



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Reparación directa
Radicado. 19001230000020110032400
Demandante. M.F.D. y otros. ¹
Demandado. Nación – Rama Judicial – DEAJ y Fiscalía General de la Nación.
Fecha de la sentencia. Octubre 12 de 2017
Magistrado ponente. GLORIA MILENA PAREDES ROJAS
Descriptor. Privación injusta de libertad.
Restrictor 1. Preclusión de la investigación.
Restrictor 2. Prescripción de la acción penal.
Descriptor 2. Error judicial.
Tesis 1. La antijuricidad de la pena impuesta a la demandante, no es en sí la pena misma, sino que consiste en el aumento de la pena que se le impuso de cuenta de la aplicación de la reforma que trajo el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, que no estaba vigente para la fecha de los hechos.
Tesis 2. No se configuran los elementos jurídicos exigidos para atribuir responsabilidad a las entidades demandadas bajo el criterio del error judicial o jurisdiccional; y por tanto, se procede en orden a estudiar el asunto bajo el régimen de la privación injusta de la libertad.
Tesis 3. El periodo de reclusión al que fue sometida la demandante es inferior al que le correspondía cumplir por el delito de homicidio simple del que se le halló responsable, pues la privación de la libertad no alcanzó a materializarse por un término ajustado al contemplado para esa conducta delictiva, que iba de 10 a 15 años.
Tesis 4. No se configuran los elementos jurídicos necesarios para determinar que la privación de la libertad a la que fue sometida la demandante pueda catalogarse de injusta ya que el periodo de reclusión al que fue sometida es inferior al que le correspondía cumplir por el delito de homicidio simple del que se le halló responsable.
Conclusión. Si bien la sentencia del 30 de junio de 1995, en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía condenó penalmente a la señora M.F.D. por la muerte del señor Hernando Delgado Montilla, aplicó equivocadamente la mayor pena que trajo modificación de la Ley 40 de 1993 al Decreto Ley 100 de 1980, tal situación no alcanzó a materializarse de forma injusta en la demandante, puesto que fue corregido en la debida oportunidad por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán a través de la sentencia del 8 de junio de 2009, hecho que permitió que la señora no estuviera detenida más allá de la pena que había de imponerse por el delito de homicidio simple, cuyo mínimo era de 10 años.
Resumen del caso. La parte demandante pretende reclamar los perjuicios sufridos con ocasión de la privación de la libertad a la que se sometió a la demandante, por causa de la sentencia de carácter condenatorio que se impuso en contra de ella por el delito de homicidio, y que fue declarada nula en vía de acción de tutela, a causa de que se le aplicó una pena mayor contenida en una modificación normativa que no estaba vigente al momento de la vigencia de los hechos. Finalmente, se declaró la prescripción de la acción penal a favor de la acusada, puesto que al momento de proferirse una

¹ Dato anonimizado.

nueva sentencia, ya había transcurrido el tiempo que se exigía para declarar tal fenómeno jurídico.

Problema jurídico. Se considera necesario determinar si la variación de la dosificación punitiva que se hizo sobre el delito de homicidio, en la sentencia proferida el día 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía, Cauca, y que fue evidenciada en la sentencia de tutela dictada el 8 de junio de 2009 por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, conllevó al sometimiento de una privación de la libertad injusta a la demandante, que no estaba en la carga de soportar.

Decisión. Niega pretensiones.

Razón de la decisión.

Deviene entonces que la aplicación de la modificación efectuada con el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, implicó un acrecimiento de la pena impuesta a la demandante, puesto que de haberse enjuiciado a la señora (M.F.D) por la comisión del delito de homicidio, sin aplicar la reforma indicada, la pena que debió imponérsele iría de 10 a 15 años; y no de 25 a 40 años, términos estos que corresponden a la pena que en aquel entonces se contemplaba originalmente para el homicidio simple.

De lo anterior se puede deducir que, la antijuricidad de la pena impuesta a la señora (M.F.D.), no es en sí la pena misma, pues se insiste la sentencia de tutela que declaró la nulidad de la sentencia condenatoria del 8 de junio de 1995 no da a entender que efectivamente hubiese mérito para afirmar que la citada actora no incurrió en el delito de homicidio; sino que consiste en el aumento de la pena que se le impuso de cuenta de la aplicación de la reforma que trajo el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, que no estaba vigente para la fecha de los hechos.

Frente a ello, se observa que el tiempo que alcanzó a estar privada de la libertad la señora (M.F.D.) con ocasión de la pena impuesta, de conformidad con las pruebas referidas con anterioridad, fue de 9 meses y 23 días, ocurridos entre el día 14 de septiembre de 2008, cuando se le capturó, y el 7 de julio de 2009, cuando fue puesta en libertad. Es decir que, el periodo de reclusión al que fue sometida la señora (M.F.D.) es inferior al que le correspondía cumplir por el delito de homicidio simple del que se le halló responsable, pues la privación de la libertad no alcanzó a materializarse por un término ajustado al contemplado para esa conducta delictiva, que iba de 10 a 15 años.

(...)

De todo lo anterior concluye la Sala que, si bien la sentencia del 30 de junio de 1995, en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía condenó penalmente a la señora (M.F.D.) por la muerte del señor Hernando Delgado Montilla, aplicó equivocadamente la mayor pena que trajo modificación de la Ley 40 de 1993 al Decreto Ley 100 de 1980, tal situación no alcanzó a materializarse de forma injusta en la demandante, puesto que fue corregido en la debida oportunidad por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán a través de la sentencia del 8 de junio de 2009, hecho que permitió que la señora(M.F.D.)no estuviera detenida más allá de la pena que había de imponerse por el delito de homicidio simple, cuyo mínimo era de 10 años.

Aunado a ello, llama la atención de la Sala que a pesar de que el abogado I.O.A., apoderado de confianza de la señora(M.F.D.), tuvo la posibilidad de controvertir la sentencia de carácter dictada el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía mediante el recurso de apelación, no haya hecho uso del mismo, y que sólo interpusiera una acción de tutela contra la misma cuando ya habían pasado 14 años, aspecto que deja entrever que su ejercicio de defensa fue deficiente, y su conducta determinante, no sólo para que se dejara de corregir el yerro contenido en la sentencia condenatoria, sino además, para que el paso del tiempo diera lugar a la configuración de la prescripción de la acción penal, que finalmente benefició a su defendida, la actora(M.F.D.), situación que a la postre le permitió eximirse del pago de la pena por la comisión del delito de homicidio.

Así las cosas, se impone que en el asunto en estudio no se configuran los elementos jurídicos necesarios para determinar que la privación de la libertad a la que fue sometida la señora(M.F.D.) hubiese sido injusta, y por tanto, no es dable declarar la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, imponiéndose la negación de las pretensiones de la demanda.

Observación del Despacho ponente sobre la relevancia de la sentencia. En la providencia se estudia el régimen a aplicar en un evento en que se demanda la responsabilidad de las entidades públicas por la privación de la libertad a la que se vio sometida una ciudadana, cuyo proceso penal terminó con la declaración de prescripción a su favor.

Nota de Relatoría.

En el caso de la sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente 19001230000020110032400, que se publica en el presente boletín, es importante destacar que no se arguye una privación injusta por absolucón del investigado o basada estrictamente en la prescripción de la acción penal, sino que el argumento de la parte actora está centrado en que la persona privada de libertad lo estuvo bajo la aplicación de una norma jurídica posterior que no le era aplicable en el momento de ocurridos los hechos por los cuales se le investigó y que, a su juicio, le aumentó el tiempo de reclusión. Sin embargo, la Sala encuentra probado que, aún con aplicación de la norma posterior, la persona privada de libertad no estuvo bajo un tiempo mayor de reclusión que el que le correspondía por la pena contemplada en la norma jurídica inicial y bajo la cual fue hallada culpable del delito. Lo que hace que, en la práctica, no haya estado privada injustamente de su libertad.

