



Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de septiembre de dos mil dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-013-2015-00491-01
Demandante	WILBER BERRIO PEÑA Y OTROS
Demandado	NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN- INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL
Tema	<i>Daño causado por la administración de justicia por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia- Prescripción de la acción penal-Prescripción de la acción civil en el proceso penal ligada a la prescripción del proceso penal.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión No. 004¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada Fiscalía General de la Nación², contra la sentencia del 29 de junio de 2018³, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda⁴

3.1.1.Pretensiones⁵:

En ejercicio de la presente acción, los demandantes elevaron las siguientes pretensiones:

1. El demandado es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los señores WILMER BERRIO PEÑA y MARTHA CECILIA ECHEVERRI ANAYA, por la pérdida de oportunidad para obtener la reparación dentro del proceso penal por homicidio culposo en el cual el demandado actuó en forma negligente e incuriosa dando lugar a la prescripción de la acción penal a favor de los procesados.

1.2. Condenar a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, como reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Fols. 860-871 cdno 5

³ Fols. 842-855 cdno 5

⁴ Fols. 1-8

⁵ Fols. 1



orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estimaran en el acápite de la cuantía por cada uno de las demandantes, por pérdida de oportunidad derivada de la negligencia e incuria en que incurrió el demandado, dando lugar a la configuración de la prescripción de la acción penal y de la acción civil dentro del proceso penal en la etapa de investigación previa de la Ley 600 de 2000.

1.3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el C.P.A.C.A.

1.4. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de la norma en cita.

1.5. Condénese en costas a la parte demandada”.

3.1.2. Hechos⁶

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El menor Jean Carlo Berrio Echeverri, el día 6 de junio de 2006 fue diagnosticado con distrofia muscular, sometido a cirugía ambulatoria de biopsia de nervios periféricos (sural), en el Hospital de Bocagrande esta ciudad.

Indicó que, en medio de la intervención surgió una grave complicación por mala profilaxis ^{sic} médica por parte del anesthesiólogo, lo que produjo un paro cardiorrespiratorio, siendo sedado e ingresado a cuidados intensivos, produciéndose su deceso el 7 de julio producto de un paro cardiorrespiratorio.

Con ocasión de lo anterior, la madre del menor presentó denuncia penal ante la Fiscalía Seccional Cartagena, asignada a la Seccional 06 con radicado 203223, aprehendiendo el conocimiento por Resolución del 29 de agosto de 2006.

El 12 de septiembre de 2006, rindió declaración la madre del menor y posteriormente, el 19 de septiembre el señor Leonardo Domínguez de la Ossa. En esta última fecha, la madre interpone demanda de parte civil.

El 29 de septiembre de 2006. El CTI rinde informe 651 GIDES, el cual arrojó como conclusiones que, al menor se le aplicó anestesia general, se infiltró con xilocaina y se aplicó dipirona, muriendo en postoperatorio de biopsia de nervio sural, hizo cuadro de ácidos metabólica terminando en falla multiorganica.

El 22 de diciembre de 2006, la madre del menor amplió su declaración, ordenando el 31 de enero de 2007 las declaraciones de los médicos participantes en el procedimiento médico.

⁶ Fols.1-3



En esta última fecha se rinde el informe complementario del 651 GIDES, en donde se concluye que, como se aplicó anestesia general no era necesario infiltración local con anestésico.

El 14 de junio de 2007, se comisionó a MEDICINA LEGAL para lo de su competencia conforme a lo ordenado por el Fiscal Seccional 06 de Cartagena, ante la morosidad para dar la respectiva respuesta a los cuestionamientos realizados, siendo requerido en más de 4 oportunidades. El 18 de abril de 2008, la demandante presentó derecho de petición a Medicina Legal por la mora en el cumplimiento de la comisión ordenada desde julio de 2007.

Para el 01 de octubre de 2008, el expediente se había remitido a la FISCALIA SECCIONAL 4 DE CARTAGENA, quien requirió a Medicina Legal para la devolución de folios que faltaban en el expediente que se había remitido desde el 19 de junio de 2007. Concluyendo que la investigación previa permaneció en el despacho del FISCAL SECCIONAL 06 DE CARTAGENA, sin ninguna actividad procesal conducente por más de 2 años, notándose una clara falla en la prestación del servicio de justicia por parte de ese despacho.

El 12 de mayo de 2010, es decir casi dos años más tarde se cambió la radicación a la FISCALIA SECCIONAL 15 DE CARTAGENA, es decir 2 años más sin impulsar la investigación previa, notándose una clara falla en la prestación del servicio de justicia por parte de ese despacho. El 06 de septiembre de 2011, se ordenan las versiones libres de ROQUE SAUL PALOMINO FIGUEROA y ALBERTO MENDEZ SILVA, rendidas el 22 de diciembre del 2011. El 22 de octubre de 2010, se presentó demanda de parte civil por parte de la Dra. SHILA MARGARITA QUINTERO SANTOS.

El 01 de diciembre de 2010, es admitida la demanda de parte civil dentro de la investigación previa. El 31 de julio de 2013, nuevamente se cambia la radicación del proceso y se envía a la FISCALIA SECCIONAL 29 DE CARTAGENA. EL 01 de agosto de 2013, el fiscal decide dar aplicación al fenómeno jurídico de la PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, solicitándose a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN una agencia especial en atención a que se avecinaba la PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, e igualmente se requirió al despacho en tal sentido.

Relata que, el término prescriptivo se cumplió y el proceso penal culminó por PRECLUIR LA INVESTIGACION PREVIA y se decidió absolver a los sindicados por el homicidio del menor JEAN CARLOS BERRIO ECHEVERRI, produciéndose una denegación de justicia y limitando el acceso a la administración de la misma.

Ante lo anterior, los accionantes instauraron ACCIÓN DE TUTELA contra la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, la cual no accedió al reconocimiento de

los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, pero indicó al accionante la necesidad de acudir ante la jurisdicción administrativa para ejercer el medio de control de reparación directa.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Fiscalía General de la Nación⁷

Se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que existe un carácter incierto de los resultados del proceso penal surtido contra los médicos que participaron en el procedimiento médico, pues el proceso penal solo llegó a la etapa de la investigación previa, faltándole todavía la investigación y el juicio. Los implicados todavía se encontraban en posibilidad de argumentar y probar la existencia de alguna causal eximente de responsabilidad, de atipicidad de la conducta, de ausencia de autoría o de inexistencia del hecho punible, argumentos que debía resolver el Juez en su debida oportunidad.

Agregó que, tampoco es dable afirmar el carácter inexorable de la condena civil en el marco del mencionado proceso penal, pues ella se encontraba supeditada a lo que hubiere encontrado probado el juez de la causa. De acuerdo a las pruebas hasta este momento allegadas a la actuación, fuerza concluir que no existe ningún tipo de relación de causalidad entre la existencia del hecho (falla del servicio), las declaratorias y condenas pretendidas en la demanda, por lo que tampoco resulta viable el reconocimiento de indemnización alguna.

