perjuicios, enunciándolos y cuantificándolos uno a uno, para someterlos a la controversia y a la ponderación.

Como se colige del repaso de su demanda y de su actitud probatoria, la demandante SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA, abandonó su carga demostrativa, por el contrario, pareciera que está a la espera de lo que brote con sus meras enunciaciones.

Con lo cual, me opongo al reconocimiento de todos los perjuicios pues su falta de la descripción circunstanciada de los perjuicios, esto es: de qué se trató cada perjuicio, sobre qué recayó el daño, en qué tiempo, en qué cuantía, con qué personas naturales o jurídicas singularizadas puede



FISCALIA
GENERAL DE LA NACION

SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 4 de 12

respaldarlas, en fin, brindando los detalles que especifiquen esos perjuicios, provoca que el panorama descrito por el accionante sea difuso y hace imposible materializar justificadamente su pretensión.

Así que entonces, conceder perjuicios con la sola afirmación en la demanda, resulta un despropósito, porque en momento alguno estas vulneraciones no deben ser presumidas, sino demostradas.

IV PRUEBAS

Sírvase señor Juez tener como tales las aportadas en el proceso, teniendo en cuenta que al apoderado del demandante en el acápite de V PRUEBAS, solicita se tengan por su valor las 926 pruebas relacionados, en caso que las mismas hayan sido aportadas en su totalidad, y en la oportunidad pertinente de acuerdo con su sana sean valoradas.

V FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

SINTESIS DEL CASO:

La señora **SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS**, acudieron a la acción de reparación directa para que le fuera indemnizado los perjuicios inmateriales y morales causados la presunta falla del servicio en que ocurrieron los servidores públicos al declararse extinguida la acción penal y civil, cesación de procedimiento dentro del proceso seguido en contra del médico JUAN CARLOS DELUQUE, por el punible de homicidio culposo por la muerte del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS el 15 de septiembre de 2006 en la Clínica Reina Sofía de la ciudad de Barranquilla.

ACTUACIONES DE DERECHO:

Visto el anterior marco factico, se entra a dilucidar las actuaciones proferidas por la Fiscalía dentro del proceso adelantado en contra del médico JUAN CARLOS DELUQUE, como presunto autor de la conducta punible de HOMICIDIO CULPOSO, para determinar si existe falla en el servicio imputable a la F.G.N., al declararse la extinción de la acción penal y civil y la consecuente cesación de procedimiento.

DE LOS CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA:

Si bien es cierto, la demandante está pretendiendo edificar la responsabilidad administrativa en la providencia del 28 de junio de 2016, que declaró la extinción de la acción penal y civil y la cesación de procedimiento a favor del médico JUAN CARLOS DELUQUE, frente a delito endilgado, también lo es que ellos deben satisfacer a plenitud los elementos estructurales de la responsabilidad Estatal, a saber el daño antijurídico e imputación fáctica y jurídica; pudiéndose en ese análisis, extraer evidentes circunstancias que conlleven a la existencia de causales exonerativas de responsabilidad.

Es de tenerse en cuenta que los hechos que dieron lugar a la investigación en la que se vio inmerso el galeno tuvo su génesis, como se desprende del **hecho 7 de la demanda** el 15 de septiembre de 2006, cuando el menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTERO, hijo de los hoy demandantes SILVIA ESTHER BALLESTERO ARMENTA y HAROLD PALMERA ACOSTA, murió el 15 de septiembre de 2006 en la Clínica Reina Sofía de la Ciudad de Barranquilla.

Hechos que fueron denunciados el **15 de septiembre de 2006** por el padre del menor fallecido, se dio inició a la correspondiente investigación penal con el fin de establecer las circunstancias de la muerte del menor y los posibles responsables de la misma, .