En la mayoría de los casos, la privación injusta de libertad ha sido analizada por el Tribunal bajo regímenes objetivo y subjetivo de responsabilidad –*dependiendo de la situación fáctica*- con un alto porcentaje de fallos accediendo a pretensiones por demostrarse el daño antijurídico indemnizable.

En los eventos señalados, se observa una posición reiterativa asumida por la Corporación que permite establecer la valoración del precedente vertical y horizontal en torno al tema de privación injusta de libertad.

Con la finalidad de ampliar la base de datos del lector sobre casos dentro del descriptor **privación injusta de libertad**, en otros escenarios fácticos pueden observarse las siguientes providencias recientes:

Sentencia del 21 de julio de 2017. Régimen subjetivo de responsabilidad/ Falla del servicio/ Privación injusta de libertad. *Capturado con base en declaraciones de reinsertados de las FARC, la Fiscalía determinó la falsedad de los testimonios y concedió la libertad de la persona, declaró nulidad de todo lo actuado. Posteriormente dictaminó inhibirse de abrir investigación sumaria por cuanto consideró que el término de instrucción estaba vencido. Confirma-acceso parcial a pretensiones. Hubo graves falencias sustanciales y probatorias de la Fiscalía que le llevaron a nulitar lo actuado. Gilberto Calderón Reyes vs Rama Judicial –Fiscalía General de la Nación. M. P. David Fernando Ramírez Fajardo.*

Sentencia del 28 de julio de 2017. Responsabilidad objetiva/ Daño Especial/ Privación injusta de libertad. *Absolucón de delito de narcotráfico. La carga de privación de libertad no era de las que se debía soportar. Confirma-accede. Elder Naspiran Rosero y otros vs Rama Judicial –Fiscalía General de la Nación. M. P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.*

Sentencia del 12 de mayo de 2017. Daño especial/ Privación injusta de libertad. *Persona privada de la libertad por casi 3 años, sindicado del delito de tráfico de estupefacientes, en el cual hubo absolucón por indubio pro reo. La privación de la libertad resulta injusta, puesto que quien estuvo detenido sufrió un daño que no estaba en la obligación de soportar y se condena a las entidades al pago solidario de la condena. Confirma – accede- adiciona, condena al pago de perjuicios morales al*

accionante e hijo, además de lucro cesante, daño emergente y daño por afectación a bienes constitucionalmente amparados. Yuri Javier Sánchez Barros vs Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación. M. P. David Fernando Ramírez Fajardo.

Sentencia del 11 de mayo de 2017. Régimen objetivo de responsabilidad/ Privación injusta de la libertad. Persona privada de la libertad durante 8 meses por la supuesta comisión del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, delito en el cual hubo sentencia absolutoria, cualquier restricción a la libertad por corta que sea y que no se encuentre debidamente justificada configura un daño antijurídico que debe ser resarcido, solamente se condenará a la Fiscalía pues el Juzgado Penal del Circuito conoció del proceso cuando ya se había otorgado libertad condicional al accionante, y este solo dictó sentencia absolutoria. Accede, condena al pago de perjuicios morales y lucro cesante al directo afectado. Ricardo Quigua Llantén vs Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación. M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade.

Sentencia del 18 de mayo de 2017. Privación injusta de la libertad. Persona privada de la libertad durante 7 meses acusado del delito de rebelión, delito en el cual hubo preclusión, las sindicaciones hechas por testigos eran casi que inexistentes, tenues e imprecisas; cualquier restricción a la libertad por corta que sea siempre que no sea justificada configura un daño antijurídico que debe ser resarcido.

Accede - condena al pago de perjuicios morales y lucro cesante. Jhon Freddy Andrade Vitonas vs Fiscalía General de la Nación. M.P. Gloria Milena Paredes Rojas.

Sentencia del 9 de marzo de 2017. Régimen objetivo de responsabilidad. Privación injusta de la libertad. Persona privada de la libertad durante 5 meses, por supuesta comisión extorsión en grado de tentativa, en la investigación del delito hubo preclusión. La condena la deben pagar 50% cada entidad. Confirma – accede. Juan Pablo Pineda Guevara vs Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación. M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.

Sentencia del 16 de febrero de 2017. Privación injusta de la libertad. Persona privada de la libertad durante 28 días, por la presunta comisión del delito de extorsión, proceso en el cual hubo preclusión. Cualquier restricción al derecho a la libertad, siempre que no esté justificada configura un daño antijurídico que se debe resarcir. Accede. José Ferney Pardo Vargas vs Fiscalía General de la Nación. M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade.

Sentencia de junio 30 de 2016. Privación injusta de libertad/ Aplicación de responsabilidad objetiva/ Daño especial/ Principio de reparación integral/La interpretación de la demanda no debe ser restrictiva por parte del juez/ Tasación por separado de la indemnización del perjuicio moral para cada accionante, así no se haya especificado en la demanda/ La privación de libertad se torna en injusta cuando se constituye en la imposición de una carga que la persona no estaba en la obligación de soportar en razón de que el Estado no logró desvirtuar su presunción de inocencia/ Confirma parcialmente decisión del a quo, modifica ordenando indemnización individual de perjuicios morales/ Wilson Ovides Campo Rengifo y otros vs Nación Rama Judicial y otros/M.P. David Fernando Ramírez Fajardo. Publicada en el boletín 3 de 2016, título 8.

Sobre privación injusta de libertad, sustentada en criterio objetivo de responsabilidad, ver también: Sentencia de julio 15 de 2016, expediente 19001233300220130051800, Demandante: Jaime Arenas Jiménez y otros. Demandado: Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación. M. P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No 190

Popayán, doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Magistrada Ponente: Gloria Milena Paredes Rojas
Radicación: 19001230000020110032400
Demandante: (M.F.D.)² y otros
Demandado: Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.
Referencia: Reparación Directa

I. OBJETO

Se procede a dictar sentencia dentro del proceso promovido por los **actores (M.F.D.), Sesaria Eneida Zúñiga Fernández, Magnolia Díaz Fernández, Marisol Díaz Fernández y María Enelia Díaz Fernández** quienes a través de apoderado judicial interponen acción de reparación directa contra la **Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y la Fiscalía General de la Nación**, encaminada a que se declare a esta entidad administrativa y extracontractualmente responsable por los perjuicios causados con ocasión la falla en el servicio, el error judicial y la privación injusta de la libertad a la que fue se sometió a la demandante (M.F.D.)

II- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 Pretensiones (fl. 234 c. ppal.)

“PRIMERA. Declárese la responsabilidad del estado ocasionada por la Nación

² Dato anonimizado

Colombiana – Ministerio del Interior y de Justicia – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, que generó la privación injusta de la libertad de la señora (M.F.D.).

SEGUNDA. En consecuencia de lo anterior, declárese administrativa, solidaria y civilmente responsable a la Nación Colombiana – Ministerio del Interior y de justicia – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de todos los daños y perjuicios morales y materiales, causados a (M.F.D.) y a sus hijas SESARIA ENEIDA ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, MAGNOLIA DÍAZ FERNÁNDEZ, MARISOL DÍAZ FERNÁNDEZ Y MARÍA ENELIA DÍAZ FERNÁNDEZ; por la privación injusta de la libertad de(M.F.D), desde el 14 de Septiembre de 2008 hasta el 7 de julio de 2009.

TERCERA. Condénese a la Nación Colombiana – Ministerio del Interior y de justicia – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a pagar a los actores los perjuicios así:

1. PERJUICIOS MORALES.

- Páguese a (M.F.D.) (madre) y a sus hijas SESARIA ENEIDA ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, MAGNOLIA DÍAZ FERNÁNDEZ, MARISOL DÍAZ FERNÁNDEZ Y MARÍA ENELIA DÍAZ FERNÁNDEZ, el equivalente a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, (100 S.M.M.L.V) a cada una de ellas por PERJUICIOS MORALES.*

2. PERJUICIOS MATERIALES.

2.1 LUCRO CESANTE: Que se determina por el ingreso económico que la señora (M.F.D.), dejó de percibir, al no haber laborado durante todo el tiempo de su reclusión, en efecto, como se sabe, la accionante, al momento de su captura, se dedicaba a labores de elaboración y venta de productos lácteos (leche, queso, kumis) devengando un salario mínimo legal mensual vigente de la siguiente manera.