Aclaró que, que al interior de la investigación no se apreció violación de plazos que justifiquen despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, pues no se incurrió en omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio imputable a la Fiscalía General de la Nación, por lo que no resulta viable predicar dichos hechos como constitutivos de faltas o fallas en el servicio de administración de justicia. Que efectivamente hay que analizar las reales circunstancias que rodean una actuación jurisdiccional, teniendo presente que existen moras justificadas, y que los términos no son matemáticos como lo pretende señalar la parte actora. Citó la sentencia T-1154 de 2004 de la Corte Constitucional en la que se refiere a la prueba de la mora judicial.

Concluyó aduciendo que, la actividad de la Fiscalía se enmarcó dentro de los parámetros legales y se ajustó a sus obligaciones constitucionales, entre ellas recaudar el material probatorio suficiente para proferir resoluciones sustentadas en hechos probados, así como permitir a los sujetos procesales la oportunidad de recurrir sus decisiones en garantía del derecho al debido proceso.

⁷ Fols. 745-763 cdno 4

Como excepciones propuso las siguientes: (i) culpa exclusiva de la víctima; (ii) hecho de un tercero; (iii) falta de nexo causal ; y (iv) genérica.

3.2.2. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁸

Manifestó que acuerdo a la demanda, el actor basa la acusación de falla del servicio atribuible a la entidad en la demora en la remisión del informe pericial que fue solicitado y comunicado con oficio No. 344 de 19 de junio de 2007, al cual se le dio el procedimiento establecido en el Instituto cuando no cuenta con personal con la especialidad requerida, por lo que se pidió el apoyo de la facultad de medicina de la Universidad de Cartagena.

Una vez se recibió respuesta de dicha universidad resolviendo el cuestionario relacionado con el manejo realizado al paciente Jean Carlos Berrio Echeverry se procedió a remitir el informe pericial solicitado mediante oficio No. DM 025- de 20 de mayo de 2008, dirigido al Fiscal 6° Seccional de la Unidad de delitos contra la Vida de esta ciudad.

De acuerdo con lo anterior, el Instituto de Medicina Legal cumplió con su misión al hacer entrega de dicho informe el 3 de junio de 2008, mucho antes de que se dictara la resolución que dispuso decretar la prescripción de la acción penal.

Precisó que corresponde al operador judicial el ejercicio de verificar que se practiquen todas las pruebas ordenadas en la respectiva actuación, como lo establece el artículo 393 de la Ley 600 de 2000.

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que la entidad no intervino de ninguna manera en la decisión adoptada por el investigador, pues por el contrario se evidencia la inexistencia de nexo causal entre la falla del servicio y el comportamiento de la entidad, ya que de acuerdo a las piezas procesales el informe pericial fue allegado dentro del debate probatorio y aun antes de que hubiere operado el término de la prescripción de la acción penal, la cual fue decretada el 1 de agosto de 2013.

Como excepciones propuso las siguientes: (i) Ausencia de los requisitos que originan la responsabilidad extracontractual e inexistencia de nexo de causalidad entre el daño y el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses; y (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁹

⁸ Fols. 781-788 cdno 4

⁹ Fols. 842-855 cdno 5



Mediante providencia del 29 de junio de 2018 el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

“PRIMERO. DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones de culpa exclusiva y determinante de la víctima, hecho de un tercero, Inexistencia del daño y Falta de Nexo Causal propuestas por la Nación —Fiscalía General de la Nación, por las razones expuestas.

TERCERO: DECLARAR administrativamente responsable a la Nación —Fiscalía General de la Nación, por la extinción de la acción penal adelantada por la denuncia de la muerte del menor Jean Carlos Berrio Echeverri.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la Nación - Fiscalía General de la Nación a pagar, por concepto de perjuicios morales:

A los señores Wilmer Berrio Peña y Martha Cecilia Echeverri Anaya, padres del menor fallecido, una indemnización equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la sentencia.

Al menor Moisés David Berrio Echeverri, hermano de fallecido, la suma de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de este fallo, acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por lo motivos indicados en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada por las razones dadas en la sentencia.

(...)”.

La Juez en sus consideraciones indicó que, el daño reclamado proviene del resarcimiento de los perjuicios que los demandantes irrogan a la conducta de homicidio culposo que denunciaron ante la demandada, sin embargo, manifestó que el proceso penal no culminó por lo que la responsabilidad penal de los médicos no pudo demostrarse, por haberse declarado la prescripción de esta acción.

Concluyó que, sí se acreditó un daño antijurídico padecido por los actores, consistente en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la investigación a cargo de la Fiscalía General de la Nación por el punible de homicidio culposo que le fuera puesto en conocimiento el 23 de agosto de 2006.

Frente a la imputación, encontró probado que, no había duda de que lo alegado 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 en el presente caso, a juicio de los actores, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, hipótesis de responsabilidad del estado prevista en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996.

Concluyó que, la indagación a cargo de la Fiscalía no fue oportuna y por el contrario incurrió en mora frente al caso que le fuere denunciado, lo que generó al final la declaratoria de la extinción de la acción penal y privó a los demandantes de la posibilidad de que el asunto fuera decidido de fondo, agregando que, que 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 desplegada por el Instituto de Medicina Legal, quien dentro de sus posibilidades dio respuesta a la solicitud elevada por el ente investigador, quien a su vez con las probanzas arrimadas a la actuación hasta ese momento de la anualidad 2008, debía definir sobre la apertura formal de investigación o el archivo de las diligencias, lo cual no hizo. Por lo 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 los demandantes a la Nación —Fiscalía General.

En cuanto al reconocimiento de los perjuicios reclamados, adujo que 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, se ha estimado que la indemnización corresponda a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales. Debe tenerse en cuenta que el referido daño solo se ha de reconocer a favor de la víctima directa, que en este caso son los demandantes quienes actuaron dentro la acción penal prescrita.

Por lo tanto, reconoció a favor de los señores Wilmer Berrio Peña y Martha Cecilia Echeverri Anaya, padres del menor fallecido una indemnización equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por ser estos los titulares del derecho transgredido y por lo tanto únicos destinatarios de la indemnización y al hermano Moisés David Berrio Echeverri la suma de 20 SMLMV

Los perjuicios de orden material reclamados se denegaron, pues no se estableció como se causarían ellos, atendiendo al diagnóstico clínico de distrofia muscular que padecía el menor Jean Carlos Berrio Echeverri, de manera que no hay certeza que su expectativa de vida superaría la de una persona promedio.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN¹⁰

La Fiscalía General de la Nación, como motivos de su inconformidad, manifestó que, en el proceso penal instaurado por los hoy demandantes contra los médicos que intervinieron quirúrgicamente al menor, fue totalmente

¹⁰ Fols. 860-871 cdno 5



diligente; tanto es así, que se recepcionaron las declaraciones de los implicados, la denunciante amplió su declaración, por la naturaleza y complejidad del tema a tratar, se solicitó todo el apoyo requerido al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ya que resultaba indispensable la práctica de estas pruebas técnico científicas por la complejidad y delicadeza del tema de que se trataba, y no como lo quiere hacer ver el apoderado de los demandantes y el A-quo.

