

Señor  
**JUEZ SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DE BOGOTA, D.C.**  
**E.S.D.**

**MEDIO DE CONTROL** : REPARACION DIRECTA  
**DEMANDANTE** : ALFONSO WILCHES TAPIAS y OTROS  
**RADICADO** : 10101334306020190011000  
**DEMANDADAS** : FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y OTRA

**JESÚS ANTONIO VALDERRAMA SILVA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19'390.977 de Bogotá, D.C., con Tarjeta Profesional No. 83.468 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme al poder y anexos adjuntos, por medio del presente escrito, de manera oportuna procedo a **CONTESTAR** la demanda que, en ejercicio del medio de control de reparación directa, a través de apoderado, instauran el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS** y Otros.

#### 1. OPORTUNIDAD DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Dentro de los términos establecidos en el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 612 del C.G.P., procedo a contestar la presente demanda, la cual fue notificada el 25 de marzo de 2021, mediante correo electrónico.

#### 2. A LOS HECHOS DE LA DEMANDA

- **NO ME CONSTAN** los hechos **6º)** y **7º)** de la demanda, sobre las circunstancias **fácticas** y **procesales** que, se refieren en ellos, rodearon la **captura** del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS** dentro del proceso penal 1100131040 49 2016 00290 (Sumario No. 687258), que se adelantó en contra, por los presuntos delitos de **FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO**, **FALSEDAD DE DOCUMENTO PRIVADO**, **FRAUDE PROCESAL** y **ESTAFA AGRAVADA**; por lo tanto, sobre las mismas, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor en la demanda.

- **NO ME CONSTA** el hecho **9º)** de la demanda, sobre las actuaciones de mi representada en la etapa de la **investigación** y la **CALIFICACIÓN DEL MÉRITO DEL SUMARIO**, dictando **RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN** contra del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, como presunto autor responsable de **ESTAFA AGRAVADA**, en concurso heterogéneo con **FRAUDE PROCESAL** y **PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**, por **prescripción** de la acción penal, por los delitos de **FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO Y FALSEDAD EN DOCUMENTO PÚBLICO**; por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor en la demanda.

- **ME OPONGO** a los hechos **10º)** y **11º)** de la demanda, sobre la **inactividad** del proceso en la etapa del **Juzgamiento**, la cual conllevó la **CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO**, por **PRESCRIPCIÓN** de la acción penal. Lo anterior, con base en los artículos 80 y 83 del C.P., porque dichas circunstancias **NO** son atribuibles **fáctica** ni **jurídicamente** a la Fiscalía General de la Nación, dado que dicho fenómeno procesal acaeció, por causas **ajenas** y **extrañas** a mi representada, esto es, con posterioridad a la **ejecutoria** de la **resolución de acusación** proferida contra del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, como presunto autor responsable de **ESTAFA AGRAVADA**, en concurso heterogéneo con **FRAUDE PROCESAL**.

- **ME OPONGO** a los hechos **12º a 16º, 22º, 27º, 30º a 33º** de la demanda, sobre la crítica que se expresa en ellos de las actuaciones de mi representada y las autoridades judiciales que conocieron el proceso porque, realmente, no son hechos sino valoraciones del actor para fundamentar las pretensiones de la demanda.

- **NO ME CONSTAN** los hechos **1º a 5º, 8º, 17º a 21º, 23º a 26º, 28º, 29º, 34º y 35º** de la demanda, sobre el entorno personal, familiar, laboral, social y económico del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, tampoco sus antecedentes judiciales y policivos, el tiempo de detención ni los perjuicios materiales e inmateriales que, se aduce en ellos, les fueron ocasionados a los demandantes, con ocasión del proceso penal seguido en su contra por los mentados delitos; por lo tanto, sobre los anteriores aspectos, me atengo a lo que acrediten las pruebas aportadas y solicitadas por el actor en la demanda.

### 3. LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y CONDENAS DE LA DEMANDA

Solicita el actor se declare que la Nación – Rama judicial - Fiscalía General de la Nación -, son administrativamente responsables de los daños ocasionados a los demandantes, como consecuencia de los actos, actividades, operaciones u omisiones dentro del proceso penal 1100131040 49 2016 00290 (Sumario No. 687258), adelantado contra el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, por los presuntos delitos de FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD DE DOCUMENTO PRIVADO, FRAUDE PROCESAL y ESTAFA AGRAVADA, en el cual fue privado de la libertad entre el 23 y el 29 abril de 2003, pero beneficiado con medida de CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO, por PRESCRIPCIÓN de la Acción penal, proferida el 2 de agosto de 2016 por *el Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, D.C.*, decisión la cual fue confirmada el 16 de noviembre del mismo año por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, D.C.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita el actor se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios descritos en la demanda.

### 4. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A LAS PRETENSIONES

#### 1- Inexistencia del daño antijurídico

**ME OPONGO** a las pretensiones de la demanda, **PORQUE** en el presente caso no está demostrado el carácter **“injusto”** del daño reclamado, bajo los títulos de imputación denominados *privación injusta de la libertad, error judicial o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución de 1991, el cual consagra la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación de este a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de sus agentes, bien sea bajo los criterios de falla del servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

Luego, para que exista la responsabilidad extracontractual del Estado, se requiere de tres elementos, a saber: el daño antijurídico, el hecho generador del mismo y un nexo de causalidad que permita imputar el daño a la conducta (acción u omisión) del agente estatal, generador del daño.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el *daño antijurídico* y su *imputación*, desde el ámbito fáctico y jurídico.

Lo anterior, claro está, siempre que el imputado no se encuentre en el deber jurídico de soportar el daño, lo cual puede ocurrir en las causales exonerativas de responsabilidad, denominadas *hecho de la víctima* y *hecho de un tercero*, las cuales impiden la *imputación* del daño, esto es, la atribución jurídica, y hacen entonces improcedente la declaratoria de responsabilidad.

En el presente caso, de los hechos de la demanda se desprende que el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, fue vinculado al proceso penal 1100131040 49 2016 00290 (Sumario No. 687258), por los presuntos delitos de FALSEDAD DE DOCUMENTO PÚBLICO, FALSEDAD DE DOCUMENTO PRIVADO, FRAUDE PROCESAL y ESTAFA AGRAVADA.

Así mismo que al mismo le fue impuesta *medida de aseguramiento* de **detención preventiva**, por los mencionados delitos, la cual, no obstante, se observa, resalto, **no se hizo efectiva**.

No se acredita que, frente a la anterior medida, el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS** o su defensor, hubieran formulado objeciones, tampoco interpuesto los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que la misma fue **LEGAL** y se mantuvo **INCÓLUME** durante todo el proceso, con lo cual se desvirtúa que hubo *error, falta o falla* en la prestación del servicio de la Administración de Justicia.

Acerca de los fines de la medida de aseguramiento, conviene precisar que esta se instituye con los únicos fines previstos en el artículo 355 del C.P.P., esto es, *“...para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria*.

Luego, en el caso concreto no está demostrado que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN carecía de los elementos de juicio suficientes y válidos para investigar y ordenar la vinculación del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS** al proceso.

En torno a la imposición de la medida de aseguramiento de *detención preventiva*, conviene señalar que la H. Corte Constitucional, en sentencia C-774 de 2001, ha explicado que la detención preventiva, la cual implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal, con los fines arriba indicados, como su nombre lo indica, constituye un acto jurisdiccional de naturaleza perentoria, preventiva y provisional en el desarrollo del proceso penal, al cual acceden las partes, bajo el cumplimiento de los estrictos requisitos que la Constitución y la ley consagran.

Por otro aspecto, es claro que la anterior medida no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues su adopción no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

Conforme a lo anterior, la persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que, precisamente, la circunstancia de hallarse éste en curso, acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal.

Según se aprecia, la protección de la libertad consagrada en el artículo 28 de la Constitución Política **NO** es absoluta, porque es viable su restricción en los casos y con las formalidades

previstas en el ordenamiento legal, como en los mecanismos de la **CAPTURA y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA**, los cuales reitero se instituyen solo para asegurar la comparecencia del imputado al proceso, el aseguramiento de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, las víctimas.

Desde la anterior óptica, el **daño antijurídico** reclamado en la demanda por la **privación injusta de la libertad** del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, resulta **INEXISTENTE** a la luz de los criterios establecidos en la sentencia C-037 de 1996, la cual señala:

**"...el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se torne evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria. (Subrayo y resalto)**

**Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aún de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión del patrimonio del Estado, que es el común de todos los asociados." (Subrayo y resalto)**

**"... una falta por parte del administrador de justicia que conlleve responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (Art.228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto, hacia la autonomía funcional del juez". (Subrayo y resalto)**

Referente al concepto **daño antijurídico**, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, dentro del Expediente con radicación 73001-23-31-000-2002-01099-01 (30.079), en Sentencia proferida el 12 de Noviembre de 2014, señaló al respecto:

"(...)

**El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social.(...)" (Resalto y subrayo)**

En el caso de estudio, **NO** demuestra el actor en la demanda que, frente a la **medida de aseguramiento de detención preventiva** impuesta, las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación fueran contrarias a la Constitución o la Ley, caprichosas, arbitrarias o irrazonables en clave

de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos al Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**.

Por el contrario, atendida las circunstancias procesales, se observa que las actuaciones de la mi representada estuvieron siempre sustentadas en la prevalencia, respeto o consideración de los intereses jurídicos legalmente tutelados de la *Fe Pública, la Administración Pública y el Patrimonio Económico*.

Por lo tanto, **NO** se demuestra en la demanda que frente a la anterior medida **hubo un rompimiento de las cargas públicas del Señor ALFONSO WILCHES TAPIAS, más allá de los límites constitucional y legalmente permitidos.**

Cabe señalar que, de acuerdo con la Sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 5 de agosto de 1994, expediente 8485, con ponencia del Docto Carlos Betancourt Jaramillo, para que exista indemnización de perjuicios por la presunta *falla del servicio*, se deben tener en cuenta las circunstancias en las cuales se debe prestar el servicio y determinar si la falla es de tal magnitud que la conducta de la administración deba ser considerada como anormalmente deficiente, lo cual en el presente caso no está demostrado.

En el anterior sentido la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en la sentencia de 3 de febrero de 2010. Rad. Número: 68001-23-15-000-1996-01457-01(17293), al respecto expresó:

"(...)

*Según la doctrina, el funcionamiento anormal de la administración de justicia está referido a unos estándares de lo que se considera un funcionamiento normal:*

**"La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, debe partir de una comparación de lo que sería o debía ser el funcionamiento normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos standards de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la Administración de Justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses de los justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda idea de culpa o negligencia aunque tenga en éstas su origen y se basa únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación"<sup>1</sup>.**

Desde la anterior óptica la privación de la libertad del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS** en razón de la medida de aseguramiento que le fue impuesta, no fue injusta y, en consecuencia, no le es dable al actor predicar que hubo error judicial, falta o falla en las actuaciones de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN dentro del proceso penal que se adelantó contra, pues no explica realmente el alcance o el concepto de violación de las normas que, en su sentir, debieron ser observadas.

Por otro aspecto, se establece que el proceso penal adelantado contra el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, en cuestión, culminó realmente, **NO** bajo alguno de los supuestos que actualmente permiten inferir "**objetivamente**" que una persona fue *privada injustamente de la*

---

<sup>1</sup>. (pie de página de la cita) Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, El Poder Judicial, Madrid, Edit. Tecnos, 1986. P. 358

*libertad*, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996; esto es, los supuestos señalados por el derogado artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, consistentes en que *el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible*, sino, antes bien, por haber sobrevenido el fenómeno procesal de la **prescripción** de la acción penal en la etapa del **juzgamiento**, lo cual conlleva el carácter **incierto** de las resultas del proceso penal adelantado, dado que, simplemente, resalto, **los hechos investigados no fueron juzgados**.

Sin embargo, la anterior circunstancia **NO** torna de manera **“automática”** en ilegales, injustas o arbitrarias las actuaciones de la Fiscalía en la investigación seguida en contra del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, en la investigación y el Juicio.

Así lo señaló el H. Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO HERRERA, al aclarar su Voto en la Sentencia proferida por el H. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá, D.C., el veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), dentro de la Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00082-01(47380), Actor: JOHN CARLOS PEÑA VISCAYA Y OTROS, Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, cuando al respecto expresó:

“(…)

*En mí sentir, los únicos supuestos que permiten inferir objetivamente que una persona fue privada injustamente de la libertad, aún con la entrada en vigencia de la Ley 270 de 1996, son los señalados por el derogado artículo 414 del C. de P.P., pues, en los eventos no contemplados en la citada norma, quien haya sido privado de la libertad está en la obligación de demostrar la injusticia de la medida, esto es, debe acreditar la existencia de una falla en la prestación del servicio. (Subrayo y resalto)*

*El legislador fue claro y enfático en establecer únicamente esos tres eventos como aquellos en los cuales la persona que sufre una detención preventiva y luego es exonerada de responsabilidad penal tiene derecho a ser indemnizada, sin entrar a hacer calificaciones o elucubraciones de índole alguna, salvo que dicha medida obedezca a una actuación dolosa o gravemente culposa de la víctima, evento en el cual hay lugar a exonerar de responsabilidad a la demandada. (Subrayo y resalto)*

*De hecho, pueden darse múltiples ejemplos de casos en los que la exoneración de responsabilidad penal se dé por razones distintas a las tres que la norma en cita consagra como generadoras de responsabilidad de la administración, como cuando opera una causal eximente de antijuricidad o de culpabilidad, **o cuando la detención se produce por delitos cuya acción se encuentra prescrita** (resalto), o por una conducta que la legislación haya dejado de considerar delictiva, o cuando la detención se produce en un proceso promovido de oficio frente a un delito que exija querrela de parte, o cuando la medida restrictiva de la libertad se produce sin fundamento legal o razonable o ésta resulta desproporcionada en consideración al delito de que se trate, **casos en que la responsabilidad que obliga a indemnizar se resuelve bajo el título de falla en la prestación del servicio y ante los cuales no se ve razón válida alguna para dar un tratamiento diferente al del indubio pro reo.** (Subrayo y resalto)*

*(…)*

**Lo acabado de expresar cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por otra parte, que el numeral 1 del artículo 250 de la Constitución Política obliga a la Fiscalía General de la Nación a solicitar las medidas que se requieran para asegurar que el imputado**

**comparezca al proceso penal, que es una de las finalidades que se persigue con la detención preventiva.** (Subrayo y resalto)

**A lo anterior se añade que resultaría cuando menos absurdo que el Estado tuviera que indemnizar por una privación de la libertad dispuesta, incluso, con el mencionado sustento constitucional.** (Subrayo y resalto)

Conviene precisar que las funciones constitucionales y legales de la Fiscalía General de la Nación **NO** se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita sentencia condenatoria.