A). Para el año 2008 la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$461.500.00), siendo que estuvo privada de la libertad por espacio de NOVENTA (90) días, desde el día tres (3) de Octubre de 2008 hasta el día treinta y uno (31) de Diciembre de 2008, a razón de QUINCE MIL TRECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$15.383.00) diarios, para un total de lucro cesante por ese año de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA PEROS M/CTE. (1.383.470.00)

B). Para el año 2009, la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS M/CTE (\$496.900.00), y siendo que estuvo privada de la libertad por un espacio de ciento ochenta y ocho (188) días, desde el día 01 de Enero de 2009, hasta el día 07 de Julio de 2009, a razón de DIECISEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL PESOS M/CTE. (\$16.563.00),por lo cual, el total del lucro cesante por ese año es de TRES MILLONES CIENTO TRECE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTE. (\$3.113.844.00).

C). Teniendo en cuenta que la reintegración a la vida laboral de la actora no es automática y que en Colombia, de acuerdo a las Estadísticas del DANE, una persona demora de ocho (8) meses y quince (15) días en conseguir un empleo, motivo por el cual el lucro cesante deberá observar tal prescripción a efectos de que la reparación del daño sea integral cuantificando dicho perjuicio.

D). Durante todo el tiempo que la señora (M.F.D.) estuvo privada de su libertad y por ocho meses y quince días adicionales así:

C.1). CIENTO SETENTA Y SIETE (177) días, contados a partir del 8 de Julio de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2009, a razón de DIECISEIS MIL QUINIENTOS

SESENTA PESOS M/CTE. (\$16.563.00) diarios, por un total del lucro cesante para ese año de DOS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS M/CTE (\$2.931.651.00).

C.2). OCHENTA Y UN (81) días, contados a partir del 01 de Enero de 2010 hasta el 2 de Marzo de 2010, a razón de DIECISIETE MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PEROS M/CTE (\$17.167.00), para una suma total del lucro cesante por este año, de UN MILLON TRECIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE. (\$1.390.527.00).

La suma resultante o sea OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS M/CTE. (\$8.820.492.00), deberá ser actualizada y/o indexada hasta el momento de su pago.

CUARTA. De igual forma, a título de DAÑO O PERJUICIO A LA VIDA DE RELACIÓN, entendida esta como y entendiéndose este como “una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras”, solicito respetuosamente se indemnice a la señora (M.F.D.), con una suma de dinero equivalente a CIEN SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.M.L.V) para la fecha de la sentencia, en razón a que la privación injusta de la libertad, le afecto enormemente su vida de relación en sociedad, luego de salir de la cárcel, y por culpa del estado se le causo un estigma.

QUINTA. Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

SEXTA. Los intereses serán incrementados según la variación porcentual mensual del índice de precios al consumidor.

SÉPTIMA. Sírvase condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

OCTAVO. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia dentro de los 30 días siguientes a su ejecutoria.”

1.2 Los Hechos (fl. 67 c. ppal.)

La señora (M.F.D.) y el señor (R.F.D.) fueron procesados por el homicidio del señor Hernando Delgado Montilla en hechos ocurridos el día 1 de mayo de 1992, en virtud de una denuncia presentada por el señor Ismael Delgado.

El proceso correspondió al Juzgado Doce de Instrucción Criminal de Mercaderes, Cauca, quien por auto del 21 de mayo de 1992 ordenó la detención preventiva de la señora (M.F.D.) y el señor (R.F.D), librándose las respectivas boletas de captura. Posteriormente mediante resolución del 16 de septiembre de 1992 la Fiscalía Treinta y Cinco de Mercaderes decretó la preclusión de la investigación a favor de los procesados, ordenó la libertad provisional y revocó la medida preventiva decretada con auto del 21 de mayo de 1992.

La resolución del 16 de septiembre de 1992 fue remitida por error a consulta ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán; sin embargo, mediante auto del 25 de mayo de 1993 la Fiscalía Treinta y Tres de Mercaderes decretó la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde la providencia que se emitió el 19 de agosto de 1992, en la que se decretó el cierre de la investigación.

Posterior a ello, la Fiscalía Seccional Cuarenta y Uno dictó resolución interlocutoria de acusación el 18 de julio de 1994, decisión en la que revocó el beneficio de la libertad y dictó orden de captura contra los procesados. Frente a tal providencia se interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron resueltos respectivamente por providencias de la Fiscalía Seccional Cuarenta y Uno del 24 de agosto de 1994, y de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán del 25 de octubre de 1994, confirmando la decisión.

El proceso fue fallado en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía mediante sentencia del 8 de junio de 1995, en la que determinó declarar a la actora (M.F.D.) responsable del delito de homicidio, y la condenó a veinticinco años de prisión, a una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, así como a pagar una indemnización de 153 gramos oro. En la misma providencia se determinó exonerar al señor (R.F.D).

Por auto del 18 de diciembre de 2008, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Mocoa Putumayo avocó el conocimiento de la ejecución de la sentencia condenatoria, despacho ante el que se puso en disposición a la señora (M.F.D.).

Posteriormente, el Juzgado Penal del Circuito del Patía en sentencia del 30 de junio de 2009 resolvió declarar la cesación del procedimiento a favor de la señora (M.F.D.) y (R.F.D), por la prescripción de la acción penal, razón por la que se ordenó conceder el beneficio de libertad provisional a la referida actora, quien se encontraba reclusa en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mocoa.

La parte actora aduce que la declaración de prescripción decretada por el Juzgado en sentencia del 30 de junio de 2009 obedeció a que a la señora(M.F.D.) se le

procesó, juzgó y condenó con la reforma que incorporó al artículo 323 del Código Penal el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, norma que entró en vigencia con posterioridad al momento de los hechos acaecidos el 1 de mayo de 1992 y que establecía una pena de prisión de 25 a 40 años, mientras que la norma sin la reforma sólo establecía una pena de prisión de 10 a 15 años, situación que afectó su derecho al debido proceso.

Por cuenta del proceso penal, la actora (M.F.D.) permaneció privada de la libertad entre el 14 de septiembre de 2008 hasta el 7 de julio de 2009.

2. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

2.1 DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (fl.268cppal.)

Esta entidad intervino para manifestar su oposición a las pretensiones de la demanda, para lo cual expresó que la defensa técnica de la señora (M.F.D.) no interpuso los recursos que eran procedentes dentro del proceso para cuestionar las irregularidades alegadas respecto del mismo, y proponer la prescripción.

Adicionalmente, indicó que la privación de la libertad a la que se sometió a la señora (M.F.D.) se fundó en la valoración del acervo probatorio que el ente investigador puso a consideración del juez de conocimiento, quien verificó los requisitos de índole formal y sustancial para imponer la medida restrictiva, que finalmente es una carga a la que están sometidos los ciudadanos cuando existen serios indicios de que se cometió una conducta delictiva, que en este caso no tuvo otro objeto que lograr hacer comparecer a la procesada ante las autoridades, razón por la que se afirma no se constituye en una privación injusta.

En ese sentido, se expresa que fue la Fiscalía la que a través de la aportación de pruebas y la evaluación de las mismas puso en marcha la jurisdicción, y que en todo caso, las decisiones definitivas, como la prescripción de la acción, sólo podían tomarse hasta el final del proceso, advirtiendo que *“la corrección de la actuación corrió por cuenta de los operadores jurídicos”* que participaron en el mismo.

Por ello, aparece demostrado que no existe responsabilidad de la Rama Judicial en

el asunto de la referencia, pues los elementos recaudados y aportados por la Fiscalía evidenciaban con grado de suficiencia la responsabilidad penal de la señora (M.F.D.) por los hechos investigados, de suerte que si eventualmente se decretara alguna responsabilidad, la misma sólo podría atribuirse a la Fiscalía.