Agregó que, el Instituto Nacional de Medicina Legal se tardó dos años en presentar a la Fiscalía el dictamen Pericial, en atención a la complejidad del tema, y por parte de la Fiscalía se requería de la información científica-médica, para lograr establecer si les cabía o no algún grado de culpabilidad a los galenos en el deceso del menor, por una mala praxis médica, que conllevara a un homicidio culposo desde un punto de vista penal. Seguidamente, reiteró que solicitó oportunamente el dictamen pericial al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y este sólo 2 años después fue que rindió dicho informe, el cual tenía falencias, es decir, fue presentado de manera incompleta, correspondiéndole a esa entidad requerir a dicho Instituto que remitiera el informe de manera exacta y completa.

Frente a la afirmación de que los accionantes no tenían otro mecanismo judicial para el resarcimiento, indicó que el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido varios mecanismos para obtener la reparación de los perjuicios causados por las conductas delictivas de un particular o de una entidad pública. De un lado, en los casos en que se busque la reparación de los perjuicios sufridos por la comisión de un delito por un particular, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de acudir a una acción civil de responsabilidad extracontractual, consagrada en el artículo 1494 del Código Civil, o permite la posibilidad de constituirse en parte civil dentro del proceso penal.

Solicitó tener en cuenta en el caso que hoy nos ocupa, los hoy demandantes, se hicieron parte civil dentro del proceso penal solo hasta el año 2010, siendo que la actividad judicial de la Fiscalía se inició en el año 2006, por la denuncia presentada por la hoy demandante.

Así las cosas, solicitó la revocatoria del fallo apelado y denegar las suplicas respecto de esta entidad.

3.5. ACTUACION PROCESAL

Por acta del 23 de mayo de 2019¹¹ se repartió el presente asunto a este Tribunal, sin embargo por providencia del 28 de junio de 2019¹² se dispuso la

¹¹ Fol. 2 cdno 6

¹² Fol.4



admisión del recurso de alzada y, con providencia del 19 de septiembre de 2019¹³, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Fiscalía General de la Nación¹⁴: Reiteró los argumentos del recurso de alzada.

3.6.3. Ministerio Público: No rindió el concepto de su competencia.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema Jurídico

Para resolver el caso de marras, este Tribunal procederá a estudiar los argumentos expuestos por la parte apelante en su recurso, conforme lo establece el art. 328 del CGP; y para ello, deberá responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra demostrada en el proceso, la responsabilidad del Estado-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios ocasionados, con ocasión a la declaratoria de prescripción de la acción penal No. 203223 proferida el 1 de agosto de 2013 por la Fiscalía Seccional 29, decisión que le impidió a los demandantes –parte civil en el proceso penal referido– la pérdida de la oportunidad de obtener la reparación de los perjuicios derivados de los hechos que dieron origen a ese proceso?

5.3. Tesis de la Sala

¹³ Fol. 9 cdno 6

¹⁴ Fols.13-23 cdno 6



La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, debido a que, se encontró probada la dilación injustificada del proceso penal, circunstancia que llevó a que se declarara la prescripción de la acción penal, lo que, a su vez, les habría impedido a los demandantes, constituidos en parte civil en el citado proceso, acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta del sindicado derivada del delito de homicidio culposo.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Responsabilidad Administrativa del Estado

El medio de control de reparación directa, tiene como fuente constitucional el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

“ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública...”

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹⁵:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

¹⁵ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.



3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

5.4.2. La prescripción de la acción civil en el proceso penal

En cuanto a la certeza del daño y la responsabilidad estatal derivada del vencimiento de los términos en el proceso penal, es del caso señalar que, con ocasión de un asunto similar, la Subsección A se ocupó de estudiar esa temática para concluir lo siguiente:

En primer lugar resulta claro que la comisión de un hecho punible puede traer consigo efectos patrimoniales respecto de ciertas personas; que éstas cuentan con dos cauces procesales en aras de obtener el resarcimiento de los perjuicios que se les hubieren causado: la acción civil – cuya caducidad es de 10 años si se incoa de manera independiente– y la constitución de parte civil en el proceso penal –en cuyo caso, la prescripción se iguala a la de la acción penal–; finalmente se tiene que la extinción de la acción penal no extingue los derechos patrimoniales que se hayan podido producir, los cuales se podrán ventilar ante la jurisdicción ordinaria¹⁶

En relación con la prescripción de la acción civil ejercida dentro del proceso penal, los artículos 98 y 99 del Código Penal vigente –Ley 599 de 2000– para la época en que se cometió el presunto delito, a la letra, establecían:

Artículo 98. Prescripción. 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.

Artículo 99. Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

El término de prescripción de la demanda civil iniciada dentro del proceso penal se encuentra ligado a la prescripción de este último, pero únicamente en relación con los penalmente responsables, ya que la norma dejó a salvo cualquier otro evento cuando estableció que a “los demás casos se les aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”. Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“La declaratoria de prescripción de la acción penal no abarca al tercero civilmente responsable y al llamado en garantía, porque de acuerdo con lo dispuesto en el precepto 98 de la Ley 599 de 2000, la acción civil proveniente de la conducta antijurídica, cuando se ejerce al interior del proceso penal prescribe en relación con los penalmente responsables, en tiempo equivalente al de la respectiva acción punitiva; en los demás eventos –como los que se analizan aquí: terceros civilmente responsables y el llamado en garantía aplican las normas pertinentes de la legislación civil.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esa misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P.: Hernán Andrade Rincón



Se adiciona a lo precedente, que el fenómeno de la prescripción penal aquí declarado, no subsume o favorece a aquellos sujetos procesales que de acuerdo con la ley sustancial deben salir a reparar el daño de manera solidaria.

En consecuencia, es claro que los vinculados en esta actuación, no pueden ser obligados a cancelar los perjuicios puntualizados en el fallo de segundo nivel, porque el mismo jamás alcanzó su ejecutoria, al haber operado la prescripción de la acción penal.

También es evidente, que con ocasión del presente auto, no se ordenará la prescripción de la acción civil respecto a los mencionados tercero civilmente responsable y al llamado en garantía, por cuanto con el advenimiento del fenómeno prescriptivo a favor del hoy condenado, él no acredita ni avala la cosa juzgada civil, pues en esta área del derecho, rige exclusivamente dicha normatividad sobre la penal; por tanto, quedan en libertad los interesados, para acudir o no, a esa especial jurisdicción, con el fin de activar sus pretensiones sobre la ocurrencia del daño creado por el ejercicio de una actividad peligrosa".