Así lo ha manifestado el **H. Consejo de Estado** en la sentencia del 6 de diciembre de 2017, dentro del proceso 73001-23-00-000-2012-00327-01(53905), donde considera que si bien es cierto que el ente acusador fue la autoridad que promovió la acción penal y recaudó los elementos materiales probatorios que llevaron a la imposición de la medida de aseguramiento, “...**no es menos cierto que sus funciones constitucionales y legales no se encuentran encaminadas a lograr que en todos los eventos se emita condena, sino que las mismas, de conformidad con los artículo 250 de la Constitución Política y 66 de la Ley 906 de 2004, tienen como finalidad que se investiguen los supuestos que revisten las características de delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen su posible existencia.**”(destaco)

En el mismo sentido la **H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, en Sala de Casación, dentro del radicado número: 29118, de fecha 23/04/2008, sobre el anterior aspecto, señaló:

**“(...) la Sala no aprecia que de verdad la función que constitucional y legalmente le ha sido deferida a la Fiscalía, se agote, o mejor, cumpla su propósito con el solo hecho de obtener que a toda costa se emitan sentencias de condena, únicamente porque la decisión de acusar marca el sino indefectible del comportamiento procesal a adoptar por ese ente en el período enjuiciatorio.**  
(Subrayo y resalto)

*En este sentido, debe recordarse cómo la implementación del sistema acusatorio en nuestro país implicó una reforma constitucional que, en lo sustancial, representó variar las competencias y funciones de la Fiscalía General de la Nación, a efectos de obtener, como se dijo en la exposición de motivos del proyecto, que esa entidad dejara de lado o minimizara al extremo sus funciones eminentemente judiciales, para que pudiera concentrarse en las tareas de investigación y acusación, inherentes a la sistemática buscada implementar.*

(...)

**Porque, si bien, dentro de la sistemática acusatoria, a la Fiscalía se le otorga la función instrumental, propia de ella, de acusar, no puede significarse que esa tarea represente un fin en sí mismo, o mejor, gobierne la teleología de qué es lo debido realizar por el fiscal en cada caso concreto.** (Subrayo y resalto)

**Elo, por cuanto, aunque esa nueva perspectiva del actuar de la fiscalía dentro de un proceso de partes implica de sus funcionarios una determinada actividad encaminada a demostrar la que se ha asumido particular teoría del caso, por virtud de lo cual ya no se hace imperativo el mandato de la Ley 600 de 2000, de investigación integral que busque allegar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado, es lo cierto que su teoría del caso debe basarse en hechos objetivos, reconociendo aún las aristas que puedan representar beneficio para el procesado, pues, resulta inaudito que se diga cubierto el**

**cometido constitucional de la Fiscalía, solo porque, adoptada una particular perspectiva de los hechos, se obtuvo la sentencia condenatoria pretendida, aún reconociendo que esa óptica no se corresponde con la realidad.** (Subrayo y resalto)

(...)

**En suma, la adscripción de la Fiscalía a la rama judicial, encomendándosele como función constitucional la de administrar justicia, así como los imperativos legales de que debe actuar con objetividad y lealtad, determinan que si bien, instrumentalmente en ese órgano radica la obligación de acusar, ello no implica que deba hacerlo a toda costa o que pueda pasar por alto circunstancias objetivas en punto de los hechos y la forma de responsabilidad que cabe endilgar a los acusados.** (Subrayo y resalto)

La H. CORTE CONSTITUCIONAL, mediante SENTENCIA SU-072/18, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, ha señalado que la responsabilidad del Estado, materia de *privación de la libertad*, no se define a partir de un título de imputación único y excluyente (objetivo o subjetivo), dado que éste debe obedecer a las particularidades de cada caso, y que definir una fórmula automática, rigurosa e inflexible, a partir de un título de imputación objetivo, cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia -aplicación del principio *in dubio pro reo*- o, incluso en otros eventos, como por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, sin que medie un análisis previo del juez que determine si la decisión que restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, ello transgrede el precedente constitucional, con efecto *erga omnes*, fijado en la sentencia **C-037 de 1996**, acerca del debido entendimiento en los casos de *privación injusta de la libertad* y, de paso, el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, lo cual vulnera los derechos al **debido proceso y a la igualdad**, así como el principio de **sostenibilidad fiscal**.

Por ello, en la Sentencia Constitucional en comento se insta al juez administrativo que con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice, la **conducta de la víctima** es un aspecto que se debe valorar, si tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, esto es, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa.

En igual sentido, el H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA-, CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, mediante Sentencia de Unificación 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947) proferida el quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), señaló que cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el **hecho no existió**, que **el sindicado no cometió el ilícito** o que **la conducta investigada no constituyó un hecho punible**, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, **será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño, entendido como aquel que el administrado no se encuentra en el deber de soportar**; por lo tanto, se exhorta al juez administrativo verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad, **visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil**, actuó con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Por lo demás, se indica en la citada providencia que si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, **debe**



**establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.** (Subrayo y resalto)

En todo caso, finalmente, señala que el funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

La Cesación de Procedimiento en favor del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, por prescripción de la acción penal, no torna *per se* en ilegales, injustas o arbitrarias las actuaciones de mi representada, durante la investigación y el Juicio, pues si los hechos y su responsabilidad no fueron juzgados, entonces es claro que el mencionado debe soportar a cabalidad las consecuencias del proceso penal seguido en su contra.

Lo anterior, si se tiene en cuenta, por otra parte, que conforme al artículo 250 de la Constitución Política, LA Fiscalía General de la Nación cumple sus funciones concentradas de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito, que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre que medien motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

No puede, en cambio, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad, regulado dentro del marco de la política criminal del Estado.

Luego, en el presente caso, carece de fundamento la crítica del actor sobre las actuaciones cumplidas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACION en torno a la *medida de aseguramiento* de detención preventiva impuesta contra el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, dado que de los hechos de la demanda se desprende que de la información legalmente obtenida, en el proceso penal en cuestión se podía inferir razonablemente que el mencionado podía ser autor o partícipe de las conductas delictivas investigadas, cumpliéndose además alguna de las finalidades y los requisitos del artículo 355 del C.P.P., vigente.

## **2-. Culpa de la Víctima**

Considero que en el caso de estudio se presenta la “*Culpa de la Víctima*”, como causal excluyente de responsabilidad del Estado.

Lo anterior, porque frente a la medida de aseguramiento de detención que le fue impuesta, la cual -reitero- NO SE HIZO EFECTIVA, el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS** o su defensor, no formularon objeciones, tampoco se observa que hayan ejercitado los recursos que la ley concede, por lo cual se tiene que la misma fue **LEGAL** y se mantuvo **INCÓLUME** durante todo el proceso, con lo cual se desvirtúa que hubo *error, falta* o *falla* en la prestación del servicio de la Administración de Justicia.

Sobre la “*culpa de la víctima*” como causante del “*daño*”, prevé el Artículo 70 de la ley 270 de 1996:

*“ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima **cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo**, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”* (Subrayo y resalto).

En torno a la exequibilidad de la norma en comento, la H. Corte Constitucional en la Sentencia de exequibilidad C-037-96 de 5 de febrero de 1996, consideró que la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual *“nadie puede sacar provecho de su propia culpa”*

La anterior disposición, tiene su arraigo en un principio básico del derecho, según el cual *“nadie puede sacar ventaja de su propia torpeza”* [*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*], que además tiene su sustento en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup> y, en el ordenamiento interno, en los arts. 83, 90 y 95 de la Constitución Política de 1991.

Sobre el **daño antijurídico y el hecho de la víctima**, el H. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección tercera. Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, en Sentencia de 5 de diciembre 2.005, Radicación número: 41001- 23-31-000-1990-05732-01(12158), ha expresado que este debe reunir dos características básicas, específicamente:

*“(…). La primera: no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues **solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad**. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta).*

*“(…). La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución). **En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones legales y legítimas de los particulares.**”(Resaltado fuera de texto)*

Respecto del **juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima**, la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado<sup>3</sup>, ha señalado que:

*“El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, “en el marco de la responsabilidad civil extracontractual*

---

<sup>2</sup> *Que a la sazón reza:* “Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido (...)”. (se resalta).

<sup>3</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección B; C. P: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Bogotá, D.C., Catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) -Radicado No.: 20001-23-31-000-2010-00235-01(42771)

*las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio<sup>4</sup>. **Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta** (Subrayo y resalto), que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.*

*Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que **la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C<sup>5</sup>, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa; esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente**(Subrayo y resalto).*

*De esta manera, **el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que "los efectos de la sentencia penal (...), no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos"**<sup>6</sup>. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total **ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante.**<sup>7</sup>."*

Conforme a lo anterior, en el presente caso se establece que el daño reclamado por el Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**, aunque tuvo su causa material e inmediata en la actividad de la Administración de Justicia, a través de su vinculación mediante indagatoria y la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra, la cual reitero, no se hizo efectiva, la misma fue auspiciada por él mismo, si era ajeno a las conductas endilgadas, al no ejercitar el mismo o su defensor los recursos legales que tuvo a su alcance, lo cual constituyó en exclusiva la cusa **adecuada y eficiente** en la producción del daño reclamado, por su vinculación al proceso penal que se adelantó en su contra y, respecto del cual, se profirió Cesación de procedimiento, por prescripción de la acción penal.

Conforme a lo anterior, en el presente caso, se debe excluir la responsabilidad del Estado, por cuanto el daño reclamado en la presente demanda se debe atribuir a la falta de conducta del Señor **ALFONSO WILCHES TAPIAS**.

Con base en los argumentos de defensa expuestos, solicito a su Señoría despachar desfavorablemente las pretensiones de la presente demanda, respecto de la Fiscalía General de la Nación.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>5</sup> ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

<sup>6</sup> Exp. 42.376, op.cit.

<sup>7</sup> Exp. 42.376, Op.cit.

## 6. NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Diagonal 22 B No. 52 - 01, Primer Piso del Edificio Nuevo, Ciudad Salitre, Bogotá, Dirección Jurídica de la Fiscalía General de la Nación, [jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co](mailto:jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co) y [antonio.valderrama@fiscalia.gov.co](mailto:antonio.valderrama@fiscalia.gov.co) . Contacto: Cel. 3112502983

Del Señor Juez,



**JESUS ANTONIO VALDERRAMA SILVA**

**C. C. 19.390.977 Bogotá**

**Tarjeta Profesional No. 83.468** del C. S. de la Judicatura

**CONTACTO: CEL. 3112502983**



DEAJALO21-3241

Bogotá D.C, martes, 18 de mayo de 2021

Doctor

**ALEJANDRO BONILLA ALDANA**

Juez Sesenta (60) Administrativa de Bogotá - Oralidad.

Sección Tercera.

E.S.D.

Referencia: 11001-33-43-060-2019-00290-00.

Medio Control: Reparación Directa

Actor: Alfonso Wilches Tapias y Otros.

Demandado: Nación - Rama Judicial y Otros.

JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ, identificado con la cédula de ciudadanía No.10'539.319 de Popayán, titular de la tarjeta Profesional No.43.870 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la Nación - Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en el proceso de la referencia, según poder que adjunto, estando dentro del término legal, procedo a contestar la demanda, en los siguientes términos:

## 2.- A LAS PRETENSIONES

Con todo respeto me opongo a la prosperidad de la pretensiones de la presente demanda, por cuanto no se configuran los requisitos para que se configure un error judicial y menos un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

## 3.- A LOS HECHOS

Los hechos de la presente demanda son parcialmente ciertos, por cuanto constituyen los antecedentes del proceso penal radicado con el No11001-31-04-049-2016-00290-00 NI 687258, adelantado contra ALFONSO WILCHES TAPIAS y Otros por los delitos de: fraude procesal, falsedad de documento público, falsedad de documento privado y estafa agravada, adelantado bajo el procedimiento previsto por la Ley 600 de 2000. La Rama Judicial no está de acuerdo con los hechos relacionados con el error judicial, el defectuoso funcionamiento ni la privación injusta, ni los perjuicios reclamados, Los aspectos más relevantes resumo en los siguientes términos:



En desarrollo de sus actividades laborales con la Empresa WINCOLNET DE COLOMBIA LIMITADA en el año 2001 quedó vinculado como Ingeniero de Sistemas con Funciones de Apoyo Técnico, al servicio de empresas o entidades contratantes de dicha empresa, siendo asignado en la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, para desarrollar y/o ejecutar un programa de sistemas destinado a llevar el control de los pagos que el FONDO NACIONAL DE FINANCIACIÓN DE PARTIDOS Y CAMPAÑAS ELECTORALES DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL debía realizar en cumplimiento de la Legislación vigente y por Reposición de gastos a partidos y candidatos políticos.

Como consecuencia de una defraudación a dicha entidad y su relación existente por la mencionada labor que ejecutaba, en el año 2003 la Fiscalía lo investigó y le imputo cargos por los delitos de: fraude procesal, falsedad de documento público, falsedad de documento privado y estafa agravada, por lo que en su contra la Fiscalía libró orden de captura, la cual se materializó el 23 de abril de 2003.

El 29 de abril de 2003 fue dejado en libertad por decisión de la misma Fiscalía 153 Seccional, motivada al parecer en la ILEGALIDAD de la captura.

El 25 de abril de 2003 ALFONSO WILCHES TAPIAS fue oído en indagatoria por la Fiscalía 153 Seccional dentro del SUMARIO No. 687258.