Se relata que dentro del proceso no hubo actuaciones abiertamente contrarias a la Ley, de forma tal que se pudiera catalogar de caprichosas o arbitrarias, ya que por el contrario, se intervino con arreglo a la ley, en especial, a las funciones que se establecen constitucionalmente para la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial.

De esa manera, se propusieron las excepciones de i) *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, ii) *“falta de causa para demandar”*, iii) *“inexistencia de perjuicios”* y la *“innominada”*.

2.2 DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 289 ib)

Esta entidad refirió que era necesario que la parte actora acreditara los hechos relatados en la demanda; no obstante, refirió que el proceder de la Fiscalía en el proceso penal por el que se demanda, resultó consecuente con las potestades otorgadas por el ordenamiento jurídico, las cuales se ejercieron de acuerdo al acervo probatorio existente en el proceso penal, con base en el cual se fundaron las decisiones emitidas.

Adicionalmente, indica que la Fiscalía sólo estuvo a cargo del proceso hasta la finalización de la etapa de instrucción, después de lo cual el proceso ya estuvo a cargo del juez de conocimiento.

Por ello, consideró que no se encuentran demostrados los presupuestos de hecho y de derecho para acceder a las pretensiones de la demanda, y en consecuencia no hay lugar a la reparación de perjuicios.

Con base en esos argumentos se propusieron las siguientes excepciones: i) *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*, bajo el entendido que la cesación del procedimiento por vencimiento de términos no se dio en la etapa de instrucción; ii) *“inexistencia de la pretendida responsabilidad de la entidad que represento por la*

alegada falla en el servicio por omisiones operaciones, vías de hecho, errores judiciales y privación injusta de la libertad, por actuación legítima de la Fiscalía General de la Nación”, por considerar que la entidad obró de acuerdo a sus facultades y a la valoración de las pruebas obrantes en el proceso penal, las que incluso dieron lugar a que se condenara penalmente en sentencia de primera instancia a la demandante por el delito de homicidio, razón por la que se colige que no se configuran los elementos de la responsabilidad administrativa en la entidad.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1 DE LA PARTE ACTORA (fl. 353 ib.)

La parte demandante refirió, después de reiterar los hechos de la demanda, que en el proceso se acreditó que la demandante fue retenida por un total de 14 meses y 5 días, entre el 12 de mayo al 23 de septiembre de 1992, y posteriormente, entre el 14 de septiembre de 2008 y el 7 de julio de 2009, en virtud del proceso penal que terminó con la sentencia condenatoria emitida el 8 de junio de 1995, la cual fue dejada sin efectos el 8 de junio de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, quien determinó que hubo aplicación retroactiva de una norma que establecía una pena mayor para el delito de homicidio simple, hecho que dio lugar a que el Juzgado Penal del Circuito del Patía emitiera un nuevo pronunciamiento mediante providencia del 30 de junio de 2009, en la que se declaró la cesación del procedimiento penal por el fenómeno de la prescripción, y en consecuencia dispuso la libertad de la demandante.

Precisamente por esa situación, se expidió la boleta de libertad el 7 de julio de 2009 y se dirigió al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mocoa – Putumayo, quien se encargó de dejar libre a la señora (M.F.D.) en esa fecha.

Tales afectaciones a su derecho a la libertad devinieron en la causación de diferentes perjuicios de índole moral y material tanto a la víctima como a su familia, aspecto que quedó establecido a través de los diferentes testimonios recaudados.

3.2 DE LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL (fl. 373 c. ppal.)

Esta entidad refirió que el proceso penal objeto de debate se surtió en curso del anterior Código de Procedimiento Penal, en el que la etapa de investigación estaba a cargo de la Fiscalía General de la Nación, mientras que el Juzgamiento correspondía a la Rama Judicial, razón por la que se afirma que la privación de que fue objeto la demandante (M.F.D.) tuvo origen en la resolución de acusación presentada por la Fiscalía General de la Nación.

Se insistió en que el obrar de la entidad se ajustó a derecho, y respetó los derechos y garantías que le asistían a la actora, y por tanto, la imposición de la medida privativa de la libertad no fue caprichosa, reiterando que, en caso de estimarse que existe responsabilidad, la misma sólo es atribuible a la Fiscalía General de la Nación, pues la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial carece de legitimación en la causa por pasiva.

3.3 DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fl. 377 c. ppal.)

La demandada expresó que la Fiscalía intervino dentro del proceso de conformidad con las facultades establecidas para tal entidad bajo el Decreto Ley 2700 de 1991, actuación dentro de la que se profirió resolución de acusación dentro del término oportuno, ya que existían elementos de mérito para tal decisión, que fue recurrida por la defensa de la demandante y se confirmó por el superior jerárquico.

Luego de ello, y de los demás trámites de rigor, el proceso pasó a la etapa de juzgamiento, a cargo del juez de conocimiento, quien emitió la sentencia del 8 de junio de 1995, en la que se determinó condenar a la actora (M.F.D), sin que contra ese fallo se interpusiera recurso de apelación por la procesada.

Así, resalta que la privación de la libertad de la actora obedeció a la condena emitida el día 8 de junio de 1995, la que se ejecutó por el Juzgado de Ejecución de Penas 14 años después, por lo que afirmó que *“no se evidencia que la Fiscalía haya inducido a error al Juez para la imposición de la medida”*, y por tanto, es clara la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiscalía General de la Nación.

4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fl. 395 ib.)

El Agente del Ministerio Publico se abstuvo de rendir concepto de fondo.

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral 6º del artículo 132 del C.C.A. en concordancia con los artículos 65 a 68 de la Ley 270 de 1996, normatividad que resulta aplicable al presente proceso en tanto fue promovido con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³.

2. CADUCIDAD

En el expediente obra copia de la sentencia dictada el **30 de junio de 2009** (fl. 158 c. ppal.), proferida por el Juzgado Penal del Circuito del Patía – Cauca, mediante el cual se resolvió declarar la cesación del procedimiento en la causa penal por prescripción frente al delito de homicidio, a favor de la señora (M.F.D.) y del señor (R.F.D), en relación con los hechos ocurridos el 10 de mayo de 1992. Tal decisión, de acuerdo a la constancia emitida por el Secretario de ese Despacho, quedó ejecutoriada el **6 de julio de 2009** (fl. 599 c. pbas.).

En consecuencia, se puede afirmar que la acción instaurada no se encuentra caducada, por cuanto la demanda fue presentada el día **29 de junio de 2011** (fl. 250 ib.); es decir, dentro del término de dos (02) años que para el efecto señala el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A.

3. EXCEPCIONES

Cabe precisar, que no obstante las entidades demandadas presentaron excepciones, las mismas refieren discusiones propias del fondo del asunto, y por tanto, serán abordadas en un acápite posterior, ya que para resolverlas resulta

³ De acuerdo con el artículo 308 del CPACA, éste “...se aplicará a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia”, la que según el mismo ocurrió el 2 de julio de 2012.

necesario efectuar el debate con el análisis del acervo probatorio y la valoración jurídica del mismo.

4. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE PERJUICIOS OCASIONADOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

En el caso puesto a consideración de la Sala en esta oportunidad, la parte demandante pretende reclamar los perjuicios sufridos con ocasión de la privación de la libertad a la que se sometió a la señora (M.F.D), por causa de la sentencia de carácter condenatorio que se impuso en contra de ella por el delito de homicidio, y que fue declarada nula en vía de acción de tutela, a causa de que se le aplicó una pena mayor contenida en una modificación normativa que no estaba vigente al momento de la vigencia de los hechos. Finalmente, se declaró la prescripción de la acción penal a favor de la acusada, puesto que al momento de proferirse una nueva sentencia, ya había transcurrido el tiempo que se exigía para declarar tal fenómeno jurídico.

En materia de responsabilidad del Estado por daños antijurídicos causados en el marco de procesos penales, para la imputación de los mismos, debe acudir a los tres criterios de responsabilidad establecidos en la Ley 270 de 1.996, esto es: *error judicial, privación injusta de libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia*; criterios que envuelven, en principio⁴, la aplicación del régimen genérico de falla en el servicio, en tanto suponen un anormal ejercicio de la actividad judicial.