El Consejo de Estado ha concluido que, si la responsabilidad patrimonial por la comisión de un delito se debate en el marco de un proceso penal, su declaratoria se encuentra necesariamente ligada a la condena efectiva por la comisión del delito, mientras que, si dicha pretensión se ventila en un proceso ordinario de responsabilidad civil, la declaratoria de responsabilidad no depende de una condena en tal sentido. Es decir, las pretensiones de la parte civil en un proceso penal están sujetas al alea propio del mismo proceso, en cuanto a la declaración de la responsabilidad penal como requisito previo e indispensable para acceder a las pretensiones resarcitorias.

En virtud de lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano consagró dos cauces procesales adecuados, independientes y principales para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una conducta punible. En ese sentido, la finalidad de ambos instrumentos es la misma, e inclusive, la sentencia penal puede tener efectos de cosa juzgada en materia civil, pero sólo en las hipótesis contempladas por el artículo 57 de la Ley 600 de 2000, esto es:

"La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa".

Así, cuando el resultado del proceso penal sea una declaración, en alguno de los sentidos reseñados, no será viable la prosperidad de las pretensiones resarcitorias de la parte civil.

5.4.3. Daño derivado de la declaratoria de prescripción de la acción penal a la luz de la pérdida de oportunidad¹⁷

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido que aunque el ordenamiento jurídico no contiene una disposición

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019)., Radicación número: 25000-23-26-000-2011-01063-01(46284), Actor: MARTHA LUCÍA GARCÍA LAGOS, Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN



que consagre una definición de daño antijurídico, puede afirmarse que este se refiere a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” , de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia de (i) el daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable, (ii) la conducta u omisión que generó el daño, atribuible a una autoridad pública y (iii) “cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad [entre los dos primeros elementos], vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada”.

En lo referido a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad para que la víctima del delito obtenga la reparación de los perjuicios presuntamente causados por la comisión del mismo, esta Subsección ha considerado que este supuesto se enmarca en la hipótesis consagrada en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, es decir, bajo la óptica de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que, en estos casos, no existe una providencia judicial que se pueda considerar como generadora de un posible y eventual error judicial, como tampoco se demanda la privación injusta de la libertad o de algún otro derecho, ni la retención injusta de bienes muebles o inmuebles.

Conviene precisar que la pérdida de oportunidad debe considerarse como un daño autónomo distinto del análisis de la imputación, habida cuenta de que se trata de un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. Así también lo ha entendido la jurisprudencia:

“La pérdida de oportunidad, como daño autónomo, demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño”.

Ahora bien, en providencia de 30 de enero de 2013¹⁸, la Subsección A estimó que para tener por acreditada la pérdida de oportunidad debían reunirse los siguientes requisitos, a saber:

- (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*

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P. Hernán Andrade Rincón.



probabilidad con certeza suficiente' de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes.

- (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 indebida; 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.

- (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 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'.*

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Oficio DSF No. 4919 del 07 de julio de 2010, por medio de la cual la Dirección Seccional de Fiscalías, da respuesta a la queja radicada por el señor Wilmer Berrio Peña el 31 de mayo de 2010, contra Leonardo Domínguez¹⁹.
- Petición radicada por el señor Wilmer Berrio Peña ante la Procuraduría Judicial Penal el 9 de julio de 2013, en la que solicita se inicie vigilancia contra la Fiscalía Seccional 30²⁰.
- Respuesta a la petición anterior por parte de la Procuraduría Judicial Penal²¹
- Petición radicada por el Procurador Judicial II Penal de Cartagena ante la Sala Disciplinaria del C.S.J. el 5 de agosto de 2013, en la que solicita investigación para determinar las razones por las cuales prescribió la acción penal²².
- Informe de auditoría clínica expedido por la Oficina de Vigilancia y Control del DADIS²³.

Expediente proceso penal No. 203223

¹⁹ Fols. 19

²⁰ Fol. 20-22

²¹ Fol. 24

²² Fol. 23

²³ Fol. 25-26



- Denuncia elevada por la señora Martha Echeverry Anaya el 23 de agosto de 2006, por el delito de homicidio culposo, señalando como víctima a Juan Carlos Berrio Echeverry, imputado Hospital de Bocagrande²⁴. Dicha denuncia le fue asignada a la Fiscalía Seccional 6.
- Mediante auto del 29 de agosto de 2006, el Fiscal Seccional 6, se aprehende conocimiento, se ordena comisionar medico Gabriel Villalba, recibir el testimonio de la denunciante, y del Dr. Leonardo Domínguez²⁵.
- Declaración juramentada recepcionada a la señora Martha Cecilia Echeverry el 12 de septiembre de 2006²⁶.
- Declaración juramentada recepcionada al señor Leonardo José Domínguez el 19 de septiembre de 2006²⁷.
- Informe No. 651 GIDES del 29 de septiembre de 2006, emitido por el investigador Gabriel Villalba²⁸.
- Ampliación de la declaración de la denunciante el 22 de diciembre de 2006²⁹.
- Auto del 10 de enero de 2007, por el cual el Fiscal Seccional 6 ordena la recepción de unos testimonios³⁰.
- Testimonio recepcionado al Dr. José David Herazo Maya el 6 de febrero de 2007³¹.
- Testimonio recepcionado al Dr. Carmelo Rafael Dueñas el 6 de febrero de 2007³².
- Complementación del informe No. 651 GIDES del 29 de septiembre de 2006, emitido por el investigador Gabriel Villalba³³.
- Auto del 14 de junio de 2007, por medio de la cual se oficia a Medicina Legal para que rinda dictamen³⁴.
- Oficio No. 990 del 19 de septiembre de 2007, por el cual se requiere a Medicina Legal³⁵.
- Oficio No. 071 del 14 de febrero de 2008, por el cual se requiere nuevamente a Medicina Legal³⁶.
- Oficio No. 204 del 7 de mayo de 2008, por el cual se requiere a Medicina Legal³⁷.

²⁴ Fol. 28-29

²⁵ Fol. 30

²⁶ Fol. 35-37

²⁷ Fols. 38-39

²⁸ Fols. 41-42

²⁹ Fol. 44-45

³⁰ Fol. 47

³¹ Fol. 49-50

³² Fol. 51-52

³³ Fols. 54-56

³⁴ Fol. 60

³⁵ Fol. 65.