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 5 de 12

En esa misma fecha mi representada, la práctica de pruebas por parte de Medicinal Legal al cadáver del menor; e informó a la Notarios Circuito de Barranquilla el procedimiento adelantado en el hospital, por lo que solicitó copia del Registro Civil de Defunción del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS, hechos 16, 17.

El **18 de septiembre de 2006** la F.G.N. mediante informe relaciono la inspección y levantamiento del cadáver de la menor, relatando los hechos y solicitando que la actuación fuera remitida a la Fiscalía Seccional de Santa Marta por economía procesal, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en dicha ciudad, hecho 18.

Tal como se desprende del acervo probatorio aportado por la demandante, la F.G.N., a través de su delegada realizó las siguientes actuaciones principales entre enero de 2007 al 27 de abril de 2011, así:

1. Oficios solicitando la comparecencia de los denunciados, para ampliación denuncia; solicitud de identificación e individualización de los médicos MARITZA MARTINEZ y LUIS DELUQUE; solicitud a medicina legal solicitando informe sobre las causas de muerte del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS.
2. Diligencia de inspección judicial realizada en las instalaciones de la clínica de la Mujer en la ciudad de Santa Marta, por parte de la F.G.N. a través de su delegada de la señora
3. Recepción de Declaraciones juramentadas de SILVIA BALLESTEROS y HAROLD PALMERA ACOSTA el 15 de enero de 2007
4. Informe fotográfico, solicitudes de copia de la historia clínica del menor JOSE SEBASTIAN PALMERA BALLESTEROS a la Clínica el Prado.
5. Informe de Individualización del 31 de enero de 2007, en el cual se informa que se logró individualizar a los médicos que participaron en la intervención quirúrgica del menor SEBASTIAN PALMERA.
6. Apertura de instrucción del 18 de mayo de 2007 en contra de los Doctores MARITZA MARTINEZ y JUAN DE LUQUE, por el posible delito de Homicidio Culposo del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS,
7. Citaciones con fecha del 05 de junio de 2007, al Dr. JUAN DE LUQUE, a la SRA. SHIRLEY CARBONO MANZANO, Dr. MANUEL VIVES, a la Sra. NURYS CUELLO DE FUENTES, Sra. ALMA POLO RINCONES, a la Sra. SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA, al Sr. AROLD PALMERA ACOSTA,
8. Oficio del 05 de junio de 2007, dirigido Al Jefe Grupo Interinstitucional de Homicidio C.T.I, en el cual se solicita colaboración para identificar e individualizar a los doctores de nombre LINA y otro de apellido GUIDO
9. Oficio del 05 de junio de 2007, dirigido al Director Seccional D.A.S en el cual se solicita informar si existen anotaciones de carácter penal de los señores MARITZA MARTINEZ y JUAN DE LUQUE.
10. Oficio 05 de junio de 2007, dirigido al Director Instituto Medicina Legal Regional Norte, en el que solicita se envíe el informe de si al menos al menor SEBASTIAN PALMERA se le realizaron *"...estudios de Histopatología de muestras tomadas en la necropsia, de ser así dictaminar si se encontró Hepatoesplenomegalia y bazo hemorrágico"* y envío del resultado de los mismos, y en caso de no haberse realizado la toma de mismos informar las razones.
11. El 20 de junio de 2007 se lleva a cabo la diligencia de ampliación de declaración jurada rendida por el señor HAROLD PALMERA ACOSTA en la que relata el lugar, las complicaciones del nacimiento de SEBASTIAN y los hechos ocurridos el día de la operación del mismo.
12. El 20 de junio de 2007, es escuchada en ampliación de declaración jurada la Sra. SILVIA BALLESTEROS ARMENTA madre del menor fallecido, en la que relató los hechos sucedidos el día de su nacimiento hasta el día de la muerte del menor.
13. El 12 de julio de 2007, mi representada escucha en declaración juramentada a ILMA POLO RINCON quien manifestó que fue la enfermera que atendió a SEBASTIAN después de su cirugía el día 31 de agosto de 2006 en la sala postoperatoria, explica los procedimientos a seguir después una intervención quirúrgica y las complicaciones que presentó el menor en sala de recuperación.