Lo anterior encuentra fundamento normativo en el artículo 65 de la citada Ley, que advierte:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.*

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.” (Lo resaltado de la Sala).

Sin embargo, también se ha señalado que a partir de la consagración de la cláusula

⁴ Se dice “en principio” porque, por ejemplo, en materia de privación injusta de la libertad se aplica un régimen de responsabilidad objetiva cuando ocurre alguno de los supuestos regulados en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Al respecto puede verse: C.E. S. de lo C. A. Sección Tercera, Subsección B, CP. Danilo Rojas Betancourt, exp. 16448, sentencia del 29 de marzo de 2.012.

general de responsabilidad del artículo 90 Constitucional, la estructuración de la responsabilidad del Estado por la actividad judicial exige la sola demostración de la existencia de un daño antijurídico imputable al Establecimiento por acción u omisión de sus agentes.

Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que la sola vinculación a un proceso penal no genera per se la obligación de indemnizar por el Estado, sino en tanto se demuestre que el sometimiento a esa potestad genera al administrado un perjuicio anormal, que desborda el deber de sujeción a esas cargas públicas; así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de fecha 27 de septiembre del 2000, Magistrado Ponente: Alier Hernández Enríquez, expediente No. 11601, en los siguientes términos:

*“...no cualquier daño da lugar a la existencia de un perjuicio indemnizable. Los ciudadanos están obligados a soportar algunas cargas derivadas del ejercicio de las funciones administrativas, y sólo en la medida en que, como consecuencia de dicho ejercicio, se produzca un perjuicio anormal, puede concluirse que han sido gravados de manera excepcional. Así, **si bien el hecho de que se adelante una investigación, de cualquier índole –penal, disciplinaria, fiscal, etc.– genera preocupaciones e incomodidades a las personas que resultan vinculadas a ella, no siempre se causará, por esa sola circunstancia, un perjuicio indemnizable a los afectados. Su existencia, en cada caso, deberá ser demostrada.**”* (Negrita fuera de texto original).

De ese modo, a fin de realizar el ejercicio de la determinación de la responsabilidad del Estado por actuaciones relacionadas con la administración de justicia, siempre será necesario identificar la configuración del daño antijurídico, siendo ese el elemento común en todos los criterios de responsabilidad –error judicial, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia-, desde el cual se debe partir para analizar en un determinado caso, si los perjuicios sufridos por una persona con ocasión de un proceso penal adelantado en su contra eran una carga soportable por la misma, o si por el contrario, no tenía la obligación de asumirla; frente a lo cual, surge para el Estado la obligación de indemnizar.

El precedente jurisprudencial anteriormente descrito, es plenamente aplicable en aquellos eventos que ocurrieron con posterioridad a la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, puesto que la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, sigue vigente, por lo que cada vez que se alegue privación injusta de la libertad, le corresponde al juzgador conforme las circunstancias particulares del mismo, establecer el régimen de responsabilidad que le es aplicable, de acuerdo al

principio *iura novit curia*.

En cualquier caso, aún en este tipo de supuestos la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dejado a salvo la posibilidad —que constituye, realmente, una obligación - de valorar las circunstancias de cada caso concreto y evitar la formulación de enunciados absolutos, pues las particularidades de cada evento específico pueden conducir a la conclusión de acuerdo con la cual el individuo afectado por la medida de aseguramiento sí se encuentra en el deber jurídico de soportar los perjuicios que la misma le ocasiona⁵.

En ese contexto, se impone aclarar que la variación del criterio de responsabilidad no comporta una modificación a la *causa petendi* de la demanda, sino su adecuación para garantizar el apropiado estudio del asunto; y obedece al imperativo de guardar el acceso a la administración de justicia en aplicación del principio *iura novit curia* - que rige de especial forma en las acciones de reparación directa, como la presente-, cuya observancia, de acuerdo con la jurisprudencia, se impone en esta especie de procesos⁶.

De tal suerte, a fin de determinar cuál es el régimen de imputabilidad sobre el que se centrará el debate en la presente providencia, considera la Sala prudente establecer en primer término, las circunstancias fácticas acreditadas en el expediente, para posteriormente encuadrarlas dentro de los criterios de responsabilidad ya referidos, a fin de determinar si es del caso atribuirle responsabilidad administrativa a las entidades demandadas.

5. LO PROBADO EN EL PROCESO

En relación con el tema objeto de debate fueron aportadas las siguientes pruebas relevantes:

- Auto del 11 de mayo de 1992 dictado por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal

⁵ Ver Sobre error judicial Sentencia del 30 de junio de 1994, expediente número 9734; Detención injusta: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de noviembre de 1995, expediente 10.056; sentencia de 4 de abril de 2.002, expediente número 13.606; sentencia del 12 de diciembre de 1996, expediente 10.229; sobre Daño antijurídico sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601; sentencia del 27 de septiembre de 2000, expediente 11.601. En línea similar también puede verse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de enero de 2001, expediente 11.413. Sobre PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO: sentencia del 4 de diciembre de 2.006, expediente número 13.168; Sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960)

⁶ Cfr. Sobre la posibilidad de variar el título de imputación, véase la sentencia de 3 de octubre de 2.007, exp. 22655.

con sede en Mercaderes, Cauca, en virtud del informe presentado por el señor Luis Artemio Muñoz, por la muerte del señor Hernando Delgado Montilla el día 10 de mayo de 1992, en el que se dispuso iniciar indagación preliminar por tales hechos. (fl. 122 c. pbas.)

- Denuncia presentada el 13 de mayo de 1992 por el señor Ismael Delgado, contra los señores R y (M.F.D) por la muerte del señor Hernando Delgado Montilla, ocurrida el día 10 de mayo de 1992. (fl. 134 c pbas.)

- Auto del 21 de mayo de 1992, proferido por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal con sede en Mercaderes, Cauca, en el que se dispuso imponer medida de aseguramiento contra los hermanos (R.F.D.) y (M.F.D) dentro de la investigación iniciada, donde se resolvió:

“PRIMERO. De conformidad con lo normado en el Art. 414 en concordancia con el Art. 421 del C. de P. Penal, profiérase la medida de ASEGURAMIENTO de la DETENCIÓN PREVENTIVA, en contra de los señores (R) y (M), de condiciones civiles y personales conocidas en autos, sindicados del delito de HOMICIDIO, agotado en la persona de HERNANDO DELGADO MONTILLA, hechos ocurridos en Mojarras el día 10 de Mayo del año en curso. La anterior medida en virtud a lo expresado en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. No se decretan medidas preventivas en los bienes de los implicados por cuanto carecen y se desconoce la existencia real de estos.

TERCERO. Líbrese ante el Director de la Cárcel de la localidad, la respectiva boleta de encarcelamiento dejando copia de lo actuado en autos.

CUARTO. De conformidad a lo estipulado en el Artículo 22 del decreto 1861 de 1989, dese aviso de la anterior medida ante la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de la ciudad de Popayán.

QUINTO. Considerando que la Cárcel Municipal de esta localidad no presta las seguridades necesarias, solicítese la colaboración al señor Alcalde y a las autoridades que corresponda para que bajo vigilancia se traslade a los detenidos hasta las dependencias de la cárcel del circuito del Patía con sede en el Bordo donde permanecerán detenidos por cuenta y orden de el juzgado. La anterior determinación teniendo en cuenta la petición elevada por el Director de la Carrel de este lugar.

La providencia cuenta con constancia de notificación personal a los procesados del mismo día 21 de mayo de 1992. (fl. 23, 29 c. ppal.)

- Boleta de detención No. 11, librada por el Juzgado Doce de Instrucción Criminal con sede en Mercaderes Cauca el día 21 de mayo de 1992, en la que se solicita al Director de la Cárcel Municipal de esa localidad mantener en calidad de detenidos a los señores (M.F.D) y al señor (R.F.D.), sindicados del delito de homicidio, acabado

sobre la vida del señor Hernando Delgado Montilla. (fl. 30 c. ppal.)