³⁶ Fol. 66

³⁷ Fol. 67



- Derecho de petición elevado por la denunciante el 18 de abril de 2008, ante Medicina Legal³⁸.
- Oficio No. DSBL 383-2008 del 27 de mayo de 2008, por el cual Medicina Legal solicita el protocolo de necropsia, a su vez el envió de la fecha del deceso del menor³⁹.
- Auto del 01 de octubre de 2009, por el cual la Fiscalía Seccional 4, oficia a Medicina Legal la devolución del expediente remitido⁴⁰.
- El 12 de mayo de 2010, el Fiscal Seccional Quince asume el conocimiento del asunto⁴¹.
- Auto del 23 de marzo de 2011, por el cual el Fiscal Seccional Quince dispone la práctica de pruebas⁴².
- Auto del 6 de septiembre de 2011, por el cual el Fiscal Seccional Quince se ordena la recepción de testimonios⁴³.
- Demanda de constitución de parte civil radicada por la demandante el 22 de octubre de 2010⁴⁴.
- Auto del 01 de diciembre de 2010, por el cual se admite la demanda de parte civil⁴⁵.
- Auto del 1 de agosto de 2013, por medio de la cual la Fiscalía Seccional 29, declaró la extinción de la acción penal por prescripción⁴⁶.

Historia clínica

- El día 7 de julio de 2006, falleció el menor Jean Carlos Berrio Echeverry, en el Hospital de Bocagrande, consignándose como causa directa *“taquicardia ventricular” debido a acidosis metabólica, disfunción multiorganica y paro cardiorrespiratorio*⁴⁷.
- Resumen final o epicrisis del menor Jean Carlos Berrio Echeverry, en donde se indica que fue sometido a cirugía ambulatoria de biopsia de nervios periféricos (sural), en el postoperatorio inmediato sufrió paro cardiorrespiratorio acompañado de actividad cardiaca con bradicardia extrema por lo que se realizaron maniobras de reanimación trasladándose a UCI⁴⁸.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

Conforme a los argumentos que plantea la parte demandada en el recurso de apelación, se procederá a verificar si en el caso concreto están

³⁸ Fol. 68

³⁹ Fol. 133

⁴⁰ Fol. 69

⁴¹ Fol. 72

⁴² Fol. 73

⁴³ Fol. 76

⁴⁴ Fols. 81-83

⁴⁵ Fol. 84-85

⁴⁶ Fols. 88-91

⁴⁷ Fol. 686-687

⁴⁸ Fols. 725-726



acreditados los presupuestos que permitan determinar la responsabilidad que se le imputa a la Nación- Fiscalía General.

Para mayor entendimiento, se realizará previo al estudio de los elementos de la responsabilidad, un recorrido fáctico del proceso penal que da lugar a esta demanda:

- El 6 de julio de 2006 el menor Jean Carlos Berrio Echeverri fue sometido a cirugía ambulatoria de Biopsia de nervios periféricos (sural) por los médicos Leonardo José Domínguez de la Ossa, Roque Palomino, Alberto Méndez y Jairo Betancourt (Anestesiólogos) en el Hospital de Bocagrande de Cartagena de Indias. Al finalizar el procedimiento al que se estaba sometiendo al menor surgió una complicación que produjo en este un paro respiratorio, por lo que fue remitido a cuidados intermedios donde ingresó con pronóstico reservado⁴⁹.
- El 7 de julio de 2006⁵⁰ sufre un paro cardiorrespiratorio que finalmente ocasiona su fallecimiento.
- El 23 de agosto de 2006 los señores Wilmer Berrio Peña y Martha Cecilia Echeverri Anaya, padres del menor fallecido de acuerdo al registro civil de nacimiento aportado a folio 12, instauraron denuncia penal por el homicidio culposo de su hijo ante la Fiscalía General de la Nación. (Folios 27 a 29)
- El 29 de agosto de 2006, la Fiscalía Seccional 61 de Cartagena aprehende el conocimiento de la investigación previa No. 203223 y comisiona al Jefe de la Unidad de Policía Judicial - CTI para que asigne médico de esa unidad tendiente al esclarecimiento de los hechos y la individualización de los autores o partícipes, igualmente obtener historia clínica completa de la atención brindada en el Hospital de Bocagrande al menor fallecido, que médicos lo atendieron, valorar el procedimiento empleado y determinar si fue oportuno y adecuado. (Folio 30-34)
- El 12 de septiembre de 2006 rindió declaración jurada ante el Fiscal Seccional 6 de Cartagena la señora Marta Cecilia Echeverry Anaya, madre del menor. (Folios 35 a 37)
- El 19 de septiembre de 2006 se recibió la declaración jurada del médico Leonardo José Domínguez de la Ossa dentro de la investigación Rad: 203.223. (Folios 38 a 39).
- El 29 de septiembre de 2006 el señor Gabriel Villalba Cañellas presentó informe - misión de trabajo No. 3402 en su calidad de Investigador Criminalístico VII del CTI. (Folios 41 y 42).
- El 22 de diciembre de 2006 rinde ampliación de testimonio la señora Marta Cecilia Echeverry Anaya, madre del menor. (Folios 44 y 45)

⁴⁹ Folio 724 cdno ppal

⁵⁰ Folio 13 cdno ppal



- El 10 de enero de 2007⁵¹ el Fiscal Seccional 60 de Cartagena dictó resolución ordenando la práctica de testimonios y solicitando la ampliación del informe criminalístico de 29 de septiembre de 2006.
- El 31 de enero de 2007, rinde informe complementario el médico Gabriel Villalba Cañellas - investigador criminalístico, dando alcance al oficio remitido por el señor Fiscal 61 Seccional de Cartagena dentro de la investigación referenciada. (Folios 54 a 56 c. principal)
- El 6 de febrero de 2007 se recibió la declaración jurada del médico José David Herazo Maya, profesional que trabajaba en el Hospital de Boca grande en el turno de la tarde del 6 de julio y quien suscribió el certificado de defunción del menor. (Folios 49-50)
- El 6 de febrero de 2007 se recibió la declaración jurada del médico Carmelo Rafael Dueñas Castell, quien se desempeñaba como Jefe de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital de Bocagrande. (Folios 51 y 52 c. principal)
- El 14 de junio de 2007⁵² el Fiscal Seccional No. 6 de Cartagena dispone la remisión del expediente de la investigación al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que se rindiera dictamen por médico legista sobre los siguientes puntos:

1. *"Si fue adecuada o no la /ex artis aplicada en este caso, en cuyo caso positivo o negativo, explicar.*
2. *Si hubo impericia, negligencia por parte del personal médico que intervino en el procedimiento del menor, en cuyo caso señalarla, en qué consistió.*
3. *En caso negativo de la anterior respuesta, por favor, indicar y explicar detenidamente porque ocurrió la muerte del menor.*
4. *Explicar detenidamente si es posible, que sobrevengan circunstancias como las que informan los declarantes, las cuales hayan ocurrido en realidad en este caso y conllevado a la muerte del menor".*