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 6 de 12

14. El 11 de julio de 2007 rindieron declaraciones juradas de: SHIRLEY KATIA CARBONO, SHIRLEY CARBONO MANZANO, MANUEL FRANCISCO VIVES PEREZ, dando a conocer de los hechos acontecidos con el menor SEBASTIAN PALMERA como simple espectadora de los hechos ocurridos el 31 de agosto de 2016.
15. En la Etapa instructiva se ordenó la práctica de dictamen pericial por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bogotá acerca de la causa de la muerte de menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS, el cual fue rendido el 1 de diciembre de 2008.
16. **El 13 de diciembre de 2010**, la F.G.N, a través de su delegada calificó el mérito del sumario y presentó escrito de acusación el cual quedo ejecutoriado el **27 de abril de 2011**.
17. Ejecutoriada la resolución de acusación correpondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.
18. El Juzgado 1° Penal del Circuito de Santa Marta absolvió al al médico JUAN CARLOS DE LUQUE ROBLES en aplicación del Principio Indubio pro reo, por el delito investigado de homicidio culposo **el 18 de marzo de 2016**.
19. **El 18 de junio de 2016** el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Penal del Magdalena declaró extinguida la acción penal y civil por prescripción de la acción penal y ordeno la cesación de procedimiento a favor de JUAN DELUQUE ROBLES.

Se tiene entonces, que el proceso penal adelantado en contra del señor JUAN DELUQUE ROBLES por el delito de HOMIDICIO CULPOSO, declaró extinguida la Acción Penal a favor del ALLÍ PROCESADO, prescribió en la etapa de juicio, tal como se desprende de la sentencia del 28 de junio de 2016.

En este orden de ideas, siendo evidente que la terminación de la acción penal por prescripción obedeció a causas propias del procedimiento y no por un funcionamiento anormalmente deficiente por parte de los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, como lo pretende demostrar el apoderado de la parte actora, en la demanda presentada, esto deja sin hacer, el nexo causal que puede convertir a mi demandada en centro de imputación patrimonial por responsabilidad administrativa.

Los procesos, y en especial lo penales, cuentan con términos perentorios, en la garantía de los derechos fundamentales, y cabe señalar como lo expone el doctrinante Martínez Ravé, en su obra de Procedimiento Penal Colombiano, Folios 92 y 93: “ *El término de prescripción de la acción penal se cuenta a partir del momento de la consumación del hecho punible si se trata de delito instantáneo y desde la perpetración del último acto en los delitos tentados o permanentes.*”

Como garantía fundamental dentro de un proceso penal, no puede mantenerse sub judice a las personas y sus bienes, ya que con ésta situación no se garantizaría el debido proceso como derecho fundamental, que se encuentra amparado en el artículo 29 superior.

No se puede imputar un daño antijurídico a mi representada en ausencia de los elementos que lo estructuran, teniendo como fundamento las decisiones que se encuentran armonizadas al procedimiento establecido, sin embargo, el desarrollo y puesta en marcha de nuevas competencias y jurisdicciones, amparadas en la Constitución Nacional, no genera por sí responsabilidad patrimonial por falla en el servicio de administración de justicia.

En consecuencia, la apreciación de los elementos que tuvo el instructor en sus diferentes etapas del proceso, estuvieron orientados por el derecho sustancial, como por el de procedimiento, ya que la adecuación típica con todos los elementos de análisis y de consumación temporo espacial, se ajustaron a la naturaleza del delito investigado en su descripción legal, a los sujetos, la conducta, el objeto material, los elementos normativos, y su perfeccionamiento, como los de aplicación de términos judiciales que garantizaron el debido proceso y la defensa.