- Poder conferido el 27 de mayo de 1992 por los señores (M) y (R.F.D.) al señor **Imer Orlando Angulo Mosquera**, para que éste ejerza como defensor dentro del proceso seguido en su contra. (fl. 82 c. pbas.)

- Resolución del 16 de septiembre de 1992 de la Fiscalía Seccional Unidad Treinta y Cinco de Mercaderes, Cauca, en el que, después de calificar el sumario, se determinó:

“PRIMERO.- DECRÉTESE LA PRECLUSIÓN de la instrucción adelantada en contra de los presuntos sindicados (R) Y (M.F.D) de cuyas notas sociales civiles ya conocemos en este informativo y en razón de haber sido vinculados por encontrarlos sindicados del delito del HOMICIDIO.

SEGUNDO.- Como quiera que la PRECLUSIÓN permite adelantar pesquisas a lograr el esclarecimiento de los hechos se ordena dar cumplimiento al auto calendarado del 27 de mayo del año en curso (folios 76) en aquellos que hace falta por avocar.

TERCERO.- Como consecuencia de la Preclusión decretada se ordene la Libertad provisional de los sindicados en mención, garantizando la misma con CAUCION PRENDARIA consistente en un salario mínimo para cada uno y posteriormente suscribir diligencia de compromiso al tenor de lo normado en el Art. 419 del C. de P. Penal.

CUARTO.- Como consecuencia de lo anterior REVOCASE la medida detentiva que fuera decretada por auto de 21 de mayo de 1992. Evacuado lo anterior líbrese la boleta de libertad para ante el señor Director de la Cárcel Nacional de Patía el Bordo – Cauca.

QUINTO.- Teniendo en cuenta que los procesados (R) Y (M) se encuentran actualmente detenidos en la Cárcel nacional del circuito del Patía con sede en el Bordo - Cauca, para la notificación personal de esta determinación a dichos sujetos, respetuosamente comisionase a la UNIDAD DE FISCALIA de la citada población enviando para ello el respectivo cuaderno de copias como despacho en forma, concediendo un término de tres (3) días hábiles. El Despacho comisionado queda facultado para librar el correspondiente oficio ante la caja agraria de esa localidad para el depósito de la caución prenda, además para que suscriba diligencia de compromiso establecida en el Art. 419 del C de P. Penal a los procesados en referencia y librar la respectiva boleta de libertad ante el señor director de la Cárcel de este Circuito. (fl. 37 c. ppal.)

- Proveído del 17 de marzo de 1993, en el que se dispuso la remisión de la investigación penal ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a efectos de que se surta la consulta de la Resolución del 16 de septiembre de 1992. (fl. 56 c. ppal.)

- Providencia del 11 de mayo de 1993, por medio de la cual la Unidad de Fiscalía

Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán resolvió el grado jurisdiccional de consulta efectuado respecto de la Resolución del 16 de septiembre de 1992, en el que se indicó:

“Las cosas así planteadas, tal como ocurre en el evento sub-iúdice, hacen pensar que las equivocaciones podrían alcanzar alguna dimensión delictiva, configurante de un hecho punible por prevaricato. Al menos el aspecto objetivo así lo sugiere. Por tal motivo, la corrección o incorrección moral del Fiscal de Instancia, vale decir el aspecto subjetivo, podría ser tema de debate en un eventual proceso penal separado, para lo cual esta delegada compulsará copias de las piezas procesales pertinentes, con el objeto de que allí se dilucide el entuerto.

Por ello, preciso se hace examinar la providencia para demostrar la serie concatenada de incoherencias, inconsecuencias y desaciertos que ostenta.

Hay que convenir en primer término que la Delegada no puede pronunciarse de fondo en esta oportunidad, como quiera que advierte la inexistencia de un mecanismo legítimamente para hacerlo, toda vez que el grado jurisdiccional de consulta no opera para el presente evento.

(...)

Al analizar el contenido de la resolución que decidió dar por precluida la investigación, se encuentra que no se ha hecho un análisis serio y completo del material probatorio, limitándose el funcionario de instancia a considerar que, como los testigos que habían sido señalados como presenciales, ningún dato aportaron al esclarecimiento de los hechos, la prueba indirecta o indiciaria recogida, no permitiría imputarles a los indagados la comisión del delito investigado. (...)

Para que la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento, puedan aplicarse, es imprescindible que aparezca “plenamente comprobado”, cualquiera de los eventos allí contemplados, sin que sea dable tomar la primera determinación por el solo hecho de existir falencias probatorias, tal como lo dispuso el funcionario calificado. (...)

Resulta ser un contrasentido, entonces, lo realizado por el funcionario cuando ordenó precluir la investigación contra los procesados, y renglón seguido, disponer que “como quiera que la PRECLUSIÓN permite adelantar pesquisas a lograr el esclarecimiento de los hechos ordena dar cumplimiento al auto calentado del 27 de mayo del año en curso en aquello que hace falta por evacuar”. (...)

RESUELVE:

PRIMERO.- ABSTENERSE de conocer la consulta efectuada por la Fiscalía 33 Seccional Especializada con sede en Mercaderes – Cauca, de la providencia calendada el día dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), por los motivos consignados en la parte motiva de esta resolución.

SEGUNDO.- Previa anotación y cancelación en los libros respectivos, por Secretaria, devuélvase el presente proceso a la oficina de origen, para que se notifique en debida forma la providencia datada el 16 de septiembre de 1992, tal como quedo puntualizado en el cuerpo de este proveído.

TERCERO.- COMPULSAR copias de las piezas procesales pertinentes, con destino a la unidad de Fiscalía Delegada Ante el honorable Tribunal Superior de Popayán,

para que se investigue el posible delito de prevaricato en que pudo incurrir el señor Fiscal 33 Seccional Especializado con sede en mercaderes – Cauca.” (fl. 57 c. ppal.)

- Providencia del 25 de mayo de 1993 proferida por la Fiscalía Seccional Unidad Treinta y Tres con sede en la localidad de Mercaderes, en la que se expresó:

Se busca también con esta declaratoria de nulidad, corregir la situación anómala que está amparando una situación delictuosa a los hermanos R y M.F.D., a quienes se les profirió Preclusión, y en vista de que esta decisión produce efectos sustanciales de cosa juzgada, es menester subsanarla para impedir que este delito quede impune, existiendo como se ha visto, prueba para dictar en su contra Resolución Acusatoria.

(...)

Por lo expuesto y conforme a lo establecido en los artículos 304 numeral 2, 305 del C. de Procedimiento Penal, procederá a nulitar lo actuado a partir del auto de fecha 19 de agosto de 1992, que declaró cerrada la investigación por no existir otro medio procesal para subsanar las graves irregularidades analizadas, disponiendo la práctica de las pruebas que este Despacho estime procedentes.

En mérito de lo expuesto, la Fiscalía Treinta y Tres Seccional de Mercaderes Cauca,

RESUELVE

“PRIMERO.- DECLÁRESE LA NULIDAD DE LO ACTUADO, a partir del auto de 19 de agosto de 1992, que declaró cerrada la presente investigación, conforme a las razones esgrimidas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- Que los sindicatos M y R. F.D., gocen de LIBERTAD PROVISIONAL, que consagra el artículo 415 Nr. 4 del C. de P. Penal.

TERCERO.- Convalídese la caución Prendaria depositada para el evento de la libertad concedida en la providencia que se declara nula, para esta nueva libertad. Que los sindicatos M y R. F. D., suscriban diligencia de compromiso. Hágase las citaciones pertinentes.

CUARTO.- Sométase conforme a lo expresado en la parte motiva, a los sindicatos M y R. F. D, a examen Psiquiátrico – biológico. Continúese la instrucción.” (fl. 67 c. ppal.)

- Resolución del 18 de julio de 1994, proferida por la Fiscalía Seccional Cuarenta y Uno de Mercaderes Cauca, en la que se dispuso:

“(…) Con los hechos anteriormente descritos, según los cuales R Y M realizaron conducta delictiva, al causar heridas mortales que condujeron a la muerte de HERNANDO DELGADO, se ha tipificado la conducta descrita en el C. Penal en su libro II, en el título XIII capítulo primero, denominados delitos contra la vida y la integridad personal, concretamente del Homicidio Simple.