La prueba anterior fue comunicada a través de oficio No. 344 de 19 de junio de 2007, con sello de recibido de 20 de junio siguiente. (Folio 63 c. principal) y fue requerida con oficio No. 990 de 19 de septiembre de 2007, Oficio No. 071 de 14 de febrero de 2008 y oficio No. 204 de 7 de mayo de 2008. (Folios 65 a 67)

- El 3 de junio de 2008 el Fiscal Seccional 40 de Cartagena dejó constancia que la Asistente judicial de la Fiscalía 61 Seccional recibió procedente del Instituto de Medicina Legal la investigación marcada con el No. 203.223, faltándole los folios 96, 97, 98, 99, 101 y 102. (Folio 69).
- Sobre los interrogantes planteados, el Instituto de Medicina Legal indicó no contar con especialista en la materia, por lo que dio traslado de la solicitud de la Fiscalía a la Facultad de Medicina de la

⁵¹ folio 47 cdno ppal

⁵² fols.60 cdno ppal



Universidad de Cartagena, quien a través de respuesta de 14 de mayo de 2008, suscrita por el médico Anestesiólogo Rafael Pérez Delgado, sostuvo lo siguiente:

Respecto a la aplicación de la Lex Artis, indicó que "En la hoja de evaluación pre anestésica se anotan los hallazgos clínicos, paraclínicos y se hacen recomendaciones sobre sus cuidados perioperatorios. Lo anterior se hizo según consta en los folios No. 61 y 39".

En cuanto a la evaluación de la pericia y diligencia, sostuvo que "Evaluado el expediente en el Registro de Anestesia (folio 33) se acogieron a las anteriores recomendaciones".

Sobre la presunta causa de muerte. "Finalizado el acto quirúrgico el anestesiólogo, previa garantía de estabilidad cardiorrespiratoria, adecuado manejo del dolor y pocos efectos residuales de los anestésicos usados, debe entregar al paciente a personal paramédico calificado con la asignación de vigilancia y recomendaciones, regresando a la sala de cirugía para continuar con su programación quirúrgica. Lo anterior se hizo de acuerdo al folio No. 28, 8:15, 8:30-8:35.

Los pacientes con distrofia muscular suelen tener, por debilidad de los músculos torácicos y abdominales, similar a lo que sucede con su aparato locomotor, una disminución progresiva de la capacidad de llevar oxígeno a sus pulmones. Esta resulta ser la causa de su fallecimiento al progresar la enfermedad. El desenlace puede ser acelerado por infecciones, poca respuesta al tratamiento y complicaciones perioperatorias de procedimientos diagnósticos o terapéuticos.

Una vez detectada la complicación se realizaron maniobras de reanimación de acuerdo a estándares internacionales con una respuesta a los 5 minutos que no fue suficiente para prevenir daños a órganos vitales.

Podría concluir que la causa presuntiva fue encefalopatía hipoxica mas fa/la muiltisistémica originada en tina insuficiencia respiratoria perioperatoria"

Sobre las circunstancias sobrevinientes informadas por los declarantes, se remite al concepto anterior. Es decir las circunstancias descritas como fiebre elevada, aumento de secreciones bucofaríngeas, cambios en la coloración de la piel y otras, son las que habitualmente se detectan en pacientes en estado crítico pero son la consecuencia y no la causa de la complicación. (Folios 403-404 c. principal)

- El 23 de marzo de 2010⁵³ el Fiscal Seccional 4º de Cartagena corre traslado a los sujetos procesales del dictamen pericial; rendido por el anestesiólogo Rafael Pérez Delgado, aportado a folio 101 del cuaderno principal. (Folio 71)

⁵³ fol. 72 cdno ppal



- El 31 de mayo de 2010 la parte actora solicitó al Coordinador de Procuradores Judiciales Penales de Cartagena, una vigilancia especial dentro de la investigación No. 203223 seguido en la Fiscalía 4° Seccional de Cartagena, por presunta mora en la toma de decisiones e impulso procesal. (Folios 15 y 16).
- Con oficio DSF No. 4919 de 7 de julio de 2010 la Directora Seccional de Fiscalías de Cartagena da respuesta a queja presentada por el demandante sobre las actuaciones realizadas en la investigación por la muerte de su menor hijo, actuaciones que a esa fecha se encontraban a cargo de la Fiscal 15 Seccional de Cartagena. (Folio 22).
- El 6 de septiembre de 2011 la Fiscalía Seccional 15 delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, fijó fecha para recibir versión libre a los médicos Roque Saúl Palomino Figueroa y Alberto Méndez Silva. (Folio 76).
- El 22 de diciembre de 2011 rindió versión libre el médico Anestesiólogo Roque Saúl Palomino Figueroa, profesional con el que inició el procedimiento quirúrgico de toma de biopsia del menor Jean Carlos Berrio Echeverry. (Folios 77 a 80).
- El 9 de julio de 2013 el señor Wilmer Berrio Peña solicitó a los Procuradores Judiciales ante lo Penal (reparto) la vigilancia especial del Ministerio Público dentro de la investigación No. 203223 que según su dicho se adelantaba ante la Fiscalía 30 Seccional. (Folios 20 a 22).
- El 31 de julio de 2013 la Fiscalía 29 Seccional de Cartagena avoca conocimiento de la investigación que viene procedente de la Fiscalía 15 Seccional. (Folio 87).
- Con Resolución de 1 de agosto de 2013⁵⁴, el Fiscal 29 Seccional de Cartagena decretó la extinción de la acción penal por prescripción dentro de la investigación referenciada, conforme al artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

5.5.2.1 El daño

El daño es conocido doctrinalmente, como el detrimento que es provocado a una persona en su integridad o en sus bienes que no tiene el deber de soportarlo ocasionado por el actuar o la omisión de una entidad estatal o de un particular que cumpla funciones administrativas.

⁵⁴ fols. 88-91 cdno ppal



En el presente caso, el daño alegado, se fundamenta en la dilación injustificada del proceso penal, circunstancia que llevó a que se declarara la prescripción de la acción penal, lo que, a su vez, le habría impedido a los ahora demandantes, constituidos en parte civil en el citado proceso, acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta de los sindicados derivada del delito de homicidio culposo.

Se encontró probado que, mediante denuncia elevada por la señora Martha Echeverry Anaya como madre del menor Jean Carlos Berrio Echeverry el 23 de agosto de 2006, por el delito de homicidio culposo, señalando como imputado al Hospital de Bocagrande y por consiguiente, a los galenos que intervinieron en la cirugía⁵⁵. Dicha denuncia le fue asignada a la Fiscalía Seccional 6, el cual asumió conocimiento mediante auto del 29 de agosto de 2006.⁵⁶

Posteriormente, a través de Auto del 1 de agosto de 2013, la Fiscalía Seccional 29, declaró la extinción de la acción penal por prescripción⁵⁷, debido a que habían transcurrido 7 años y 25 días desde la presentación de la denuncia, indicando que no existía resolución de acusación que la interrumpiera.