Así las cosas para precisar que puede hablarse de falla en el servicio, es necesario la comparecencia de ciertos elementos:



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 7 de 12

1. Una falla en el servicio, por omisión, prestación defectuosa o tardía del servicio.
2. Un daño causado al particular en su persona o en sus bienes
3. Relación de Causalidad entre la falla o falta del servidor y el daño.

Basta con hacer mención a una de las innumerables sentencias del Consejo de Estado, en donde podemos concluir que es al actor quien debe probar la falla, si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó. **Sentencia del Consejo de Estado, Magistrado Ponente : Carlos Betancur Jaramillo, expediente No. 8485(..) Cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que PROBARSE ESA IRREGULARIDAD, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse POR LAS REGLAS DE LA CARGA PROBATORIA. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración no tenía porque soportarlo. Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en que forma debió haber cumplido el Estado con su obligación ; qué era lo que a ella debería exigírsele ; y, solo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende...(..)**

Para precisar nuevamente, me permito transcribir el concepto de **FALLA DEL SERVICIO**. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que la falla ha de ser tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como **anormalmente deficiente**. (sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de agosto de 1994. M.P: Carlos Betancur Jaramillo). Citada anteriormente.

Lo anterior fue manifestado en los siguientes términos:

(...) "La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como anormalmente deficiente"(...).

Uno de los elementos de la responsabilidad que considero importantes destacar, es el nexo causal que debe existir entre el hecho y el perjuicio. Al mismo se refirió el profesor **ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ**, "Hay relación de causalidad cuando el hecho - o la omisión - doloso o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin el este no se hubiera producido" (De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil Chileno. T.I segunda edición Pg. 241).

En es punto es preciso aclarar que el nexo causal existente en la presunta falla del servicio y el error jurisdiccional resultante de la actuación de la entidad que represento carece de hacedero, ya que para que se configure el daño dentro del error judicial debe ser objeto de una resolución proferida dentro de las actuaciones judiciales, y tanto así que la actuación del instructor de primera instancia como su superior jurisdiccional actuaron conforme a las normas de procedimiento penal desarrolladas dentro de postulados constitucionales.

Se aprecia que los fiscales de conocimiento fueron diligentes en su actuar, investigando tanto lo favorable como desfavorable a los procesados, existiendo suficiente impulso procesal en el cual se tomaron las decisiones que correspondía y nunca fue dilatado o demorado el proceso por la Fiscalía, como lo pretende hacer creer la parte actora.

Resulta entonces claro, Señor Juez a la luz de los criterios jurisprudenciales descritos y del análisis de los hechos que son materia de debate procesal, la absolución del médico JUAN CARLOS

DELUQUE ROBLES, fue una decisión proferida dentro del marco de la ley represora y tuvo como fundamento las pruebas allegadas a la investigación penal.

Como garantía fundamental dentro de un proceso penal, no puede mantenerse sub judice a las personas y sus bienes, ya que con ésta situación no se garantizaría el debido proceso como derecho fundamental, que se encuentra amparado en el artículo 29 superior.

No se puede imputar un daño antijurídico a mi representada en ausencia de los elementos que lo estructuran, teniendo como fundamento las decisiones que se encuentran armonizadas al procedimiento establecido, sin embargo, el desarrollo y puesta en marcha de nuevas competencias y jurisdicciones, amparadas en la Constitución Nacional, no genera por sí responsabilidad patrimonial por falla en el servicio de administración de justicia.

En consecuencia, la apreciación de los elementos que tuvo el instructor en sus diferentes etapas del proceso, estuvieron orientados por el derecho sustancial, como por el de procedimiento, ya que la adecuación típica con todos los elementos de análisis y de consumación temporo espacial, se ajustaron a la naturaleza del delito investigado en su descripción legal, a los sujetos, la conducta, el objeto material, los elementos normativos, y su perfeccionamiento, como los de aplicación de términos judiciales que garantizaron el debido proceso y la defensa.