Como el delito investigado del Homicidio excede el mínimo para conceder el derecho de la libertad provisional como lo establece el artículo 415 Numeral 1º, no procede el goce de este beneficio, por lo tanto deberá revocarse la medida.

En razón y mérito de lo expuesto la FISCALÍA SECCIONAL CUARENTA Y UNO, radicada en Mercaderes Cauca.

RESUELVE

“PRIMERO.- PROFERIR RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN, contra los sindicados M y R, de condiciones civiles y personales descritas en esta providencia, como autores del delito de homicidio en la persona de Hernando Delgado Montilla.

SEGUNDO.- REVOCAR, el beneficio de libertad provisional concedido a los sindicados.

TERCERO.- LÍBRENSE, las respectivas ordenes de Captura a los sindicados M y R .

CUARTO.- NOTIFÍQUESE, personalmente esta providencia a los sindicados y al defensor de los mismos, según lo establecido en el Art. 59 Ley 81 de 1993. Así mismo al Agente del ministerio público (Personero Municipal).

QUINTO.- HÁGASE, conocer a las partes que contra esta providencia proceden los recursos de reposición y Apelación.

SEXTO.- una vez ejecutoriada esta providencia, previa cancelación de su radicación en los libros respectivos, REMÍTASE, por competencia funcional al Juzgado Penal del Circuito, oficina de reparto, del Bordo – Cauca.” (fl. 76 c. ppal.)

- Recurso de reposición y subsidiario de apelación presentado por el defensor de confianza de los hermanos M y R, el Abogado **Imer Orlando Angulo**, contra la providencia dictada el 18 de julio de 1994, en la que se dispuso proferir resolución de acusación contra tales procesados y además (fl. 88 c. ppal.).

- Providencia dictada el 24 de agosto de 1994 por la Fiscalía Cuarenta y Una de Mercaderes, Cauca, en la que se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de los procesados contra la providencia del 18 de julio de 1994, en el siguiente sentido:

“PRIMERO.- NO REPONER la providencia de fecha 18 de julio de 1994, por la cual se dictó resolución acusatoria en contra de los señores R y M, tal como lo solicito el doctor Imer Orlando Angulo Mosquera, defensor de los sindicados, acorde con la parte motiva de esta resolución.

SEGUNDO.- En FORMA SUBSIDIARIA CONCEDER EL RECURSO DE APELACION interpuesto por la defensa contra la misma providencia en referencia, ante la FISCALIA DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE POPAYAN, en el efecto SUSPENSIVO y acorde con la parte motiva de esta resolución.” (fl. 92 c. ppal.)

- Providencia dictada por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el día 25 de octubre de 1994, en la que se dispuso:

“La pluralidad de indicios graves que acaban de presentarse, acertadamente analizados por la señora Funcionaria de instancia, satisfacen el grado de prueba de

responsabilidad.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la resolución de acusación calendada el dieciocho de julio de la presente anualidad, emitida por la Fiscalía Cuarenta y Uno Seccional Especializada con sede en Mercaderes, por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.-

SEGUNDO.- EFECTUADO el procedimiento respectivo de la Secretaría Unidad de Fiscalía, regresará el informativo a la oficina de origen.” (fl. 98 c. ppal.)

- Sentencia de primera instancia dictada el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía dentro del proceso penal seguido contra los señores R y M por el delito de homicidio, en la que se indicó:

*“El Domingo **10 de mayo de 1992**, en el Corregimiento de Mojarras, Municipio de Mercaderes, Cauca, a la salida de la cantina de NIDIA VARELA, a eso de las 9:30 p.m., fue muerto como consecuencia de unos impactos de arma de fuego, el señor HERNANDO DELGADO MONTILLA.*

Referente a R.F.D no se reúnen los requisitos exigidos por el art. 247 del C. de P. Penal para condenar, en consecuencia debe ABSOLVÉRSELO como autor responsable del delito del homicidio que define, sanciona y tipifica nuestro C. Penal en el libro II, título 13, delitos contra la vida y la integridad personal, capítulo 1º art. 323 Mod. Por el art. 29 de la Ley 40 de 1993.

*La conducta típica realizada por M es punible toda vez que se encuentra definitiva en el artículo **323 del C. Penal modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 de manera inequívoca.***

(...)

No está su actuar amparado por causal alguna de justificación o inculpabilidad (arts. 29 y 40 c. penal) según se analizó al valorar las pruebas de responsabilidad

No obran en su contra circunstancias específicas de agravación y no es merecedora a rebaja de pena por confesión porque niega en todo momento su autoría.

(...)

RESUELVE:

*“PRIMERO.- CONDENAR a (M.F.D), hija legítima de Miguel y Aura Ligia, de 36 años de edad, nacida en Ganaplata, corregimiento de Mojarras, el 15 de diciembre de 1958, natural de Ganaplata, identificada con cedula de ciudadanía numero 48.643.559 expedida en Mercaderes, Cauca, agricultora de profesión, casada con Francisco Díaz, como autora penalmente responsable del ilícito del homicidio de que trata el artículo 323 del C. Penal (**mod. Por el artículo 29 de la ley 40 de 1993**) en su libro Segundo, Título XIII, Capítulo Primero, por el hecho de matar a otro, de acuerdo con los hechos ocurridos en las circunstancias temporo espaciales de que dan cuenta las presentes diligencias, a las siguientes penas:*

A. a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión.

B. A la accesoria de Interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años.

SEGUNDO.- DECLARAR que la procesada(M.F.D) no es merecedora al subrogado de la condena de ejecución condicional ni al beneficio de libertad provisional teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

TERCERO.- DESCONTAR de la pena principal impuesta el tiempo que la procesada condenada (M.F.D) hubiere estado privada de su libertad en razón del presente proceso.

CUARTO.- CONDENAR a (M.F.D) a pagar por indemnización de perjuicios a la parte perjudicada el equivalente a ciento cincuenta y tres (153) grs oro, al valor del gramo en el momento del pago.

QUINTO.- Solicitar envío de los títulos de depósito judicial de folios 149 y 150, a la Fiscalía Seccional 41 de mercaderes, Cauca.

SEXTO.- LIBRESE boleta de captura contra la señora (M.F.D) ante los distintos organismos policiales del país que se consideren pertinentes, obtenida que sea librese la correspondiente boleta de detención, déjese copia de dichos actos en el proceso como constancia.

SÉPTIMO.- ABSOLVER de todo cargo al señor R.F.D , por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

OCTAVO.- EN FIRME este fallo dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 501, 508 del código de Procedimiento Penal y 7º del decreto 2398/86”

- Boleta de encarcelación o detención No. 016 librada el 15 de septiembre de 2008 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Patía, en la que se indicó:

Ciudad: El Bordo (...)

Fecha de captura: 14/09/2008

Fecha auto: 08/06/1995

Autoridad judicial: Juzgado Penal del Circuito del Patía

Señor Director Cárcel: Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mocoa, Putumayo sírvase mantener detenido o privado de la libertad en ese establecimiento a (M.F.D) Documento de Identificación: 48.643.559. de Mercaderes Cauca, por el delito de: HOMICIDIO. (..)

ANTECEDENTES Y OBSERVACIONES: Mediante sentencia del 8-VI-1995, proferida por el otrora Juzgado Primero Penal del Circuito de Patía, fue condenada a VEINTICINCO (25) AÑOS DE PRISIÓN.” (fl. 156 c. ppal.)

- Sentencia emitida el 8 de junio de 2009 por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, dentro de la acción de tutela promovida por el apoderado de la señora(M.F.D) contra la sentencia dictada el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía

“Aduce el apoderado judicial de MIRYAM FERNANDEZ DAZA, que la Judex a quo, incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo, puesto que a su prohijada al parecer se le aplicó una norma “inexistente al momento de los hechos”, es decir, se aplicó la ley 40 de 1993, cuando aún no entraba en vigencia dicha norma, y fue condenada a la pena de 25 años de prisión.