El 15 de mayo del mismo 2003 se le resolvió su situación jurídica por parte de dicha Fiscalía 153 Seccional de esta Ciudad, Unidad Sexta de Patrimonio Económico en la cual impuso en su contra MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, negándole la libertad provisional, y nuevamente se libró en su contra orden de captura. Esta se

Aduce el apoderado de la parte actora que como consecuencia del proceso penal en su contra del señor ALFONSO WILCHES TAPIAS fue desvinculado de las Empresa en la que laboraba y al parecer no se ha podido volver a vincular.

La defensa del aquí demandante solicitó a la Fiscalía decretara la preclusión a favor del señor WILCHES TAPIAS.

El 27 de febrero de 2009 la Fiscalía 153 Seccional de esta ciudad, calificó el MÉRITO DEL SUMARIO y negó la PRECLUSIÓN y profirió RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de ALFONSO WILCHES TAPIAS “como presunto autor responsable de Estafa Agravada en concurso heterogéneo con Fraude Procesal” y



precluyó la investigación por Prescripción de la Acción Penal por los delitos de Falsedad en documento Privado y Falsedad en Documento Público. Esta decisión fue impugnada mediante los recursos de reposición y de apelación, la cual fue confirmada en segunda instancia en todas sus partes.

En la etapa de juicio, por reparto correspondió el conocimiento al Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá. Este Despacho NO pudo realizar la audiencia preparatoria por no tener a su disposición la totalidad de actuaciones procesales.

El proceso penal por la congestión judicial pasó al Juzgado 1º Penal del Circuito de Descongestión de esta misma ciudad en el que permaneció INACTIVO durante un tiempo y luego el proceso pasó al Juzgado 2º Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá y finalmente fue reasignado al Juzgado 49 Penal del Circuito de Bogotá, radicado con el No. 11001-31-04-049-2016-00290-00 NI. 687258.

Afirma el apoderado de la parte actora que, ante este Despacho radicó nuevamente solicitud de cesación de procedimiento por PRESCRIPCIÓN, la cual fue resuelta con auto del 2 de agosto de 2016 y en el que se declaró la CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO por PRESCRIPCIÓN. Contra esta decisión el apoderado de la parte civil interpuso los recursos de reposición y apelación. El de reposición fue confirmado el 9 de septiembre de 2016.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante auto del 10 de noviembre de 2016, la confirmó la sentencia que puso fin al proceso. Se libraron los oficios ordenando la cancelación de la orden de captura, antecedentes y su libertad, ordenes que se ejecutaron en el año 2019.

Por estos hechos considera la parte actora que por la privación de la libertad entre el permaneció privado de la libertad desde el día desde el 23 de abril de 2003 a 10 de noviembre de 2016, es decir, por trece (13) años, seis (6) meses y diecisiete (17) días, considera que se le han causado perjuicios por lucro cesante y perjuicios morales que en su criterio ascienden a la suma de \$3.225'159.594,00.



### 3.- FUNDAMENTOS DE LA DEFENSA

#### Normatividad aplicable

Este proceso penal se tramitó en vigencia de la Ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal.

El estudio de este caso se abordará desde bajo tres títulos de imputación, el de la privación injusta de la libertad, el error jurisdiccional y el del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por lo que primeramente es necesario tener en cuenta la normatividad aplicable.

#### La presunta privación injusta de la libertad

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:

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

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:

Error jurisdiccional (Art. 67)

Privación injusta de la libertad (Art. 68).

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 proceso penal en vigencia de la Ley 600 de 2000, anterior Código de Procedimiento Penal, según el cual, el proceso tenía dos etapas claramente definidas:





**ETAPA DE INVESTIGACION:** Correspondía adelantarla a la Fiscalía General de la Nación; etapa que comprendía la investigación preliminar y la investigación propiamente dicha, que iniciaba con el auto de apertura, proseguía con la vinculación al proceso del sindicado mediante indagatoria; continuaba con la definición de su situación jurídica, cuya consecuencia era la imposición o no de la medida de aseguramiento; y finalizaba con la calificación del sumario que podía derivar en preclusión de la investigación, o en resolución de acusación (ver Arts. 330 y s.s. Ley 600/00). De conformidad con lo expuesto, fue la misma Ley 600 de 2000, la que asignó, en forma exclusiva, a la Fiscalía General de la Nación, la función de proferir las medidas de aseguramiento, sin intervención de los jueces de la República.

**ETAPA DE JUZGAMIENTO:** Correspondía a los jueces penales, iniciaba con la audiencia preparatoria (Art. 400 Ley 600/00); continuaba con la audiencia pública de juzgamiento en la que se practicaban las pruebas; se presentaban los alegatos de conclusión; y se finalizaba con la sentencia de prescripción de la acción penal (ver Art. 399 y ss Ley 600 DE 2000).

El artículo 74 de la Ley 600 de 2000, vigente para la época de los hechos, establecía: “Quiénes ejercen funciones de instrucción. Corresponde a la Fiscalía General de la Nación dirigir, realizar y coordinar la investigación e instrucción en materia penal”, es decir, en el proceso al que resulto vinculado el señor ALFONSO WILCHES TAPIAS contra quien la Fiscalía General de la Nación, en ejercicio de sus funciones legales, llevó a cabo la instrucción, en virtud de lo cual, vinculó, resolvió situación jurídica, cerró la investigación, calificó el sumario. E IMPUSO MEDIDA DE ASEGURAMIENTO, SIN INTERVENCION JUDICIAL.

Por haberse tramitado este proceso en vigencia de la Ley 600 de 2000, la medida de aseguramiento la impuso la Fiscalía.

La sentencia de primera instancia se analizará más adelante.

### **Normatividad aplicable**

Este estudio también se abordará desde el título de imputación del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, si se tiene en cuenta que en el presente caso el demandante reclama perjuicios por no haber podido obtener un fallo a su favor que ordene el reconocimiento de los perjuicios, por cuanto se decretó la prescripción de la acción penal.

Teniendo en consideración que el título de imputación alegado es el presunto “defectuoso funcionamiento de la administración de justicia”, se estima pertinente 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 sobre el punto ha enseñado la jurisprudencia y examinar si la parte demandada debe responder por los hechos alegados.

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 pública.

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:

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

La parte actora funda la pretendida responsabilidad del Estado en una presunta falla en el servicio, sin embargo, para que pueda considerarse como una verdadera causa de perjuicio que comprometa la responsabilidad Estatal, ***“no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración puede considerarse como “anormalmente deficiente”.*** (Consejo de Estado, Sentencia de agosto 4 de 1994. Expediente 8487). Negritas fuera del texto.

El Consejo de Estado, respecto al tema ha pronunciado de atañe de la siguiente manera:

*“Pero decir daño antijurídico no quiere significar que la noción de falta o falla del servicio desapareció de la responsabilidad estatal y menos que el acreedor de la indemnización ya no tenga que probar la falla si la hubo o la conducta irregular que lo lesionó.*



*En otras palabras, cuando se alega que la conducta irregular de la administración produjo el daño (la falta 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 supuesto de la responsabilidad deberá gobernarse por las normas de la carga probatoria. Y cuando se afirma que ese daño se produjo sin falta o falla de la administración, pero que el que lo sufre no tenía por qué soportarlo, el acreedor, como es apenas evidente, deberá demostrar el daño y el por qué, pese a ser legal la actuación de la administración, no tenía por qué sufrirlo.*

*En síntesis, la nueva Constitución, a pesar de su amplitud en materia de responsabilidad, no la hizo exclusivamente objetiva ni borró del ordenamiento la responsabilidad por falla en el servicio. Las nociones de imputabilidad y de daño antijurídico así lo dan a entender".*

En el régimen de imputación subjetivo de responsabilidad denominado falla del servicio probada, la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos necesarios:

- El daño sufrido por el interesado;
- La falla del servicio propiamente dicha, consistente en el mal funcionamiento del servicio porque éste no funcionó cuando debió hacerlo o, lo hizo tardía o equivocadamente y;
- Una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Cabe resaltar igualmente que, en los juicios de responsabilidad patrimonial del Estado por las acciones u omisiones de la Rama Judicial, procede también el análisis de los llamados eximentes, o mejor excluyentes de imputación, tales como la fuerza mayor, el hecho exclusivo del tercero y el hecho exclusivo de la víctima, como quiera que estos eventos integran esta institución jurídica y definen los elementos generales que la edifican.

Así, el H. Consejo de Estado lo ha precisado en abundantes providencias que cuando se demuestra que el daño provino de un evento constitutivo de fuerza mayor, hecho del tercero y el hecho de la víctima, la imputación no se configura y, por ende, no procede declarar la responsabilidad del Estado.

Respecto de esta modalidad de falla judicial ha señalado de manera reiterativa el Consejo de Estado que:



*“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, 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.*

*(...) El error jurisdiccional se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, en tanto que la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales. La doctrina Española para diferenciar el error judicial del defectuoso funcionamiento explicó “... nos encontramos en el dominio de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia , siempre y cuando la lesión se haya producido en el “giro o tráfico jurisdiccional ” entendido este como el conjunto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado(excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerán en el ámbito del error judicial); a sensu contrario, no entrarían en este concepto aquéllas actividades que produjesen un daño –incluso si éste fuese identificado plenamente como achacable a la actuación de un Juez o Magistrado –si su actuación no se hubiese realizado en el mencionado “giro o tráfico jurisdiccional ”, sino en otro tipo de actuaciones distintas. **En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho” Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá***



**derecho a obtener la consiguiente reparación**<sup>1</sup>(*Subrayas fuera del texto*).

### La sentencia C - 037 de 1996.

Respecto a la noción de daño antijurídico, la sentencia de la Corte Constitucional en la sentencia C - 037 de 1996, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 68 de la Ley 70 de 1996, bajo el entendido de que el término **“INJUSTAMENTE” para efectos de solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de procedimientos legales, de tal forma que se entienda que la privación de la libertad no resultó apropiada, ni acorde con el ordenamiento jurídico, claramente arbitraria (ratio decidendi).**

Dicha sentencia impone a la parte demandante acreditar que el Operador Judicial adoptó la decisión de manera caprichosa, arbitraria o desconociendo los procedimientos legales, aspecto que en el presenta la parte actora no ha demostrado.

El estudio del presente caso se abordará desde el título de imputación del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, si se tiene en cuenta que en el presente caso el demandante reclama perjuicios porque la prescripción de la acción penal decretada a su favor y no pudieron obtener un fallo absolutorio definitivo a su favor.

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.

<sup>1</sup> *Consejero ponente, Dr. Ricardo Hoyos Duque. 22 de Noviembre de 2001. Radicación número 25000-23-26-000-1992-8304-01 (13164). Actor: Fernando Jiménez y Carlos Hernando Ruiz Peña. Demandado: Nación – Ministerio de Justicia.*



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.

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 *ibídem* 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.*

*Por otra parte, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca aclaró en la providencia del 29 de mayo de 2014, que declaró la prescripción de la acción penal, que el periodo en que permaneció el proceso en el Despacho, el Tribunal se encontraba atendiendo otros procesos que tenían prioridad en razón a su turno de ingreso o prelación: “el tiempo que ha permanecido el proceso en esta Corporación se atendieron otros asuntos en razón a su prelación legal o de ingreso, y cuando se encontraba el Despacho decidiendo la alzada encontró que desde la fecha de la ejecutoria de la resolución de acusación, 28 de mayo de 2009, a la fecha actual, 29 de mayo de 2014, han transcurrido más de 5 años, términos que exige el artículo 86 de la Ley 599 de 2000 como mínimo para el nuevo conteo del término prescriptivo de la acción penal, (…)”.*

## Caducidad



El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero, en pronunciamiento del 18 de marzo de 2010, Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01 (19099), sostuvo:

*“...Se tiene por cierto que la caducidad se configura cuando el plazo fijado en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido<sup>2</sup>. Esta sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.*

*Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido y finalidad de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por el juez competente.*

*Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga<sup>3</sup> para que, ante la materialización de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.*

*Y sobre las características de la figura, la doctrina ha manifestado:*

*“a) En primer término, la caducidad produce la extinción de la acción afirmada en cada caso concreto... y del derecho a impedir que se logre su declaratoria oficiosa por no presentación oportuna de la petición necesaria para su reconocimiento.*

*“b) La caducidad no es susceptible de renuncia, pues transcurrido el tiempo automáticamente genera todos sus efectos. De ahí que, aún cuando el posible*

<sup>2</sup> Se produce cuando el término concedido por la ley, para entablar la demanda, ha vencido. El término de caducidad está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, sin consideración a situaciones personales, invariable, para que quien se pretenda titular de un derecho opte por accionar o no. Es por lo anterior que se da aplicación a la máxima latina “*contra non volentem agere non currit prescriptio*”, es decir que el término de caducidad no puede ser materia de convención, antes de que se cumpla, ni después de transcurrido puede renunciarse. Dicho de otro modo, el término para accionar no es susceptible de interrupción, ni de renuncia por parte de la Administración. Es, que el término prefijado por la ley, obra independientemente y aún contra voluntad del beneficiario de la acción. La caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado, para el ejercicio de acción”. Sentencia proferida por la Sección Tercera del consejo de Estado el 11 de mayo de 2000, expediente 12.200.

<sup>3</sup> “(...) durante la marcha del proceso son innumerables las ocasiones en que corresponde a la parte ejercitar determinado acto, cuya omisión le traerá la pérdida de una oportunidad procesal; es lo que se denomina cargas procesales”.

Devis Echandia, Hernando “Teoría General del proceso”, Ed. Universidad Editores, Buenos Aires, Pág. 44.