Así las cosas para precisar que puede hablarse de falla en el servicio, es necesario la comparecencia de ciertos elementos:

1. Una falla en el servicio, por omisión, prestación defectuosa o tardía del servicio.
2. Un daño causado al particular en su persona o en sus bienes
3. Relación de Causalidad entre la falla o falta del servidor y el daño.

Basta con hacer mención a una de las innumerables sentencias del Consejo de Estado, en donde podemos concluir que es al actor quien debe probar la falla, si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó. **Sentencia del Consejo de Estado, Magistrado Ponente : Carlos Betancur Jaramillo, expediente No. 8485(..) Cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falla del servicio en el lenguaje corriente) tendrá que PROBARSE ESA IRREGULARIDAD, salvedad hecha de los eventos en que esa falla se presume. En ambas hipótesis ese primer presupuesto de la responsabilidad deberá gobernarse POR LAS REGLAS DE LA CARGA PROBATORIA. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, el acreedor, como es apenas lógico, deberá demostrar el daño y el porqué, pese a ser legal la actuación de la administración no tenía porque soportarlo. Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en que forma debió haber cumplido el Estado con su obligación ; qué era lo que a ella debería exigírsele ; y, solo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende...(..)**

Para precisar nuevamente, me permito transcribir el concepto de **FALLA DEL SERVICIO**. Al respecto la jurisprudencia ha señalado que la falla ha de ser tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como **anormalmente deficiente**. (**sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, 5 de agosto de 1994. M.P: Carlos Betancur Jaramillo**). Citada anteriormente.

Lo anterior fue manifestado en los siguientes términos:

(...) "La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como

anormalmente deficiente"(...).

Uno de los elementos de la responsabilidad que considero importantes destacar, es el nexo causal que debe existir entre el hecho y el perjuicio. Al mismo se refirió el profesor **ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ**, "*Hay relación de causalidad cuando el hecho - o la omisión - doloso o culpable es la causa directa y necesaria del daño, cuando sin el este no se hubiera producido*" (*De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil Chileno. T.I segunda edición Pg. 241*).

En es punto es preciso aclarar que el nexo causal existente en la presunta falla del servicio y el error jurisdiccional resultante de la actuación de la entidad que represento carece de hacedero, ya que para que se configure el daño dentro del error judicial debe ser objeto de una resolución proferida dentro de las actuaciones judiciales, y tanto así que la actuación del instructor de primera instancia como su superior jurisdiccional actuaron conforme a las normas de procedimiento penal desarrolladas dentro de postulados constitucionales.

Resulta entonces claro, Señor Juez a la luz de los criterios jurisprudenciales descritos y del análisis de los hechos que son materia de debate procesal, que la demandante pretende se le reconozcan perjuicios por la muerte de su menor hijo SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS, por una falla del servicio, que no es imputable a mi representada.

Visto lo anterior, tenemos que los demandantes tuvieron acceso a la administración de justicia, pues se inició el correspondiente proceso penal en contra de los sindicados de la muerte menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS.

El hecho que se adelante un proceso penal en contra de una persona para el caso en concreto en contra de los sindicados de la muerte del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS, no garantiza que la decisión de fondo o sea el fallo, tenga que ser absolutorio o condenatorio, para el caso en concreto fue absolutorio en cuanto al delito de explotación ilícita de yacimiento minero y prescribió frente a los delitos de homicidio culposo en concurso y contaminación ambiental.

Por lo tanto, no existe la pérdida de oportunidad que pretende el demandante.

La Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que el daño por pérdida de oportunidad constituye el cercenamiento de una ocasión aleatoria que tenía una persona de obtener un beneficio o de evitar un deterioro. En el caso de la posibilidad benéfica, si bien no es posible vislumbrarla con toda certeza y sin margen de duda que se hubiese materializado en la situación favorable esperada, no se puede desconocer que existía una probabilidad considerable de haberse configurado la misma.