Así las cosas, el daño se encuentra probado con la presentación de la denuncia el 23 de agosto de 2006, hasta la expedición del auto el 1 de agosto de 2013 que declaró la extinción de la acción penal por prescripción.

5.5.2.2 La imputación

En lo referido a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad para que la víctima del delito obtenga la reparación de los perjuicios presuntamente causados por la comisión del mismo, el Consejo de Estado⁵⁸ ha considerado que este supuesto se enmarca en la hipótesis consagrada en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, es decir, bajo la óptica de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que, en estos casos, no existe una providencia judicial que se pueda considerar como generadora de un posible y eventual error judicial, como tampoco se demanda la privación injusta de la libertad o de algún otro derecho, ni la retención injusta de bienes muebles o inmuebles.

⁵⁵ Fol. 28-29

⁵⁶ Fol. 30

⁵⁷ Fols. 88-91

⁵⁸ Referente a la noción de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, consultar providencias de 15 de diciembre de 2011, Exp. 40425, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 30 de enero de 2013, Exp. 23769, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 8 de febrero de 2017, Exp. 41073, C.P. Hernán Andrade Rincón.



Conviene aclarar que la parte actora alegó que la prescripción de la acción penal objeto de la demanda que aquí se estudia, le habría impedido obtener la reparación patrimonial de los perjuicios que sufrió como consecuencia de una posible conducta delictiva, por lo que, de una lectura integral de la demanda, la Sala concluye que su pretensión se puede enmarcar en una pérdida de la oportunidad de obtener la reparación por los mencionados perjuicios, tal como se deriva de las pretensiones y producto de la mora judicial.

Tal y como lo manifestó el A-quo, necesariamente para el análisis de la imputación, deberá verificarse entonces sí 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 encontró probada, la denuncia penal presentada por la señora Martha Echeverry Anaya el 23 de agosto de 2006, por los hechos constitutivos del presunto delito de homicidio culposo, que ocurrió el 7 de julio de 2006, cuando falleció el menor Jean Carlos Berrio Echeverrú, habiendo transcurrido un mes y 16 días de la ocurrencia de los hechos.⁵⁹

De la providencia, de fecha 1 de agosto de 2013, por medio de la cual la Fiscalía Seccional 29, declaró la extinción de la acción penal por prescripción⁶⁰, se encuentra que la entidad dentro de sus argumentos, manifestó que a la fecha de recepción por parte de esa célula judicial, ya el término de prescripción se encontraba vencido, habiendo perdido la entidad demandada la potestad investigativa. Agregó que, la Fiscalía Seccional 6 dio apertura a la investigación previa el 29 de agosto de 2006, siendo reasignada a esta procedente de la Fiscalía 15 Seccional, habiéndose materializado los hechos el 7 de julio de 2006. Así las cosas, al no existir resolución de acusación que interrumpiera la misma, se configuraba dicha figura.

Para mayor entendimiento, se encuentra que:

- La señora Martha Echeverry Anaya elevó denuncia el 23 de agosto de 2006, por el delito de homicidio culposo, señalando como víctima a Juan Carlos Berrio Echeverry, imputado Hospital de Bocagrande⁶¹. Asignándosele la competencia a la Fiscalía Seccional 6.
- En atención a lo anterior, la Fiscalía Seccional 6 mediante auto del 29 de agosto de 2006, aprehendió el conocimiento, ordenó comisionar al médico Gabriel Villalba, recibir el testimonio de la denunciante, y del Dr. Leonardo Domínguez⁶².

⁵⁹ Fol. 28-29

⁶⁰ Fols. 88-91

⁶¹ Fol. 28-29

⁶² Fol. 30



- Así las cosas, se recepcionaron las declaraciones juramentadas de la señora Martha Cecilia Echeverry el 12 de septiembre de 2006⁶³, y el señor Leonardo José Domínguez el 19 de septiembre de 2006⁶⁴. Así como el informe No. 651 GIDES del 29 de septiembre de 2006, emitido por el investigador Gabriel Villalba⁶⁵. De igual forma, se recibió la ampliación de la declaración de la denunciante el 22 de diciembre de 2006⁶⁶.
- Posteriormente, por auto del 10 de enero de 2007, el Fiscal Seccional 6 ordenó la recepción de los testimonios de los demás galenos implicados⁶⁷, como fueron el Dr. José David Herazo Maya el 6 de febrero de 2007⁶⁸, y el Dr. Carmelo Rafael Dueñas el 6 de febrero de 2007⁶⁹.
- Adicionalmente, se complementó el informe No. 651 GIDES del 29 de septiembre de 2006, emitido por el investigador Gabriel Villalba⁷⁰.
- A través de Auto del 14 de junio de 2007 la Fiscalía Seccional 6, ordenó a Medicina Legal que rindiera dictamen dentro del proceso de la referencia⁷¹, requiriéndolo por Oficio No. 990 del 19 de septiembre de 2007⁷², oficio No. 071 del 14 de febrero de 2008⁷³ y Oficio No. 204 del 7 de mayo de 2008⁷⁴; se agrega que, la denunciante elevó derecho de petición el 18 de abril de 2008, ante Medicina Legal para el cumplimiento del dictamen⁷⁵, en virtud de lo anterior, la Fiscalía Seccional 4, por Auto del 01 de octubre de 2009 ofició a esta entidad para que devolviera expediente remitido⁷⁶.
- Se encontró que, por Oficio No. DSBL 383-2008 del 27 de mayo de 2008, Medicina Legal dio respuesta al requerimiento de la Fiscalía Seccional 6, en el que solicitó el protocolo de necropsia, y a su vez él envió de la fecha del deceso del menor⁷⁷.

Previamente, debe anotarse que, dentro del expediente del proceso penal, la actuación de la Fiscalía Seccional 4 inició con la providencia antes referenciada, esto es, desde el 1 de octubre de 2009. Es decir que, la Fiscalía Seccional 6 aprehendió el conocimiento el 29 de agosto de 2006 hasta el 7 de mayo de 2008, con el ultimo oficio expedido hacía Medicina Legal.

⁶³ Fol. 35-37

⁶⁴ Fols. 38-39

⁶⁵ Fols. 41-42

⁶⁶ Fol. 44-45

⁶⁷ Fol. 47

⁶⁸ Fol. 49-50

⁶⁹ Fol. 51-52

⁷⁰ Fols. 54-56

⁷¹ Fol. 60

⁷² Fol. 65.