*favorecido con la eficacia de la caducidad quisiera no tenerla en cuenta, el juez de todas maneras la declarará oficiosamente...*

*“c) La caducidad, cuando se trata de computar el término respectivo, no se fija en la noción de exigibilidad de la obligación, como sí ocurre respecto de la prescripción, sino en la ocurrencia del hecho previsto en la ley o contrato, para que empiece el inexorable curso del plazo.*

*“d) La caducidad por regla general no admite suspensión del término, que corre en forma perentoria...” (Cursivas en original)<sup>4</sup>.*

*Ahora bien, en lo que concierne a la acción de reparación directa, el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 establece lo siguiente:*

*“La reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por acusa de trabajo público o por cualquier otra causa”.*

*Al respecto la Sala tiene por establecido que el término de caducidad en este tipo de acciones se cuenta, generalmente, a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que sea la causa del perjuicio:*

*“...Por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa. Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del conocimiento del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible...”*

*“El artículo 136 del C.C.A., modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, consagra, en el numeral 8, el término de caducidad de la acción de reparación directa. En esa perspectiva, la Sala ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el término de caducidad de la acción de reparación directa se cuenta a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa fuente o causa del perjuicio, razón por la que es a partir de la mencionada fecha que debe surtirse el cómputo del respectivo término legal. Es posible que, en algunas ocasiones, la concreción o conocimiento del daño sólo se produzca con posterioridad al tiempo de acaecimiento de los hechos dañosos fundamento de la acción, circunstancias en las que se empezará a contar el término de caducidad a partir del momento en que alguna de aquéllas tenga ocurrencia, pues, de lo contrario, se estaría cercenando la*

<sup>4</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Parte General. Tomo I, Bogotá, Ed. Dupre, 2002. Pág. 507.



*posibilidad del acceso a la administración de justicia (art. 228 C.P) y, de otra parte, se colocaría a la persona que padece el detrimento en una situación de incertidumbre en relación con la posibilidad de solicitar la reparación del menoscabo padecido”<sup>5</sup>*

Al respecto es necesario tener en cuenta que el termino de los dos (2) años previsto en artículo 164 literal i) del C.P.A.C.A, se debe contabilizar a partir de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, es decir, a partir del 27 de febrero de 2009, la que la Fiscalía 153 Seccional precluyó la investigación por prescripción de la acción penal por los delitos de Falsedad en documento Privado y Falsedad en Documento Público, razón por la cual los dos (2) años vencieron el 28 de febrero de 2011 y como quiera que la presente acción se radicó el 26 de abril de 2019, esto es, dos (2) días después, es forzoso concluir que en el presente caso respecto de los mencionados hechos y conductas punibles imputadas ha operado el fenómeno de la caducidad.

### **Inexistencia de un error judicial**

Como quiera que en el presente caso la parte actora cuestiona la decisión del Juzgado 49 Penal del Circuito Especializado de Bogotá, el 27 de diciembre de 2011, que decretó la prescripción final de la acción penal, se realizará un análisis del error judicial, cuando realiza afirmaciones temerarias, contra la Rama Judicial y el proceso de selección de sus Funcionarios y por el Juez 59 Penal del Circuito de Bogotá no realizó las actividades de control frente al actuar de la Fiscalía, cuando expresa:

1.- **“LA NACIÓN COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son responsables de los hechos sucedidos como consecuencia de la falla en la prestación de servicio (**falla en la elección de sus empleados o servidores, en su educación, en su formación y en el control y en la vigilancia de los mismos**), pues resulta contradictorio que cuente con personas a quienes les asigna labores de tanto cuidado como la administración de justicia y que sean éstas, precisamente, las que atenten contra los habitantes de País, utilizando para ello la autoridad, el poder, la autonomía y la jerarquía que tienen”.**

2.- **“La RAMA JUDICIAL es RESPONSABLE porque no realizó las actividades de control frente al actuar de la Fiscalía, porque acogió como propios los argumentos de la Fiscalía, porque apreció y valoró como pruebas válidas aquellas que era NULAS DE PLENO DERECHO y que estaba obligada a descalificar o a tener como inexistentes, circunstancias todas que llevaron a su apertador judicial a incurrir en el error grave, injustificable e inexcusable**

<sup>5</sup> Sentencia proferida el tres de agosto de 2006 por la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 32.537.



***de dictar providencias contrariando la Ley que es precisa en advertir que dichas pruebas no son válidas, no pueden apreciarse, no pueden servir de soporte a decisión judicial alguna y/o no son suficientes para amparar decisiones tan incidentes en la vida del ser humano al que se aplican”.***

Olvida el apoderado de la parte actora que las demandas no son el elemento idóneo para realizar afirmaciones temerarias, contra los servidores judiciales que conocieron de este caso, por lo que sus afirmaciones deben ir acompañadas de las pruebas correspondientes y ceñirse a los parámetros establecidos por la jurisprudencia en esta materia, por ello le correspondía en cada desacuerdo interponer los recursos de ley debidamente soportados en las pruebas que pretendía hacer valer.

Es por ello que contra la segunda orden de captura, la vinculación al proceso del sindicato mediante indagatoria; contra el auto que definió su situación jurídica y contra el auto que impuso medida de aseguramiento, no interpuso recurso alguno, en el termino de ejecutoria, etapa procesal establecida por el legislador para cuestionar las decisiones, razón por la cual hoy no puede venir a argumentar un desconocimiento de la ley para, atribuir responsabilidad a la Rama Judicial, cuando era su deber hacerlo en el proceso penal, no en esta instancia, para demostrar la inocencia de sus defendido. Dichas decisiones hoy se encuentran ejecutoriadas y gozan de presunción de autenticidad, omisiones que en parte contribuyeron a la prolongación de la libertad del aquí demandante.

Respecto al erro jurisdiccional el Consejo de Estado, en sentencia de fecha diciembre 5 de 2007, expediente 15128, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, consideró:

*“El “Error Judicial” según la doctrina “no se produce como consecuencia de la simple revocación a (sic) anulación de una resolución judicial; si se considerase así todo recurso interpuesto con éxito daría lugar a un error judicial cuando, precisamente el sistema de recursos tiene por objeto evitarlo en lo posible. Esto nos lleva a aseverar que no todo error contenido en una resolución judicial constituye error judicial. El error judicial se da sólo cuando la decisión del Juzgador aparezca injustificable desde el punto de vista del derecho”*

También citó algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que afirman:



*“..en el juicio jurisdiccional fuente de responsabilidad civil para quien lo omite, la culpa implica negligencia o ignorancia y ambas, según sean las circunstancias concretas que rodean cada caso, tienen que ser garrafales, habida consideración que el escueto error de concepto, doctrina o interpretación, aún cuando lo haya, no origina aquella responsabilidad sino en tanto se ponga en evidencia la manifiesta infracción de un precepto legal específico cuya preterintención pueda obedecer sino a descuido o impericia de tal entidad que, para cualquier profesional en las disciplinas jurídicas con rectitud de miras y de mediana experiencia, resulten imperdonables; por fuera de este marco y dada la importancia que la independencia de criterio reviste para el eficaz ejercicio de la función judicial, visto el precario y falible que es el entendimiento humano y por cuanto es en no pocas oportunidades la defectuosa redacción de las leyes el factor desencadenante de desaciertos imputables a los organismos de justicia.”*

El Juez en la etapa de juicio, se limitó a cumplir con su función constitucional de valorar el acervo probatorio aportado por la Fiscalía y adoptó la decisión que en derecho correspondía, sin que sus decisiones sean caprichosas, arbitrarias o proferidas por fuera de los procedimientos legales, muchos menos con dolo o constitutivas de VIAS DE HECHO, al menos de los hechos y las pruebas allegadas no se ha demostrado tal actuar del Juez, lo que desvirtúa la ANTIJURIDICIDAD, deprecada, como lo exige la sentencia C -037 de 1996.

En este contexto, se destaca que en reciente decisión el Consejo de Estado determinó que en casos en o cuales el proceso termina por prescripción en los cuales no se descarta la materialidad de las conductas ni la responsabilidad penal, las decisiones sobre libretas y condena no pueden ser consideradas como un daño antijurídico. Al respecto afirmó el Tribunal:

*“Así, en el caso análogo, la Sala concluyó que, a pesar de que las circunstancias procesales favorecieron al implicado, en el sentido que no se logró culminar el proceso que desvirtuaría la presunción de su inocencia, la realidad fáctica es que en el devenir procesal no se demostró que el procesado no hubiera participado en los hechos punibles objeto de investigación, por lo que no es dable concluir que el daño padecido por el accionante fuera antijurídico. Lo anterior, debido a que a pesar de las motivaciones procesales que llevaron a declarar una nulidad procesal, los hechos, por los cuales estaba siendo procesado, evidencia que su conducta dio lugar a la investigación penal.*

*En el presente caso opera la misma situación, pues ni en la sentencia que declaró la nulidad de lo actuado en el proceso penal por falta de competencia, ni en la*



*resolución de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal, se desvirtuó la participación del procesado en la conducta punible investigada que dio lugar a una condena penal en su contra, que por circunstancias procesales fue anulada sin que esto indique la antijuridicidad de la privación de la libertad ocurrida en virtud del proceso penal adelantado.”<sup>6</sup>*

Aunado a lo anterior, las decisiones judiciales se encuentran revestidas de la doble presunción de acierto y legalidad, lo cual equivale, a que no se incurrió en un desacierto evidente, lo que permite colegir que mientras las inferencias del Juez sean lógicas, razonadas y aceptables, como en efecto lo fueron, las resoluciones judiciales quedan cobijadas por el doble amparo presuntivo de legalidad (en tanto formalmente emitida), y acierto (en la medida que la argumentación y razonamientos expuestos fueron correctos en las dos instancias), motivo por el cual, tampoco se evidencia configurada la falla en el servicio reclamada.

Las circunstancias anteriores permiten precisar que la demanda de reparación directa por error judicial tiene una causa y un objeto distinto al proceso en el cual se profirió la decisión contentiva del error.

Ello impone concluir que en el proceso de reparación directa la parte que reclama la indemnización no puede formular su pretensión expresando simplemente las razones de su desacuerdo con la decisión que califica de equivocada, ni puede solicitar simplemente que se hagan las mismas declaraciones y condenas que le fueron negadas en tal proceso. (...).

Acorde con lo transcrito es evidente que no puede usarse este medio de control para revivir estadios procesales ya ejecutoriados, ni puede emplearse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como instrumento para obtener una segunda instancia, pues es evidente que lo que pretende el actor es someter a un nuevo estudio procesal lo que ya fue probado y debidamente fallado, por lo que las pretensiones del convocante no están llamadas a prosperar.

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en sentencia de fecha 29 de julio de 2019, radicado 52001-23-31-000-2009-00257-03(45171), Magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas, indicó que *el análisis de las providencias respecto de las cuales se juzga la comisión de error jurisdiccional no puede afectar la cosa juzgada, y que **el proceso contencioso administrativo no constituye una instancia adicional.*** (Negrilla fuera del texto)

Lo anteriormente expuesto se ratifica si se tiene en cuenta que el aquí demandante en momento alguno ha demostrado que las decisiones adoptadas del Juez de

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Decisión del 29 de noviembre de 2019. Rad.: 48622. C. P. Dr.: Jaime Enrique Rodríguez.



conocimiento, sean caprichosas arbitrarias, con dolo o proferidas por fuera de los procedimientos legales, según lo dispuesto en la sentencia C-037 de 1996, quedando desvirtuada la ANTIJURIDICIDAD deprecada.

Por lo anterior, en el presente caso se encuentra desvirtuado el error judicial que se reclama.

### **Inexistencia de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. La presunta mora judicial injustificada**

Como en este caso no se pudo obtener una decisión definitiva de la controversia, es claro que la parte actora no logró obtener la absolución porque el paso del tiempo fue implacable y condujo a que operase el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, no por causa del Operador Judicial, pues como ya se indicó, la parte actor no ha demostrado que las decisiones adoptadas por el Juez, sean arbitrarias, caprichosas o constitutivas de una VÍA DE HECHO y mucho menos dolosas, se ciñeron a los preceptos legales, luego se encuentran ajustadas a derecho.

Estudiada las dos (2) providencias que decretaron la prescripción de las acciones penal una del 27 de febrero de 2009 la que la Fiscalía 153 Seccional precluyó la investigación por prescripción de la acción penal por los delitos de Falsedad en documento Privado y Falsedad en Documento Público y la del 2 de agosto de 2016 y en el que el Juez 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento decretó la prescripción final de la acción penal respecto de los restantes punibles de: fraude procesal y estafa agravada. Impugnada esta decisión, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante auto del 10 de noviembre de 2016, la confirmó, que involucran a la Rama Judicial en este caso, es preciso tener en cuenta:

Entre las cargas procesales de las partes se encuentra la relacionada el control de los términos procesales, para evitar la no comparecencia a las audiencias programadas e informar al Juez la inminencia de su vencimiento, para de esta manera evitar dilaciones injustificadas por los apoderados de la bancada de la defensa, para que se configure el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

Por lo anterior, en este caso llama la atención que el apoderado de la parte aquí demandante no radicó memorial con el que advirtiera al Juzgado que esta por configurarse dicho fenómeno, omisión que configura el eximente de responsabilidad denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta, lo dicho por el Honorable Consejo de Estado en cuanto a las **dilaciones injustificadas**, a fin de establecer la



responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado.

En el caso particular, la prescripción de la acción penal, decretada obedeció a situaciones internas y externas del despacho, en su gran mayoría, ajenas a la voluntad del Operador Judicial y a situaciones particulares en implementación del Sistema Penal Acusatorio, tales como: la congestión que ya se traía en vigencia de la Ley 600 de 2000, el tránsito de legislación a la Ley 906 de 2004.

Conforme lo anterior y teniendo en cuenta las situaciones tan particulares que se presentaron en el proceso penal objeto de cuestionamiento, por la naturaleza de los delitos imputados por la Fiscalía, el número de procesados, el lugar de los hechos que dificultaba obtener la inmediación de la prueba, la congestión de los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá en estas causas, los recursos presentados ante la Sala Penal del Tribunal y ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de las actuaciones adelantadas por los Jueces, todo lo cual contribuyó a que se configurará la prescripción de la acción penal.

Al respecto es pertinente retomar lo señalada vía jurisprudencia, en donde 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, característica que no se evidencia en este caso, por las dificultades en la recolección de pruebas, lo que sumó a que declarara la extinción de la acción penal, concluyendo que no hay responsabilidad alguna de la Rama Judicial en el caso objeto de estudio.

En este orden de ideas, es preciso tener en cuenta, lo dicho por el Honorable Consejo de Estado en cuanto a las dilaciones injustificadas, a fin de establecer la responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones y si ese retardo estuvo o no justificado.