También, la sala precisó que esta pérdida de oportunidad es un daño autónomo, el cual demuestra que no siempre comporta la vulneración de un derecho subjetivo, toda vez que la esperanza de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor forma un bien jurídicamente protegido, cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con exclusión del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño.

Diferencia entre daño por dificultad al obtener beneficio o evitar una pérdida y pérdida de una probabilidad

Según la providencia, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado y la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantiza el resultado esperado, pese a que estaba dispuesto a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización.

De igual forma, precisó que para que resulte procedente indemnizar la pérdida de una oportunidad se requiere que la ocasión sea cierta y exista, ya que si se trata de una posibilidad muy genérica se estará en presencia de un daño hipotético o eventual, que no resulta indemnizable.

Por ello advirtió que para que pueda acreditarse la existencia del daño el demandante deberá probar que “el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla”

Requisitos para considerar la pérdida de oportunidad como daño indemnizable

1. *Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio*
2. *Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento.*
3. *La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir, debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento del hecho dañino, en una situación fáctica y jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba (C.P.: Danilo Rojas Betancourth) Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 630012331000200300261 (38267), May. 31/16*

Por lo anterior mente expuesto solicito al Señor Juez, se sirva negar las pretensiones de la demanda

VI EXCEPCIONES

No obstante todo lo anteriormente expuesto, respetuosamente me permito proponer las siguientes excepciones:

INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

El artículo 90 de la Carta Política determina que el Estado responderá patrimonialmente por daños, pero no cualquier clase de daños, en ella se señala expresamente que son los denominados ANTIJURÍDICOS, agregando además “*que le sean imputables*”, causados ya sea por acción o por omisión de las autoridades públicas.

Así, la responsabilidad estatal está construida a partir de la consideración de antijuridicidad de la conducta o actividad del agente público, carente de título jurídico válido y que excede las obligaciones que debe soportar el individuo como integrante de la sociedad.

INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL con la Fiscalía General de la Nación, en razón a que como se ha manifestado anteriormente no se presentó falla en el servicio por parte de la Fiscalía General de la Nación. Y por la inexistencia del daño que dice el demandante le fue ocasionado, ni mucho menos indicó ni se encuentra probado en que consistió el error judicial.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente podemos concluir que no hay nexo sustancial entre las partes con ocasión del presunto daño producido, es decir, que el proceso penal seguido en contra de JOSE GREGORIO ROJAS ACOSTA; por cuanto la prescripción de la acción penal, por el punible de concierto para delinquir ocurrió en la etapa de juicio.

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habrá que decir que éste, se produce en las actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.

En este orden de ideas, es necesario aclarar que el demandante no manifiesta ni argumenta en qué actuación del proceso está fundado el título de imputación “defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error judicial, la falla del servicio que pretende asignarle a la Fiscalía General de la Nación.



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 11 de 12

FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN JUECES POR EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO:

A raíz de los sucesos antes descritos, se dio inició a la correspondiente investigación penal, apertura de instrucción el **18 de mayo de 2007** en contra de los Doctores MARITZA MARTINEZ y JUAN DE LUQUE, por el posible delito de Homicidio Culposo del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS,

El 13 de diciembre de 2010, la F.G.N, a través de su delegada calificó el mérito del sumario y presentó escrito de acusación el cual quedo ejecutoriado el **27 de abril de 2011**.

Ejecutoriada la resolución de acusación correpondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

El Juzgado 1° Penal del Circuito de Santa Marta absolvió al al médico JUAN CARLOS DE LUQUE ROBLES en aplicación del Principio Indubio pro reo, por el delito investigado de homicidio culposo el **18 de marzo de 2016**.

El 18 de junio de 2016 el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Penal del Magdalena declaró extinguida la acción penal y civil por prescripción de la acción penal y ordenpo la cesación de procedimiento a favor de JUAN DELUQUE ROBLES.