⁷³ Fol. 66

⁷⁴ Fol. 67

⁷⁵ Fol. 68

⁷⁶ Fol. 69

⁷⁷ Fol. 133



- El 12 de mayo de 2010, el Fiscal Seccional Quince asumió el conocimiento del asunto⁷⁸, disponiendo de la práctica de pruebas⁷⁹, recepcionando testimonios⁸⁰, y admitiendo la demanda de constitución de parte civil el 01 de diciembre de 2010⁸¹, presentada por los demandantes el 22 de octubre de 2010⁸².
- Así las cosas, finalmente fue reasignado el proceso a la Fiscalía Seccional 29, siendo recibido el 31 de julio de 2013⁸³, el cual mediante auto del 1 de agosto de 2013, declaró la extinción de la acción penal por prescripción⁸⁴.

Encuentra esta Sala que, no es de recibo el argumento de la entidad apelante en el sentido de indica que, la responsabilidad del retardo fue producto de la demora de Medicina Legal, toda vez que, esta última entidad dio respuesta a los requerimientos mediante Oficio No. DSBL 383-2008 del 27 de mayo de 2008, en el que solicitó el protocolo de necropsia, y a su vez él envió de la fecha del deceso del menor⁸⁵, sin que se avizore en el expediente allegado que se le haya dado cumplimiento a dichas solicitudes.

Así las cosas, tal y como indicó la A-quo, la Fiscalía 4 Seccional, quien en ese momento tenía a cargo la indagación preliminar debía tomar decisión sobre si ordenaba la apertura de investigación formal o decretaba el archivo de las diligencias, pues ya se encontraba superado el plazo de 6 meses de la indagación preliminar, y tenía conocimiento de la respuesta dada por Medicina Legal. Se resalta que, la única actuación que aparece reflejada en el expediente penal traído como prueba, es la providencia de 23 de marzo de 2010, por el cual corre traslado a las partes del dictamen pericial rendido, para que en el plazo de 3 días se solicitara ampliación, aclaración o adición del mismo⁸⁶.

De las actuaciones de la Fiscalía Seccional 15, solo se encuentra que el 12 de mayo de 2010 asumió el conocimiento del asunto⁸⁷, disponiendo de la práctica de pruebas⁸⁸, recepcionando testimonios⁸⁹, y admitiendo la demanda de constitución de parte civil el 01 de diciembre de 2010⁹⁰,

⁷⁸ Fol. 72

⁷⁹ Fol. 73

⁸⁰ Fol. 76

⁸¹ Fol. 84-85

⁸² Fols. 81-83

⁸³ Fol. 87

⁸⁴ Fols. 88-91

⁸⁵ Fol. 133

⁸⁶ Fol. 137-140

⁸⁷ Fol. 72

⁸⁸ Fol. 73

⁸⁹ Fol. 76

⁹⁰ Fol. 84-85



presentada por los demandantes el 22 de octubre de 2010⁹¹, sin que tampoco se evidencie actuación posterior alguna.

Hasta este punto, habían transcurridos 4 años desde la presentación de la denuncia. Siendo reasignado el proceso a la Fiscalía Seccional 29, habiendo recibido el 31 de julio de 2013 el expediente⁹², el cual mediante auto del 1 de agosto de 2013, declaró la extinción de la acción penal por prescripción⁹³.

Adicionalmente, tampoco es de recibo para esta Sala el argumento de la apelante, tenía otro mecanismo para el resarcimiento de sus derechos, debido que, decir que ante la posibilidad de escoger la reparación civil en proceso extracontractual y la reparación en el juicio penal, el actor escogió la penal, siendo que con esta y con la prescripción se le limitó su posibilidad de acceder a la administración de justicia, ni tampoco es de recibo el hecho se afirme que fueron los demandantes negligentes en la intervención del proceso penal, porque desde la denuncia se constituyeron solo 4 años después en parte civil, concretamente en el año 2010. Si tenemos en cuenta que, la ley procesal penal que se le aplicaba a este tipo de procesos era la Ley 600/2000 la titular de la acción penal era la Fiscalía General de la Nación conforme lo indicado en el artículo 26 de dicha normativa.

En ese orden de ideas, al haber entrado la Ley 906/2004 en vigencia en este Distrito Judicial el 01 de enero de 2008⁹⁴, para la ocurrencia de los hechos en el año 2006 estábamos bajo el sistema penal inquisitivo cuyo responsable de adelantar la actuación penal es de la Fiscalía General de la Nación, y sus obligaciones legales no pueden estar sujetas a si los denunciados se constituyen o no en parte civil, por ello el título de imputación es el que en párrafos anteriores se menciona, más allá de si la actuación penal iba a tener o no un resultado favorable para los aquí demandantes.

Así las cosas, en el presente evento, la Sala encuentra que (i) de no haber operado la prescripción de la acción penal, los demandantes habrían continuado a la espera del posible resultado favorable a sus pretensiones, que, aunque dependía de la demostración de la responsabilidad del imputado y de la efectiva acreditación de la causación de los perjuicios cuya reparación pretendían, constituían una expectativa o posibilidad legítima. De igual manera, que los accionantes ejercieron todas las acciones a su alcance para promover el proceso penal y la acción civil dentro de este, pues constan en el proceso, la presentación de la denuncia penal, la demanda de parte civil y las múltiples actuaciones que realizaron en procura de sus pretensiones.

⁹¹ Fols. 81-83

⁹² Fol. 87

⁹³ Fols. 88-91

⁹⁴ Ver artículo 530 de la Ley 906/2004

Concluye esta Corporación que la investigación a cargo de la Fiscalía no fue oportuna, diligente y por el contrario incurrió en mora frente al caso que le fuere denunciado, lo que generó al final la declaratoria de la extinción de la acción penal y privó a los demandantes de la posibilidad de que el asunto fuera decidido de fondo.

Por otro lado, no es de recibo para esta Sala el argumento de la entidad apelante, en que solo hasta el 2010 los demandantes se constituyeron como parte civil, cuando la investigación había iniciado en el 2006, debido a que, lo que aquí se imputa es la mora en la investigación que conllevó a la prescripción de la misma, inactividad que no estaba a cargo de los demandantes, sino del ente investigador. Adicionalmente, tal y como lo estableció la A-quo, lo anterior violó lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la misma Constitución Política, al no evitar la entidad demandada la prescripción de la acción penal, transgrediendo el derecho a una tutela efectiva y más aún, al acceso a la administración de justicia.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia, por encontrarse probada la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

5.5.2 De la condena en costas.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este caso en particular, el Tribunal condenará en costas a la parte vencida, esto es, la parte recurrente FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia conforme las normas aquí planteadas.

VI. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo aquí expuesto.



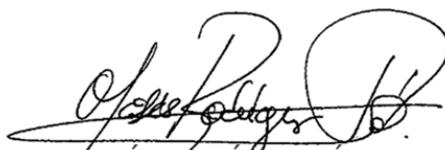
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en esta instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del C.P.A.C.A., y del 365 -366 del C.G.P., las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia conforme las normas aquí planteadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 038 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