Al respecto es preciso tener en cuenta que según datos del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia hay un total de 5.295 despachos judiciales de diferentes especialidades y diferentes rangos y a **2017** el país contaba con un censo de 49.381.250 habitantes, lo que significa que en Colombia para ese año se registraba en promedio 10.95 jueces por cada 100.000 habitantes, cuando el estándar en internacional, determinado por varias organizaciones como la Organización de



Estados para la Cooperación y Desarrollo OCDE, es aproximadamente 65 jueces por cada 100.000 habitantes<sup>7</sup>.

Además de las estadísticas antes referenciadas, no pude desconocerse que los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá y en general en todo el país, siempre han estado con una carga laboral muy alta por la desproporción que existe entre la cantidad de Despachos Judiciales y el desproporcionado creciente número de procesos nuevos que surgen, lo que da lugar a que la congestión judicial permanezca, razón por la cual el Consejo Superior de la Judicatura, según la asignación presupuestal asignada por el Ministerio de Hacienda, ha implementado medidas de descongestión

En informe estadístico publicado por el Diario El Tiempo, el 19 de marzo de 2020, el cual tituló:

***“Al año, 20 % de casos judiciales quedan represados y suman congestión***

*Hay 1,8 millones de casos pendientes. Apenas hay 11 jueces por cada 100 mil habitantes.*

*Desde los años 90, la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, pero la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento.*

*19 de marzo 2020, 08:01 a. m.*

*Con cerca de un 20 por ciento de casos que no pueden ser evacuados el mismo año que llegan y se van rezagando, y un inventario de procesos que a 2019 llegaba a 1'884.088, la congestión es uno de los mayores problemas de la justicia en Colombia.*

*Las variables que influyen en esto son múltiples. Hernando Herrera Mercado, director de la Corporación Excelencia en la Justicia, explicó que el número de jueces de Colombia es una de las razones fundamentales de la congestión.*

*Y es que, con corte al 15 de febrero de este año, en Colombia había 5.488 jueces, entre jueces, magistrados de tribunal y de altas cortes, lo que significa que para los 50 millones de colombianos, la tasa es de 11 jueces por cada 100.000 habitantes. En comparación, la OCDE dice que el estándar óptimo es de 65 jueces por esa misma cantidad de personas.*

<sup>7</sup> www. Ramajudicial.gov.co, Boletín justicia al día septiembre, octubre de 2017.





*Pero la poca cantidad de jueces no es la única razón de la congestión, dijo Herrera, quien agregó que “hay estudios que señalan que nuestro sistema procesal posee múltiples variables y posibilidades de interponer recursos ante el superior jerárquico en cada caso, lo cual hace que las actuaciones sean más demoradas. Un tercer aspecto es la alta litigiosidad, es decir, buscar resolver las controversias esencialmente mediante la vía judicial”.*

*Y añadió que para superar este tema hay que trabajar en tener más jueces, pero también en aspectos como la seguridad jurídica.*

*Un aspecto es la alta litigiosidad, es decir, buscar resolver las controversias esencialmente mediante la vía judicial*

*Detrás del número de jueces está el presupuesto, que no ha crecido tanto como se ha pedido, “ese rezago se nota año tras año en el número de jueces y magistrados, que se necesitan muchos más, en inversiones también”, dijo Diana Remolina, presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, órgano que administra los recursos de la Rama.*

*Remolina agregó que mientras que desde los 90 la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento.*

*En esto coincidió Hermens Darío Lara, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y presidente de la Corporación de Jueces y Magistrados de Colombia, quien dijo que debe haber dinero para invertir en la justicia pues, por ejemplo, dijo, los jueces penales del circuito de Bogotá siguen siendo la misma cantidad desde hace 20 años, pero la cantidad de procesos que conocen no son los mismos de hace dos décadas.*

*La Judicatura agregó que para mejorar la eficiencia también es importante la digitalización de todo el proceso, “la tecnificación de la justicia reduce tiempos y la hace más eficiente y ágil”, apuntó Remolina.*

*En el proceso de digitalización han estado trabajando tanto las altas cortes como el Ministerio de Justicia, incluso de la mano del BID, pero el camino aún es largo y costoso. Según la presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, entre los análisis que han hecho tienen que el plan de digitalización de la justicia en Inglaterra costó unos 800 millones de dólares, y en Perú, dijo, ya llevan una inversión de 450 millones de dólares, por lo que calculan que todo la digitalización en Colombia puede costar entre 500 y 800 millones de dólares.*



*Ese rezago se nota año tras año en el número de jueces y magistrados, que se necesitan muchos más, en inversiones también*

*De otro lado, la ministra de Justicia, Margarita Cabello, indicó que también están trabajando en estrategias para impulsar la celeridad de los procesos y que en el marco de la reforma de la justicia y la ley estatutaria a la justicia –que están pendientes de ser radicadas en el Congreso– se plantean medidas para desjudicializar asuntos que pueden ser resueltos sin necesidad de la intervención de un juez.*

*Igualmente, dijo Cabello, se están fortaleciendo estrategias para aumentar el uso de métodos alternativos de solución de conflictos, lo que impacta en la reducción de los casos que terminan llegando a un despacho judicial.*

*No obstante, algunos no están tan de acuerdo con que la salida sea desjudicializar asuntos, o, como lo propone el borrador de reforma a la justicia, darles a notarios, árbitros y conciliadores poderes jurisdiccionales, es decir de jueces, en algunos casos.*

*(En contexto: Las novedades que traería el nuevo intento por reformar la justicia)*

*El magistrado Lara consideró que esto que en lugar de “quitarle peso a la rama judicial” al entregarle asuntos a notarios, árbitros y demás, deberían crear jueces y no “volver esto un negocio al dárselo a particulares”.*

*Por su lado, Álvaro Rojas, presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, dijo que esta propuesta establece que ellos recibirían esos poderes jurisdiccionales solo de forma excepcional y para casos en los que haya un mutuo acuerdo entre las partes, “lo que a mí me preocupa es el trámite del proyecto de acto legislativo, que no uno sabe ni qué entra ni qué sale del texto, pero las funciones que nos atribuyen las veo normales”.*

*En todo caso, frente a una congestión judicial que cada día presiona más al sistema, que diariamente sigue recibiendo las necesidades jurídicas de los ciudadanos, varios de los expertos coinciden en que en la solución debe haber esfuerzos conjuntos en varios frentes.*

*Otro de los aspectos que dificultó los trámites judiciales es la transitoriedad de la vinculación laboral de funcionarios y empleados que hace que vencido el término del Acuerdo que crea la descongestión, los*



*procesos vuelvan al juzgado de origen a hacer fila para continuar con su estudio, hasta tanto el Ministerio de Hacienda asigne presupuesto para continuar con la medida de descongestión y volver a realizar el reenvió de los procesos al juzgado de descongestión que lo venía conociendo, por lo que los procesos permanecen inactivos por más de un año, la alta rotación del personal que labora en los juzgados, por cuanto ellos buscan una mejor estabilidad laboral y a la reducción anual del presupuesto de la Rama, estos son algunos aspectos que contribuyen al incumplimiento de las metas y términos judiciales, circunstancias estas, no atribuibles al despacho o a sus funcionarios, por lo que considero que el retardo en su trámite, en este caso se encuentra justificada.*

En este contexto, es evidente la congestión judicial que esta Rama del poder público es desproporcionada, como lo reseña la nota periodística, en el que retomando lo expresado por la Presidenta del Consejo Superior, el Periódico El Tiempo reseño: “Remolina agregó que mientras que desde los 90 la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento”, lo que permite concluir que la mora judicial en este caso se encuentra justificada.

Otro de los aspectos que dificultó los trámites judiciales es la transitoriedad de la vinculación laboral de funcionarios y empleados que hace que vencido el término del Acuerdo que crea la descongestión, los procesos vuelvan al juzgado de origen a hacer fila para continuar con su estudio, hasta tanto el Ministerio de Hacienda asigne presupuesto para continuar con la medida de descongestión y volver a realizar el reenvió de los procesos al juzgado de descongestión que lo venía conociendo, por lo que los procesos permanecen inactivos por más de un año, la alta rotación del personal que labora en los juzgados, por cuanto ellos buscan una mejor estabilidad laboral y a la reducción anual del presupuesto de la Rama, estos son algunos aspectos que contribuyen al incumplimiento de las metas y términos judiciales, circunstancias estas, no atribuibles al despacho o a sus funcionarios, por lo que considero que el retardo en su trámite, en este caso se encuentra justificada.

El Consejo de Estado, respecto a la mora judicial ha expresado:

*“DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MORA JUDICIAL - No acreditada*

*[L]os demandantes no demostraron un retardo injustificado en la emisión del fallo aludido y, consiguientemente, la existencia de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. El hecho de que en el trámite hubiera preso no constituía per se un mecanismo para alterar el orden de los procesos judiciales o el turno establecido para su fallo.*



*Sobre este punto, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 prevé que el orden para proferir las sentencias lo determina la fecha en la que el expediente pasó al despacho, so pena de estar incurso en falta disciplinaria. En tal virtud, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en relación con la negativa a declarar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por mora judicial". (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, sentencia del 5 de diciembre de 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2009-00426-01(45234), actor: WILSON IBARRA NORIEGA Y OTROS, demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y RAMA JUDICIAL).*

En otra oportunidad señaló:

*"DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / MORA JUDICIAL - No acreditada*

*[L]os demandantes no demostraron un retardo injustificado en la emisión del fallo aludido y, consiguientemente, la existencia de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. El hecho de que en el trámite hubiera preso no constituía per se un mecanismo para alterar el orden de los procesos judiciales o el turno establecido para su fallo. Sobre este punto, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 prevé que el orden para proferir las sentencias lo determina la fecha en la que el expediente pasó al despacho, so pena de estar incurso en falta disciplinaria. En tal virtud, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en relación con la negativa a declarar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por mora judicial". (CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, sentencia del 5 de diciembre de 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2009-00426-01(45234), actor: WILSON IBARRA NORIEGA Y OTROS, demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y RAMA JUDICIAL).*

Siendo así las cosas, no puede desconocerse y para nadie es un secreto que la jurisdicción penal en nuestro país, se encuentra congestionada de tiempo atrás por las diferentes modalidades de tipos penales, relacionados con rebelión, homicidios por enfrentamientos armados, sedición, asonada, narcotráfico, abusos sexuales contra menores, entre otros, aunado a los pocos despachos judiciales creados en relación la creciente demanda de justicia, lo que dan cuenta que es evidente la violencia imperante.

Es por lo anterior que, con base en la prueba allegada, y la jurisprudencia en cita, con todo respeto insisto en que la mora judicial invocada por el demandante en este caso se encuentra justificada.



## Renuncia a la prescripción de la acción penal

Como lo pretendido por la parte actora son los perjuicios por no haberse producido en tiempo una sentencia de fondo a su favor, ello fue imposible ante las diversas dificultades que se presentan en la investigación por la naturaleza de los delitos imputados por la Fiscalía y por la falta de colaboración del abogado defensor, por cuanto de haber querido realmente obtener un fallo revocatorio, habrían acudido al mecanismo consagrado en la ley y renunciar a la prescripción de la acción penal.

En su condición de defensor era su obligación llevar el control de términos del proceso penal y era consciente del tiempo que estaba tardando el trámite del proceso dada la complejidad del mismo y se acercaba el tiempo para que operara dicho fenómeno jurídico, sin embargo, guardó silencio, con graves consecuencias para los intereses de su defendido, siendo su obrar negligente, omisivo, por lo que se cataloga como de culpa grave, por cuanto la ley prevé la posibilidad de renunciar a la prescripción de la acción penal, con la final de poder consolidar su derecho, pero no actuó con diligencia dejó pasar esta oportunidad para obtener la revocatoria de la sentencia de condena.

El Código Penal Colombiano en su artículo 85, la Ley 600 de 2000, en su artículo 44 y la Ley 906 de 2004 en el parágrafo del artículo 75, consagran la posibilidad de renunciar a la prescripción penal, lo cuales establecen:

El artículo 85 del Código Penal reza:

*“El procesado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal. En todo caso, si transcurridos dos (2) años contados a partir de la prescripción no se ha proferido decisión definitiva, se decretará la prescripción”.*

El artículo 44 de la Ley 600 de 2000, reguló la renuncia a la prescripción, de la siguiente manera:

*“El sindicado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal antes de la ejecutoria de la providencia que la declare”.*

En relación con asuntos adelantados bajo la égida de la Ley 600 de 2000, la Sala ha aceptado que el implicado pueda renunciar a la prescripción de la acción penal en cualquier fase del proceso y hasta antes de la ejecutoria de la decisión mediante la cual se ordene la extinción de la acción penal.