De lo anterior se colige que la prescripción del punible en mención ocurrió en instancias diferentes a las propias en las que actuó la Fiscalía General de la Nación, evidenciándose así que el ente investigador no fue el responsable de que se configurara la prescripción de la acción, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la Fiscalía quede EXIMIDA de responsabilidad frente a una configuración por falla del servicio por detención injusta a raíz de la prescripción, pues ésta se dio en instancias donde intervenía el Juez de instancia, imputándose exclusivamente a estos la supuesta responsabilidad.

De acuerdo con la sentencia citada, y en lo relacionado con la legitimación en la causa por pasiva, independientemente de la titularidad de la acción penal que ejerce la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de investigación de acuerdo con la Ley 600 de 2000, los demandantes sustentan sus pretensiones para indemnización, en la falla del servicio de que fueron víctimas y este daño antijurídico, como quedó demostrado, no lo causo la Fiscalía General de la Nación.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal ley 599 de 2000, “La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)”.

Mi representada aperturó de instrucción el **18 de mayo de 2007** en contra de los Doctores MARITZA MARTINEZ y JUAN DE LUQUE, por el posible delito de Homicidio Culposo del menor SEBASTIAN JOSE PALMERA BALLESTEROS,

El 13 de diciembre de 2010, la F.G.N, a través de su delegada calificó el mérito del sumario y presentó escrito de acusación el cual quedo ejecutoriado el **27 de abril de 2011**.

Ejecutoriada la resolución de acusación correpondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta.

El Juzgado 1° Penal del Circuito de Santa Marta absolvió al al médico JUAN CARLOS DE LUQUE ROBLES en aplicación del Principio Indubio pro reo, por el delito investigado de homicidio culposo el **18 de marzo de 2016**.



SILVIA ESTHER BALLESTEROS ARMENTA Y OTROS
Rad. 11001333603520180025800
Ekogui 2133585
JL 42543

Página 12 de 12

El 18 de junio de 2016 el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala de Decisión Penal del Magdalena declaró extinguida la acción penal y civil por prescripción de la acción penal y ordeno la cesación de procedimiento a favor de JUAN DELUQUE ROBLES.

De lo anterior se establece que la prescripción de la acción penal no ocurrió en la etapa de investigación. La Fiscalía General de la Nación dio cabal cumplimiento a los términos establecidos en la Ley 599 de 2000.

En cuanto a la **falla del servicio de la administración de justicia**, habrá que decir que éste, se produce en las actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.

En este orden de ideas, es necesario aclarar que el demandante no manifiesta ni argumenta en qué actuación del proceso está fundado el título de imputación “**falla del servicio -defectuoso funcionamiento de la administración de justicia**”, que pretende asignarle a la Fiscalía General de la Nación.

Con base en lo anterior, muy respetuosamente solicito al señor Juez NEGAR, las pretensiones de la demanda

VII- ANEXOS:

- Poder para actuar.
- Fotocopia de la Resolución No. 0-0303 del 20 de marzo de 2015.
- Fotocopia Oficio 20181500002733 del 4 de abril de 2018.
- Fotocopia de la resolución de nombramiento y del acta de posesión de la Coordinadora Unidad de Defensa Jurídica – Dirección de Asuntos Jurídicos.
- Fotocopia de la resolución de nombramiento y del acta de posesión de la suscrita.

VIII -NOTIFICACIONES

El correo electrónico para notificaciones judiciales, comunicaciones, citaciones, traslados o cualquier otra actuación que se realice a través de un mensaje de datos es jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co; el correo institucional de la suscrita apoderada es maria.pedraza@fiscalia.gov.co,

Del Señor Juez,

Cordialmente,

MARÍA CONSUELO PEDRAZA RODRIGUEZ
C.C. No. 39.616.850 de Fusagasugá
T.P. 161.966 del C.S. de la J.
3102060703

2-10-2020