En efecto, en la decisión CSJ SP, 12 de mayo de 2004, Rad. 20621, se dijo lo siguiente:

*“De otra parte, si el sindicado se estima inocente o considera que puede ser favorecido con un pronunciamiento que lo desligue de responsabilidad penal, la solución está por la renuncia a la prescripción,*



*mecanismo previsto por el legislador precisamente para -entre otros fines- preservar la presunción de inocencia, con lo cual se favorece al procesado, a quien le otorga un plazo suficiente que se extiende hasta antes de la ejecutoria de la providencia que la decreta (art. 44 C.P.P.), desde luego que imponiendo un límite de dos años al extendido o prorrogado lapso de vigencia de la acción penal, de modo tal que dentro de él se pueda adoptar una decisión de fondo, la que de no emitirse comporta -ahí sí indiscutiblemente- la obligación de declarar la prescripción, tal como se desprende de lo señalado por el artículo 85 del C.P., previsión esta última que tiene su razón de ser en lo que califica la Corte Constitucional como una manifestación favorable al sindicado que “consiste en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra”.*

En el mismo sentido se pronunció la Sala en la decisión CSJ AP, 6 de julio de 2005, Rad. 23831 – reiterada en CSJ AP, 6 de octubre de 2010, Rad. 34970, entre otras:

*Es evidente que el procesado puede renunciar a la prescripción y que puede hacerlo hasta antes de la ejecutoria de la providencia que la declare, como emana de los artículos 85 del Código Penal y 44 del Código de Procedimiento Penal. Pero la renuncia debe ser elemental, es decir, debe estar desprovista de condicionamientos”.*

*Postura que fue avalada por la Sala en la decisión CSJ AP, 27 de noviembre de 2013, Rad. 41064. En esa oportunidad, la Corte resolvió: “ACEPTAR la renuncia a la prescripción de las acciones penal y civil manifestada por el procesado», pese a que dicho fenómeno se había presentado con posterioridad a la fecha de la sentencia de segunda instancia, y antes de que el expediente arribara a la Corte para decidir el recurso de casación interpuesto.*

*Lo anterior, porque al interior del proceso se encontraba un memorial mediante el cual el procesado renunciaba de manera expresa a dicho fenómeno, incluso, mucho antes de que el mismo hubiere tenido ocurrencia.*

*Con esa claridad, se advierte que la renuncia a la prescripción aparece parcialmente reglada en el parágrafo del artículo 78 de la Ley 906 de 2004 - estatuto procesal penal aplicable al presente asunto-, de la siguiente manera:*

*“El imputado o acusado podrá renunciar a la prescripción de la acción penal dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del archivo de la investigación. Si se tratare de solicitud de preclusión, el imputado podrá manifestar su renuncia únicamente durante la audiencia correspondiente”.*



*Esta última norma no puede interpretarse de manera literal, pues, ello conllevaría a restringir el derecho personalísimo del procesado de renunciar a la prescripción de la acción penal, cuando se estima inocente o considere que puede ser favorecido con un pronunciamiento que lo exonere de responsabilidad penal, a esos únicos y exclusivos momentos procesales -dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación del archivo de la investigación o durante la audiencia de preclusión-, con lo cual se haría nugatorio el derecho que tiene el procesado, una vez iniciado el proceso penal en su contra, a ser declarado inocente mediante una sentencia, lo cual, desde el punto de vista de la axiología constitucional, resulta más relevante a que sólo se reconozca que el Estado dejó vencer el plazo señalado en la Ley para el ejercicio de la acción penal, sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del presunto infractor.*

En este punto resulta relevante recordar que han sido numerosos los pronunciamientos de esta Sala tendientes a afirmar que el deber de decretar la prescripción de la acción penal cuando dicho fenómeno ocurre, se exceptúa, en primer lugar, en aquellos eventos en los que el procesado fue favorecido con una sentencia absolutoria no cuestionada, pues, en tales casos se prefiere la decisión de absolución sobre la de prescripción, porque aquélla reporta mayor significación sustancial para el procesado (CSJ SP16533-2017, Rad. 49607, CSJ SP5050-2018, Rad. 53940; CSJ AP4550-2018, Rad. 52338; CSJ SP3630-2018, Rad. 50981, CSJ, SP 5 de mayo de 2010, Rad. 30948; CSJ, SP 17 de septiembre de 2008, Rad. 29832; CSJ SP 16 de mayo de 2012, Rad. 38571; CSJ SP 21 de agosto de 2013, Rad. 40587". (CSJ Magistrado Ponente Dr. LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, AP506-2019, radicado N° 54112. Acta 46, sentencia del 20 febrero de 2019).

En este orden de ideas, contando el abogado defensor con la posibilidad que la ley consagra a favor de los procesados de renunciar a la prescripción de la acción penal, el no hacer uso de ellas, por la defensa para evitar que opere la prescripción de la acción penal a favor de su defendido, constituye un obrar con culpa grave, una negligencia, porque confió en que dicho fenómeno no operaría y sin embargo corrió el riesgo de poder evitarlo, por lo que ahora no puede alegar su desconocimiento, razón por la cual, no fue cuidadoso en sus negocios, no fue diligente, no actuó como un buen padre de familia, configurándose de esta manera el eximente de responsabilidad a favor de la rama judicial denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

La culpa exclusiva de la víctima, es entendida como “la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.



Al respecto es preciso tener en cuenta que si lo que la parte actora lo que pretendía era obtener una sentencia absolutoria, a la defensa de la parte actora le correspondía un grado de colaboración, acudiendo a lo que la normatividad permite, esto es renunciar a la prescripción de la acción penal, por cuanto, por la complejidad del asunto, la dificultad para evacuar las pruebas, conllevó un término adicional en su trámite para que el Juez de Conocimiento de 1 o 2 instancia tuviese el tiempo para proferir una sentencia de fondo. Si no hubo colaboración no puede atribuirle la responsabilidad al Operador Judicial, cuando es evidente que no hubo colaboración de quien reclama la sentencia de fondo.

Además, fue su conducta lo que dio lugar a que fuesen señalados y vinculados a un proceso penal, cuyas pruebas dan cuenta que existieron conductas que no pudieron justificar ante los Operadores Judiciales, lo que dio lugar a una sentencia de condena en su contra.

Es por lo anterior que el aquí demandante no actuó como un buen padre de familia que vive en sociedad, brindando toda su colaboración a la Administración de Justicia, pero no existió esa participación, porque los intereses eran otros, dada la dificultad de revocar la sentencia de condena, por lo que lo más favorable para obtener la libertad era la ocurrencia del fenómeno jurídico de la prescripción, por lo que actuó con culpa grave motivo por el cual no puede ahora alegar su propia culpa para reclamarle perjuicios a la Rama Judicial.

Y se entiende por culpa grave no cualquier equivocación, error de juicio o actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, sino aquel comportamiento que revista tal gravedad que implique “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios”, en los términos del artículo 63 Código Civil.

A la sazón, está Sala de Subsección ha precisado:

*“La Sala pone de presente que, la culpa grave es una de las especies de culpa o descuido, según la distinción establecida en el artículo 63 del C. Civil, también llamada negligencia grave o culpa lata, que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Culpa esta que en materia civil equivale al dolo, según las voces de la norma en cita.*

*Valga decir, que de la definición de culpa grave anotada, puede decirse que es aquella en que se incurre por inobservancia del cuidado mínimo que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.*





*Es pertinente aclarar que no obstante en el proceso surtido ante la Fiscalía General de la Nación, se estableció que la demandante no actuó dolosamente desde la óptica del derecho penal, no ocurre lo mismo en sede de la acción de responsabilidad, en la cual debe realizarse el análisis conforme a la Ley 270 y al Código Civil”3.*

La Corte Constitucional, en el estudio hecho a la sentencia C - 037 de 1996, con respecto a la norma transcrita, manifestó:

*“Este artículo contiene una sanción por el desconocimiento del deber constitucional de todo ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (Art. 95-7 C.P.), pues no sólo se trata de guardar el debido respeto hacia los funcionarios judiciales, sino que también se reclama de los particulares un mínimo de interés y de compromiso en la atención oportuna y diligente de los asuntos que someten a consideración de la rama judicial. Gran parte de la responsabilidad de las fallas y el retardo en el funcionamiento de la administración de justicia, recae en los ciudadanos que colman los despachos judiciales con demandas, memoriales y peticiones que, o bien carecen de valor o importancia jurídica alguno, o bien permanecen inactivos ante la pasividad de los propios interesados. Por lo demás, la norma bajo examen es un corolario del principio general del derecho, según el cual “nadie puede sacar provecho de su propia culpa”.”*

*La norma, bajo la condición de que es propio de la ley ordinaria definir el órgano competente para calificar los casos en que haya culpa exclusiva de la víctima, será declarada executable.” (Subrayado fuera del texto original.)*

### **El hecho de un tercero.**

En el presente caso olvida el actor que la Rama Judicial no inició el proceso penal de oficio, por que lo que activó la actividad judicial fue el señalamiento directo que contra el señor ALFONSO WILCHES TAPIAS, realizaron “algunos vinculados a dicho trámite”, (La parte actora, teniendo en deber de hacerlo, con la demanda no allegó pieza procesal alguna del proceso penal), pero es lo que confiesa en la demanda.

Siendo así las cosas, el proceso penal en su contra fue el resultado de imputaciones en su contra que conllevaron a que fuera vinculado al proceso penal por lo que se



debía clarificar su participación o no en los hechos, lo que descarta cualquier actuación mal intencionada de la Rama Judicial en su contra.

El legislador castiga severamente cuando los particulares realizan falsas imputaciones o imputaciones infundadas contra otro ciudadano y en su artículo 436 del Código Penal señala:

*“Artículo 436. Falsa denuncia contra persona determinada. El que bajo juramento denuncie a una persona como autor o partícipe de una conducta típica que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de dos punto sesenta y seis (2.66) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Es por ello que los perjuicios que aquí se reclaman contra la Rama Judicial, debieron reclamarse a quien realizó las falsas imputaciones, lo que imponía a la defensa adelantar el proceso penal correspondiente con ellos y constituirse en parte civil.

De otra parte, el Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá mediante sentencia del 2 de agosto de 2016, decretó la prescripción final del proceso, no obstante, el apoderado de víctimas apeló y la Sala Penal del Tribunal la confirmó el 10 de noviembre de 2016, lo que contribuyó a la prolongación de la libertad del aquí demandante.

El hecho de un tercero ha sido definido por el Consejo de Estado, de la siguiente forma:

*“En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culposo sino que constituya la causa exclusiva del daño<sup>8</sup>.”*  
(Subrayas propias).

<sup>8</sup> Expediente 25000-23-26-000-1993-09409-01(16927). M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 25 de febrero de 2009.



La misma corporación, en reciente fallo, ha determinado los elementos que configuran su existencia como eximente de responsabilidad estatal, siendo estos, los siguientes:

*“Se destaca en particular, para los efectos de esta providencia, que el hecho del tercero será causa extraña que exonere de responsabilidad a la entidad demandada, cuando reúna los siguientes requisitos: (i) Que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño, porque si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño existiría solidaridad entre éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le dará derecho a éste para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien pague se subrogará en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención. (ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado. (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina “sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor”<sup>9</sup>.*

Bajo esta perspectiva en el presente caso se configura una causa extraña que impide que el daño antijurídico se imputable a la Rama Judicial.

### **El daño reclamado debe ser cierto.**

En este contexto, la reclamación de los perjuicios presenta una disyuntiva, relativa a verificar si lo que reclama la parte actora, es un daño cierto o de uno eventual, habida consideración de los resultados obtenidos en las diferentes etapas del proceso penal.<sup>10</sup>

Así lo pretendido por el demandante es el resarcimiento de aquello que presupuestaron obtener como reparación de los perjuicios, lo que corresponde a la

<sup>9</sup> Expediente 25000-23-26-000-1998-00668-01(19287). M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia del 18 de marzo de 2010.

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 30 de enero de 2013, radicación No. 66001-23-31-000-2000-00876-01 NI 23769. Actor: Luis Enrique Ochoa Estrada.



expectativa económica que tenían en el referido asunto y que, sin duda, estaba sujeta a las condiciones propias de los aleas que entraña todo proceso judicial, por lo que no puede calificarse como una expectativa legítima y jurídicamente protegida.

Por lo anterior, el primer elemento a analizar es el daño, razón por la cual, el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable puede ser actual o futuro, pero en ningún modo eventual, hipotético o incierto y para que se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño.

El actor aduce que sufrió un perjuicio por cuanto la prescripción de la acción penal le impidió obtener los salarios la Compañía para la que laboraba, lo que permite colegir que la parte actora configuró su pretensión en torno a la pérdida de oportunidad de obtener una justa reparación de perjuicios que habría sufrido. Sin que exista orden judicial de desvincularlo.

*“Para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman:*

*Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente **hipotético, eventual**. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha. Pero importa poco que el perjuicio de que se queje la víctima se haya realizado ya o que deba tan sólo producirse en lo futuro. Ciertamente, cuando el perjuicio es actual, la cuestión no se plantea: su existencia no ofrece duda alguna. Pero un perjuicio futuro puede presentar muy bien los mismos caracteres de certidumbre. Con frecuencia, las consecuencias de un acto o de una situación son ineluctables; de ellas resultará necesariamente en el porvenir un perjuicio cierto. Por eso, no hay que distinguir entre el perjuicio actual y el perjuicio futuro; sino entre el perjuicio cierto y el perjuicio eventual, hipotético (...)”<sup>11</sup>.*

*“Por otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano ha señalado la necesidad de que el daño, para aspirar a ser indemnizado,*

<sup>11</sup> Original de la cita: “Mazeaud, Henri y Leon y Tunc, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas EuropaAmérica. 1977. 5ª. Edición. Tomo I, Vol. I. págs. 301-302”.



*tiene que estar revestido de certeza<sup>12</sup>. No puede por tanto tratarse de un daño genérico o hipotético sino un daño específico<sup>17</sup>:*

*En este orden de ideas, la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño “cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no” y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable<sup>18</sup>”. (Consejo de Estado Subsección A. Consejera Ponente Dra. MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, sentencia del 30 de agosto de 2017, radicación No.25000-23-26-000-2010-00753-01-(50.744). Actor Benito Antonio Córdoba Quejada y Otros, demandada Fiscalía General y Rama Judicial).*

El daño alegado en este caso por el señor ALFONSO WILCHES TAPIAS ostenta el carácter de EVENTUAL, HIPOTÉTICO E INCIERTO si se tiene en cuenta: que NO tiene un derecho consolidado en el proceso penal, porque no tenía la certeza de triunfo, era muy remota la posibilidad de obtener una sentencia absolutoria. La seguridad solo se puede derivar de la firmeza del fallo definitivo en el proceso penal, es decir el aquí demandante NO tenía una situación “potencialmente apta” a su favor por cuanto de la revisión de los aleas normales del proceso penal ya evacuadas y lo que se encuentre probado, que en este caso hacen prácticamente hacen casi imposible obtener una sentencia a favor (Consejo de Estado Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 30 de enero de 2013, radicación No. 66001-23-31-000-2000-00876-01 NI 23769. Actor: Luis Enrique Ochoa Estrada).

En otra oportunidad al respecto el Consejo de Estado ha expresado:

*“Nótese cómo la presunción de inocencia de quien obró como procesado 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.*

<sup>12</sup> Original de la cita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de junio 2 de 1994, exp. 8.998, CP: Julio César Uribe Acosta”. <sup>17</sup> Original de la cita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 19 de 1990, exp. 4.333, CP: Gustavo de Greiff Restrepo”. <sup>18</sup> Original de la cita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de agosto de 1988, exp. 5154, CP: Carlos Ramírez A”.



*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.*

*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<sup>13</sup>:*

**[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”<sup>14</sup>; en palabras de Josserand 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”<sup>15</sup>; según la Corte Constitucional “no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto”<sup>16</sup>, “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”<sup>17</sup>.

*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 considerado<sup>18</sup> y en otras, como un elemento para establecer la relación*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 12 de agosto de 2013, Rad. 27.577.

<sup>14</sup> VIANA CLEVES, María José, El principio de confianza legítima en el derecho colombiano, op.cit., p. 196.

<sup>15</sup> JOSSERAND, 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.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-147 del 19 de marzo de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia C-314 del 1º de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878:



*causal<sup>19</sup>, 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 han concebido LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD, 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 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 2010<sup>20</sup>, consideró:

***[L]a 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 patrimonial<sup>21</sup>; 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 deseaba<sup>22</sup>, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.***

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

<sup>19</sup> 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”.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>21</sup> MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

<sup>22</sup> 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.



*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 reparado<sup>2324</sup>.*

*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 pérdida de oportunidad

La jurisprudencia de la Sección Tercera se ha valido de tres criterios para establecer la existencia de una PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD como un verdadero daño antijurídico, cuales son<sup>25</sup>:

*“(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 suficiente’<sup>26</sup> 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<sup>27</sup>;*

<sup>23</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p.

<sup>24</sup> , apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance, cit., p. 30.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

<sup>27</sup> 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





(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<sup>23</sup>; 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<sup>28</sup>-;*

(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

---

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. 23 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.

<sup>28</sup> 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.



***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'***<sup>29</sup>.

En este orden de ideas, de la revisión del proceso penal, se concluye que en el presente caso, no se cumplen los anteriores requisitos para tener plena certeza de que obtendría una sentencia a su favor, por lo que el daño reclamado a la luz de la jurisprudencia referenciada, **el daño no es cierto, y la oportunidad para reclamarlos se perdió, no por hechos atribuibles a la Rama Judicial**, sino por circunstancias ajenas al Operador Judicial, y omisiones en que se incurrió, lo que condujo a que se configurara el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, a cuya prescripción pudo renunciar la parte actora, sin embargo NO lo hizo, perdiendo la oportunidad de obtener una sentencia de fondo. .

Finalmente, como quiera que el demandante no ha demostrado en el presente proceso que el daño sea ANTIJURÍDICO, como consecuencia del presunto defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia o el error judicial, es preciso tener en cuenta que acudir a la jurisdicción administrativa no es una tercera instancia para reclamar los materiales y morales que reclamó en el proceso penal en el que no logró demostrar dichos perjuicios, respecto de los cuales tuvo la oportunidad de reclamarlos a través de los mecanismos que la ley le otorga, infortunadamente su apoderado no los utilizó a su favor en oportunidad porque incurrió en omisiones y desaprovechando estas oportunidades que le brindó la ley, lo que configura el eximente de responsabilidad a favor de la Rama Judicial denominada CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Además, como el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa lo ha expresado en reiteradas ocasiones, pues no basta con allegar copia de la sentencia que declaró la prescripción de la acción civil y penal, sino que es necesario demostrar que el daño sea cierto, por lo que los perjuicios derivados de la declaratoria de prescripción de la acción penal, no se encuentran acreditados, por lo que con todo respeto solicito se niegue la prosperidad de las pretensiones.

Por las razones expuestas, con todo respeto solicito a ese Despacho Judicial absolver de todo cargo a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, que represento.

La ley consagra varias maneras de obtener ese resarcimiento de perjuicios, siempre y cuando se usen de manera diligente: i).- iniciar una acción civil de responsabilidad

<sup>29</sup> Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.



extracontractual en un proceso ordinario y ii).- la constitución en parte civil en el proceso penal, no obstante lo anterior, ninguna se encuentra en curso.

## INEXISTENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

La culpa exclusiva de la víctima, es entendida como “la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”, y tal situación releva de responsabilidad al Estado cuando la producción del daño se ha ocasionado con la acción u omisión de la víctima, por lo que esta debe asumir las consecuencias de su proceder.

La Corte Constitucional sentencia de unificación 072 de 2018, además de exponer que **la antijuridicidad del daño está determinada por una decisión restrictiva de la libertad abiertamente ilegal, desproporcionada, irracional, inapropiada o arbitraria**, precisó que bajo los derroteros del artículo 90 Constitucional y la sentencia C-037 de 1996, no puede aplicarse un régimen de responsabilidad riguroso e inmutable (objetivo) de manera general para los casos en que se alegue la privación injusta de la libertad, pues corresponde al juez de lo Contencioso Administrativo valorar el régimen de imputación aplicable de acuerdo a las particularidades del caso, considerando que el de falla del servicio (subjetivo) es el preponderante y general, y que el objetivo es excepcional y residual y solo aplica si el subjetivo resulta insuficiente para declarar la responsabilidad del Estado, pero, en todo caso, éste último debe aplicarse en casos en que la absolución se funde en el principio de in dubio pro reo o en la atipicidad subjetiva.

Al respecto es preciso tener en cuenta que según datos del Consejo Superior de la Judicatura en Colombia hay un total de 5.295 despachos judiciales de diferentes especialidades y diferentes rangos y **a 2017** el país contaba con un censo de 49.381.250 habitantes, lo que significa que en Colombia para ese año se registraba en promedio 10.95 jueces por cada 100.000 habitantes, cuando el estándar en internacional, determinado por varias organizaciones como la Organización de Estados para la Cooperación y Desarrollo OCDE, es aproximadamente 65 jueces por cada 100.000 habitantes<sup>30</sup>.

Además de las estadísticas antes referenciadas, no pude desconocerse que los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá y en general en todo el país, siempre han estado con una carga laboral muy alta por la desproporción que existe entre la cantidad de Despachos Judiciales y el desproporcionado creciente número de procesos nuevos que surgen, lo que da lugar a que la congestión judicial permanezca, razón por la cual el Consejo Superior de la Judicatura, según la asignación presupuestal asignada por el Ministerio de Hacienda, ha implementado medidas de descongestión

<sup>30</sup> www. Ramajudicial.gov.co, Boletín justicia al día septiembre, octubre de 2017.



En informe estadístico publicado por el Diario El Tiempo, el 19 de marzo de 2020, el cual tituló:

***“Al año, 20 % de casos judiciales quedan represados y suman congestión***

*Hay 1,8 millones de casos pendientes. Apenas hay 11 jueces por cada 100 mil habitantes.*

*Desde los años 90, la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, pero la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento.*

*19 de marzo 2020 , 08:01 a. m.*

*Con cerca de un 20 por ciento de casos que no pueden ser evacuados el mismo año que llegan y se van rezagando, y un inventario de procesos que a 2019 llegaba a 1'884.088, la congestión es uno de los mayores problemas de la justicia en Colombia.*

*Las variables que influyen en esto son múltiples. Hernando Herrera Mercado, director de la Corporación Excelencia en la Justicia, explicó que el número de jueces de Colombia es una de las razones fundamentales de la congestión.*

*Y es que, con corte al 15 de febrero de este año, en Colombia había 5.488 jueces, entre jueces, magistrados de tribunal y de altas cortes, lo que significa que para los 50 millones de colombianos, la tasa es de 11 jueces por cada 100.000 habitantes. En comparación, la OCDE dice que el estándar óptimo es de 65 jueces por esa misma cantidad de personas.*

*Pero la poca cantidad de jueces no es la única razón de la congestión, dijo Herrera, quien agregó que “hay estudios que señalan que nuestro sistema procesal posee múltiples variables y posibilidades de interponer recursos ante el superior jerárquico en cada caso, lo cual hace que las actuaciones sean más demoradas. Un tercer aspecto es la alta litigiosidad, es decir, buscar resolver las controversias esencialmente mediante la vía judicial”.*

*Y añadió que para superar este tema hay que trabajar en tener más jueces, pero también en aspectos como la seguridad jurídica.*

*Un aspecto es la alta litigiosidad, es decir, buscar resolver las controversias esencialmente mediante la vía judicial*



*Detrás del número de jueces está el presupuesto, que no ha crecido tanto como se ha pedido, “ese rezago se nota año tras año en el número de jueces y magistrados, que se necesitan muchos más, en inversiones también”, dijo Diana Remolina, presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, órgano que administra los recursos de la Rama.*

*Remolina agregó que mientras que desde los 90 la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento.*

*En esto coincidió Hermens Darío Lara, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y presidente de la Corporación de Jueces y Magistrados de Colombia, quien dijo que debe haber dinero para invertir en la justicia pues, por ejemplo, dijo, los jueces penales del circuito de Bogotá siguen siendo la misma cantidad desde hace 20 años, pero la cantidad de procesos que conocen no son los mismos de hace dos décadas.*

*La Judicatura agregó que para mejorar la eficiencia también es importante la digitalización de todo el proceso, “la tecnificación de la justicia reduce tiempos y la hace más eficiente y ágil”, apuntó Remolina.*

*En el proceso de digitalización han estado trabajando tanto las altas cortes como el Ministerio de Justicia, incluso de la mano del BID, pero el camino aún es largo y costoso. Según la presidenta del Consejo Superior de la Judicatura, entre los análisis que han hecho tienen que el plan de digitalización de la justicia en Inglaterra costó unos 800 millones de dólares, y en Perú, dijo, ya llevan un inversión de 450 millones de dólares, por lo que calculan que todo la digitalización en Colombia puede costar entre 500 y 800 millones de dólares.*

*Ese rezago se nota año tras año en el número de jueces y magistrados, que se necesitan muchos más, en inversiones también*

*De otro lado, la ministra de Justicia, Margarita Cabello, indicó que también están trabajando en estrategias para impulsar la celeridad de los procesos y que en el marco de la reforma de la justicia y la ley estatutaria a la justicia –que están pendientes de ser radicadas en el Congreso– se plantean medidas para desjudicializar asuntos que pueden ser resueltos sin necesidad de la intervención de un juez.*

*Igualmente, dijo Cabello, se están fortaleciendo estrategias para aumentar el uso de métodos alternativos de solución de conflictos, lo que impacta en la reducción de los casos que terminan llegando a un despacho judicial.*



*No obstante, algunos no están tan de acuerdo con que la salida sea desjudicializar asuntos, o, como lo propone el borrador de reforma a la justicia, darles a notarios, árbitros y conciliadores poderes jurisdiccionales, es decir de jueces, en algunos casos.*

*(En contexto: Las novedades que traería el nuevo intento por reformar la justicia)*

*El magistrado Lara consideró que esto que en lugar de “quitarle peso a la rama judicial” al entregarle asuntos a notarios, árbitros y demás, deberían crear jueces y no “volver esto un negocio al dárselo a particulares”.*

*Por su lado, Álvaro Rojas, presidente de la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, dijo que esta propuesta establece que ellos recibirían esos poderes jurisdiccionales solo de forma excepcional y para casos en los que haya un mutuo acuerdo entre las partes, “lo que a mí me preocupa es el trámite del proyecto de acto legislativo, que no uno sabe ni qué entra ni qué sale del texto, pero las funciones que nos atribuyen las veo normales”.*

*En todo caso, frente a una congestión judicial que cada día presiona más al sistema, que diariamente sigue recibiendo las necesidades jurídicas de los ciudadanos, varios de los expertos coinciden en que en la solución debe haber esfuerzos conjuntos en varios frentes.*

*Otro de los aspectos que dificultó los trámites judiciales es la transitoriedad de la vinculación laboral de funcionarios y empleados que hace que vencido el término del Acuerdo que crea la descongestión, los procesos vuelvan al juzgado de origen a hacer fila para continuar con su estudio, hasta tanto el Ministerio de Hacienda asigne presupuesto para continuar con la medida de descongestión y volver a realizar el reenvío de los procesos al juzgado de descongestión que lo venía conociendo, por lo que los procesos permanecen inactivos por más de un año, la alta rotación del personal que labora en los juzgados, por cuanto ellos buscan una mejor estabilidad laboral y a la reducción anual del presupuesto de la Rama, estos son algunos aspectos que contribuyen al incumplimiento de las metas y términos judiciales, circunstancias estas, no atribuibles al despacho o a sus funcionarios, por lo que considero que el retardo en su trámite, en este caso se encuentra justificada.*



En este contexto, es evidente la congestión judicial que esta Rama del poder público es desproporcionada, como lo reseña la nota periodística, en el que retomando lo expresado por la Presidenta del Consejo Superior, el Periódico El Tiempo reseño: “*Remolina agregó que mientras que desde los 90 la demanda de justicia en Colombia ha aumentado en un 350 por ciento, la planta de personal solo ha crecido en 20 por ciento*”, lo que permite concluir que la mora judicial en este caso se encuentra justificada.

De otra parte, en el presente caso olvida el actor que la Rama Judicial no inició el proceso penal de oficio, porque lo que activó la actividad judicial fue el señalamiento directo que contra el señor ALFONSO WILCHES TAPIAS, realizaron “algunos vinculados a dicho trámite”, (La parte actora, teniendo en deber de hacerlo, con la demanda no allegó pieza procesal alguna del proceso penal), pero es lo que confiesa en la demanda.

Siendo así las cosas, el proceso penal en su contra fue el resultado de imputaciones en su contra que conllevaron a que fuera vinculado al proceso penal por lo que se debía clarificar su participación o no en los hechos, lo que descarta cualquier actuación mal intencionada de la Rama Judicial en su contra, lo que configura el eximente de responsabilidad denominado HECHO DE UN TERCERO.

Además, contando el abogado defensor con la posibilidad que la ley consagra a favor de los procesados de renunciar a la prescripción de la acción penal, el no hacer uso de ellas, por la defensa para evitar que opere la prescripción de la acción penal a favor de su defendido, constituye un obrar con culpa grave, una negligencia, porque confió en que dicho fenómeno no operaría y sin embargo corrió el riesgo de poder evitarlo, por lo que ahora no puede alegar su desconocimiento, razón por la cual, no fue cuidadoso en sus negocios, no fue diligente, no actuó como un buen padre de familia, configurándose de esta manera el eximente de responsabilidad a favor de la rama judicial denominado CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

De otra parte, en el presente caso, es claro que el acto jurisdiccional restrictivo de la libertad del demandante, adoptado por la FISCALÍA en la etapa instructiva, fue legal, sustentado tanto jurídica como probatoriamente y emitido en el ejercicio de las competencias propias del sistema penal bajo el cual se adelantó el mencionado proceso, sin que pueda predicarse de él arbitrariedad alguna, razón por la que no puede afirmarse la existencia de una falla en el servicio, un error jurisdiccional, ni mucho menos una privación injusta de la libertad. De igual forma las decisiones de condena en primera y segunda instancia se tomaron con base en criterios razonables y la debida argumentación fáctica y probatoria.

En tal escenario, **NO** se entienden configurados los presupuestos para tener por estructurado el título de imputación alegado, esto es, que la privación de la libertad del hoy



demandante, si bien constituyó un daño, **este no se reputa como antijurídico**, y por tanto fuente de responsabilidad administrativa de **LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL**

De otra parte, de la revisión del proceso penal, se concluye que en el presente caso, no se cumplen los anteriores requisitos para tener plena certeza de que obtener una sentencia a su favor, por lo que el daño reclamado a la luz de la jurisprudencia referenciada del Consejo de Estado, el daño no es cierto, y la oportunidad para reclamarlos se perdió, no por hechos atribuibles a la Rama Judicial, sino por circunstancias ajenas al Operador Judicial, y omisiones en que se incurrió, lo que condujo a que se configurara el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, de la cual pudo renunciar.

Finalmente, como quiera que el demandante no ha demostrado en el presente proceso que el daño sea ANTIJURÍDICO, como consecuencia del presunto defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, es preciso tener en cuenta que acudir a la jurisdicción administrativa no es una tercera instancia para reclamar los materiales y morales que reclamó en el proceso penal en el que no logró demostrar dichos perjuicios, respecto de los cuales tuvo la oportunidad de reclamarlos a través de los mecanismos que la ley le otorga, infortunadamente su apoderado no los utilizó a su favor en oportunidad porque incurrió en omisiones y desaprovechando estas oportunidades que le brindó la ley.

Como ya se expresó, el daño alegado en este caso ostenta el carácter de EVENTUAL, HIPOTÉTICO E INCIERTO si se tiene en cuenta: que el aquí demandante NO tenía un derecho consolidado en el proceso penal, porque no tenía la certeza de triunfo, era muy remota la posibilidad de obtener una sentencia a su favor y solo se buscaba que se decretara la prescripción, La seguridad solo se puede derivar de la firmeza del fallo definitivo en el proceso penal, es decir el aquí demandante NO tenía una situación “*potencialmente apta*” a su favor por cuanto de la revisión de los aleas normales del proceso penal ya evacuadas y lo que se encuentre probado, que en este caso hacen prácticamente hacen casi imposible que se le revoque la condena impuesta<sup>31</sup>.

### Deficiencia probatoria en Ley 600

En vigencia de la Ley 600 de 2000, en los artículos 7 y 232 el Ente Investigador se comprometió presentar prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado, los cuales establecen:

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo radicación No. 66001-23-31-0002000.00876.01 (NI 23769), Actor: Luis Enrique Ochoa Estrada. Dda. Rama Judicial.





*“Artículo 7°. Presunción de inocencia. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal mientras no se produzca una sentencia condenatoria definitiva sobre su responsabilidad penal.*

*En las actuaciones penales toda duda debe resolverse en favor del procesado.*

*Únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en firme tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales”.*

Por su parte el artículo 232, respecto a la certeza de la prueba, establece:

*“Artículo 232. Necesidad de la prueba. Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.*

*No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”.*

No obstante, en el presente caso como ya se advirtió, el Ente Investigador no logró desvirtuar la presunción de inocencia, como se había comprometido aportando prueba con plena certeza de su responsabilidad.

Al respecto el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, establece tres estadios de conocimiento al momento de definir la situación jurídica para la imposición de la medida de aseguramiento: i).- la presencia al menos de dos (2) indicios graves de responsabilidad, ii).- se debe traspasar el umbral de la sospecha para poder arribar a iii).- la inferencia razonable de la autoría de responsabilidad, para poder proceder a decretar la medida cautelar personal, una vez, el acervo probatorio lleve al Fiscal a la “probabilidad de verdad” frente a los elementos estructurales del delito que se le imputa y se determine la responsabilidad del infractor.

El artículo 397 de la Ley 600 de 2000, dispone:

*“Artículo 397. Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho, exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado”. (Subrayado no original del texto).*

La probabilidad de verdad significa que para el Fiscal debe existir el pleno conocimiento y convencimiento acerca de los elementos y presupuestos de la



conducta punible y tener su propia certeza de que el asunto en caso de llegar a juicio, sea muy probable que el juez emita sentencia condenatoria.

Con base en lo dispuesto en los artículos 354, 355 y 393, de la Ley 600 de 2000, en el presente caso, es evidente que olvidó el Ente Investigador que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado y que no bastan simples señalamientos de autoría objetiva o de participación objetiva, cuando conforme a las mismas se sustentan actos de formulación de imputación.

La fiscalía edificó indicios en su contra a partir de llamadas telefónicas con el líder de la organización criminal que dio origen a esta investigación en la que resultó implicado el aquí demandante, aunque como se consigna en la sentencia absolutoria, dichos indicios no soportan un análisis sobre la efectiva participación del aquí demandante.

Su vinculación al proceso penal se realizó además por cargos en su contra que elevaron terceros vinculados también a este proceso penal, por lo que era necesaria su vinculación al proceso para clarificar su situación jurídica.

Al respecto el artículo 356 de la Ley 600 de 2000, establece tres estadios de conocimiento al momento de definir la situación jurídica para la imposición de la medida de aseguramiento: i).- la presencia al menos de dos (2) indicios graves de responsabilidad, ii).- se debe traspasar el umbral de la sospecha para poder arribar a iii).- la inferencia razonable de la autoría de responsabilidad, para poder proceder a decretar la medida cautelar personal, una vez, el acervo probatorio lleve al Fiscal a la “probabilidad de verdad” frente a los elementos estructurales del delito que se le imputa y se determine la responsabilidad del infractor.

El artículo 397 de la Ley 600 de 2000, dispone:

“Artículo 397. Requisitos sustanciales de la resolución de acusación. El Fiscal General de la Nación o su delegado dictarán resolución de acusación cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho, exista confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento peritación o cualquier otro medio probatorio que señale la responsabilidad del sindicado”. (Subrayado no original del texto).

La probabilidad de verdad significa que para el Fiscal debe existir el pleno conocimiento y convencimiento acerca de los elementos y presupuestos de la conducta punible y tener su propia certeza de que el asunto en caso de llegar a juicio, sea muy probable que el juez emita sentencia condenatoria.

Con base en lo dispuesto en los artículos 354, 355 y 393, de la Ley 600 de 2000, en el presente caso, es evidente que olvidó el Ente Investigador que la causalidad por



sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado y que no bastan simples señalamientos de autoría objetiva o de participación objetiva, cuando conforme a las mismas se sustentan actos de formulación de imputación.

Como ya se expresó en líneas anteriores, la Fiscalía presentó con la acusación con base en prueba indiciaria contenida en los Informes de Inteligencia y serían controvertidos en la audiencia de juicio. Sin embargo, la Fiscalía no presentó la prueba que de “certeza” de la responsabilidad del procesado, con el resultado consabido de la prescripción de la acción penal, más no porque el aquí demandante hubiese demostrado su total inocencia.

En consecuencia, cuando la fiscalía incumple sus deberes probatorios, y el juez debe absolver al procesado, o como en este caso proceder a decretar la preclusión de la investigación, ante la solicitud del ente acusador, al no contar con prueba idónea que acreditara la participación del sindicado en la comisión de la conducta imputada, no surge la responsabilidad del Estado respecto de la Nación - Rama Judicial, porque la privación de la libertad, tuvo origen en el caudal probatorio allegado inicialmente por el ente investigador, el cual posteriormente no reunió los requerimientos necesarios para convertirse en plena prueba y que fuese el soporte de una decisión condenatoria.

En este orden de ideas, el Juez de Conocimiento con base en las reglas de la sana crítica y la experiencia, realizó la valoración de la prueba indiciaria aportada por la Fiscalía y los Organismos de Investigación, que no logro establecer la existencia la “certeza” que exige el artículo la Ley 600 de 2000 para proferir sentencia de condena.

Es por lo anterior que con todo respeto solicito se niegue la prosperidad de las pretensiones de la presente demanda respecto de la Rama Judicial.

## 6.- PRUEBAS Y PERJUICIOS

Con base en los anteriores argumentos de hecho y de derecho anteriormente expuestos, no hay lugar al reconocimiento de los perjuicios reclamados.

De la revisión de la demanda se observa que la parte actora NO ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso, radicando memorial con el que solicite el proceso penal y lo haya anexado con la demanda.

### **Perjuicios morales y a la vida de relación son excluyentes no acumulativos**

El Consejo de Estado ha prohibido el doble pago de perjuicio morales y los relacionados con la vida de relación, como lo establece la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2014, Expediente 26251, Consejero



Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Actor Ana Rita Alarcón, demandado Municipio de Pereira, por cuanto son excluyentes y no acumulativos.

A juicio del apoderado de la parte actora se reclaman perjuicios a la vida de relación por valor de \$390'621.000, por presentar el aquí demandante, trauma psicológico, sin allegar prueba medica de ello, esto es la Historia Clínica que así lo acredite, por cuanto estas dificultades de salud no se presumen, por lo que no hay lugar a su reconocimiento.

Reclama, además, de los perjuicios morales, el perjuicio al buen nombre por valor de \$1.528'496.690, el cual ya se encuentra incluido en los perjuicios morales reclamados como lo establece la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por lucro cesante reclama el valor de los salarios dejados de percibir en el tiempo que permaneció privado de su libertad, argumentando que no pudo trabajar, sin que acredite que su abogado defensor haya realizado alguna gestión solicitando se le permitiese laborar al interior del Centro de Reclusión.

Por concepto de daño emergente, respecto al pago de honorarios del abogado defensor reclama la suma de \$80'000.000, aportando como prueba un contrato de prestación de servicios profesionales, sin embargo, dicha prueba no cumple con las exigencia del Consejo de Estado en esta materia, cuando expresa:

*“En lo tocante a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, la Sala encuentra que estos se limitan a los gastos de defensa que tuvo que asumir la demandante en el proceso penal (...) [L]a Sala no tomará el valor que aparece en la certificación aportada por la parte demandante porque **no se allegaron los soportes tributarios** de los alegados pagos, tales como los comprobantes de retención en la fuente o las declaraciones de renta que den certera cuenta del ingreso de dicho capital al patrimonio del beneficiario y de su salida del de la víctima. En esta oportunidad se tendrá en cuenta el valor certificado por la Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos”. (Consejo de Estado, Consejero ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero, del 30 de noviembre de 2017, radicación No. 44001-23-31-000-2009-00079-01(45081), actor: Yiseth Bivian Oñate Perpiñan y otros, demandado: nación - fiscalía general de la nación y otros).*

Lo anterior por cuanto es deber de los abogados litigantes dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 392 del Estatuto Tributario, respecto a los honorarios recibidos, para acreditar que no son evasores, razón por la cual, no hay lugar a su reconocimiento.



Respecto a la prueba testimonial- declaración de terceros solicitada por el apoderado de la parte actora, es preciso tener en cuenta que No cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 212 del Código General del Proceso, por cuanto en la solicitud NO se enuncian concretamente los hechos objeto de la prueba, por lo que debe negarse su decreto.

### Pruebas de la Rama Judicial

Con el fin de justificar la presunta mora judicial, con todo respeto me permito allegar la gestión del Oficio No. UDAEO21-3239 del 18 de mayo 2021, dirigido a la Directora de la Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico del Consejo Superior de la Judicatura para que certifique la carga laboral del Juzgado 49 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá en los años: 2009 al 2016, indicando los Acuerdos que implementaron medidas de descongestión.

### 8.- ANEXOS

1.- Copia de la Resolución No. 5393 del 16 de agosto de 2017, por medio de la cual el Director Ejecutivo delega la función de Representación Judicial de la Nación - Rama Judicial en la Directora Administrativa de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal y Copia de la Resolución No. 7361 del 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se nombra en propiedad a la doctora BELSY YOHANA PUENTES DUARTE como Directora Administrativa de la División de Procesos de la Dirección Ejecutiva de Administración judicial y el Acta de posesión del 30 de noviembre de 2016.

2.- Copia de la Resolución No 0986 del 5 de abril de 2012 con la que se nombra en provisionalidad al Doctor CESAR AUGUSTO MEJÍA RAMIREZ como Director (E) de la División de Procesos, por el tiempo de la licencia no remunerada de la Dra. BELSY YOHANA PUENTES DUARTE.

### 9.- NOTIFICACIONES

Ministerio Público en cabeza de la Dra. María Cristina Muñoz Arboleda, Procuradora Judicial 79: [procjudadm79@procuraduria.gov.co](mailto:procjudadm79@procuraduria.gov.co).

El apoderado de la parte demandante parte demandante: abogado Alexander Duque Acevedo, correo: [alexanderduqueacevedo@gmail.com](mailto:alexanderduqueacevedo@gmail.com)

Fiscalía General de la Nación: [jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co](mailto:jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co)

La Rama Judicial las notificaciones personales las recibirá en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal



de la Calle 72 No 7 – 96, Piso 8, Teléfono 3127011. Sede Judicial El CAN, ubicada en la carrera 57 no. 43 91, teléfono 5553939 Exte. 1078. Primer piso. Celular: 320-4685184. Correo: [jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co](mailto:jdazat@deaj.ramajudicial.gov.co).

De Señor Juez,

**JESÚS GERARDO DAZA TIMANÁ.**

C.C. No. 10'539.319 de Popayán.

T.P. No. 64.570 del C. S. de la J.