(...)

Esta Sala le ordenará al Juez Penal del Circuito de Patía (C), que en el término de cinco (5) días contados a partir del momento de la notificación de este proveído, adopte las medidas necesarias para dictar la sentencia ordinaria, conforme a derecho, esto es, aplicando únicamente el Decreto 100 de 1980, (sin tener en cuenta la modificación de la Ley 40 de 1993), y debe ser así, porque al momento de dictarse la sentencia condenatoria, la Juez olvidó el concepto de sucesión de leyes en el tiempo, y equivocadamente aplicó la nueva ley (ley 40 de 1993), que era desfavorable en relación con la derogada, (decreto 100 de 1980). Por otra parte, el Juez deberá tener en cuenta el tiempo transcurrido a la fecha, el cual advierte el fenómeno jurídico de la prescripción. (...)

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la sentencia ordinaria proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía (C), el 8 de junio de 1995, por medio de la cual, se condenó a la señora (M.F.D.) a la pena principal de 25 años de prisión, como autora del punible de homicidio, y en su lugar, dictar la sentencia conforme a derecho, esto es, aplicando únicamente el Decreto 100 de 1980, (sin tener en cuenta la modificación de la Ley 40 de 1993), además, deberá tener en cuenta el tiempo transcurrido a la fecha, el cual advierte el fenómeno jurídico de la prescripción.” (fl. 55 c. pbas.)

- Sentencia emitida el 30 de junio de 2009 por el Juzgado Penal del Circuito del Patía dentro del proceso penal seguido contra los hermanos (M.F.D) y (R.F.D). por el delito de homicidio, acabado sobre la vida del señor Hernando Delgado Montilla, en la que se indicó:

*“Se procede mediante la presente providencia a dictar fallo de primera instancia dentro de la presente causa adelantada contra M y R.F.D., acusados del delito de HOMICIDIO, agotado en quien en vida respondía al nombre de HERNANDO DELGADO MONTILLA, después de que fuera dejada sin efectos jurídicos la sentencia ordinaria proferida por el otrora Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía, el 8-VI-19995, por **acción de tutela instaurada por el Doctor IMER ORLANDO ANGULO, en representación de la homicida F. D.** y ordenado por la Sala Primera Penal del Honorable Tribunal Superior de Popayán.*

(...)

De entrada afirmase que por instrumentación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, corresponde zanjar el presente procesamiento aplicando ultraactivamente el artículo 323 de la Codificación Penal de 1980, antes de que dicha norma fuese modificada por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 (por haber ocurrido los hechos materia de procesamiento el 10 de mayo de 1992), en cuanto que punitivamente resulta más ominoso este último dispositivo que el primero, si se quiere que en el artículo 323 aquél, la punición pendulaba entre diez (10) y quince (15) años de prisión, en tanto que con la modificación de esta norma, en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 la punitividad oscilaba con prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años.

(...)

Teniendo en cuenta que el hecho punible se consumó el día 10 de mayo 1992, que

en resolución de acusación proferida por la Fiscalía lama a juicio por el hecho punible del HOMICIDIO contra M y R.F.D, previsto en el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal vigente al momento del hecho, entonces para efectos de la prescripción de la acción opera el máximo de la pena fijada en la ley, para el evento que nos atañe de quince (15) años y finalmente que dicho término sólo se interrumpió el día 24 de octubre cuando cobra ejecutoria la resolución de acusación.

(...)

Tipificando el artículo 323 del Decreto 100 de 1980 que “El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años” y estableciendo, por su parte el artículo 80 ibidem, que el término de prescripción de la acción penal se fijaba en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso sería inferior a cinco (5) años ni excedería de veinte (20). Para ello se tendrán en cuenta, como ya se dijo, las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes. Por su parte, los artículo 83 y 84 ejusdem, establecían: El primero, que el término de prescripción de la acción penal empieza a contarse desde el día de su consumación para hechos punibles instantáneos; y el segundo, que la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente debidamente ejecutoriado, e interrumpida la prescripción empezará a correr nuevamente por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, pero en ningún caso inferior a cinco (5) años.

(...)

Como la resolución acusatoria cobra ejecutoria para el día 25 de octubre de 1994, es decir, hasta la presente han transcurrido catorce (14) años, ocho (8) meses y cinco (5) días, y conforme al artículo 86 el tiempo de prescripción no puede ser inferior de cinco (5) años ni superior de diez (10), y teniendo en cuenta que la mitad del término señalado en el artículo 83 para nuestro evento es de siete (7) años y seis (6) meses, ese sería el tiempo de prescripción, por lo que es claro y categórico afirmar sin temor a equívocos, que la acción penal no puede proseguirse por hallarse prescrita.

(...)

RESUELVE

“PRIMERO.- DECLARAR la cesación de procedimiento, en la causa penal por el hecho punible del “HOMICIDIO”, siendo acusados (M.F.D) y (R.F.D), en hechos ocurridos el día 10 de mayo de 1191, en el corregimiento de Mojarras de la municipalidad de Mercaderes, Cauca, por haberse producido el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

SEGUNDO.- DECRETAR en consecuencia, la extinción de la acción penal por el hecho punible del “HOMICIDIO”.

TERCERO: OTORGAR a M y R .F.D. el beneficio de la libertad provisional, con fundamento en el numeral 3 del artículo 365 del Ordenamiento Procesal Penal, previa caución prendaria individual por valor de CINCUENTA MIL PESOS M/TE (\$50.000) que depositarán a órdenes y disposición de este despacho (...), y previa suscripción (individual) de la diligencia de obligaciones de que trata el artículo 368 ejusdem. En consecuencia, cumplido lo anterior gírese la correspondiente boleta de libertad (art. 366 ibídem).

CUARTO: CANCELAR las órdenes de captura preexistentes (Arts. 143.8 y 350 de la Ley 600 de 2000). (...)” (fl. 158 c. ppal.)

- Oficio expedido por el Secretario del Juzgado Penal del Circuito del Patía, en el que se hace constar que la providencia del 30 de junio de 2009 quedó ejecutoriada el 6

de julio del año 2009. (fl. 599 c. pbas.)

- Boleta de libertad proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Mocoa, Putumayo, el día 7 de julio de 2009, dirigida al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de esa ciudad, en el que se ordena poner en libertad a la señora (M.F.D), en la que se consignó como motivo de la libertad: *“LIBERTAD PROVISIONAL-CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL POR PRESCRIPCIÓN”*. (fl. 165 c. ppal.)

- Certificación emitida por el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mocoa el día 18 de agosto de 2010, en el que se indicó:

“Respetuosamente y en respuesta al Derecho de petición de la referencia, me permito informarle que:

- 1) *La señora (M.F.D) ingresó a este establecimiento el 3 de octubre de 2008 y salió en Libertad el 7 de julio de 2009.*
- 2) *La retención y reclusión en este establecimiento fue por orden del Juzgado Penal del Circuito del Patía – Cauca.*

3) *La retención y reclusión fue dentro del proceso No. 1994-3373 por el delito de HOMICIDIO, fue condenada. (...)*. (fl. 167 c. ppal.)

- Declaraciones rendidas por los señores Luz Dari Herrera Astudillo, Víctor Manuel Tróchez Motta, Jhoana Hernández Anacona, José Alirio Velasco, María Eneida Delgado Escobar, Olga Hoyos de Guerrero, José Iván Carvajal Papamija y Yuri Esperanza Chachinoi Rodríguez, en las que se da cuenta de los padecimientos morales y materiales de la señora (M.F.D) y su familia con ocasión de la privación de la libertad a la que fue sometida. (fl. 653, 668, 702, 705, 708, 710, 712, 714 c. pbas.)

5. ANÁLISIS DEL CASO

De conformidad con las pruebas aportadas, se tiene que ante el Juzgado Doce de Instrucción Criminal con sede en Mercaderes, Cauca, se presentó informe por la muerte del señor Hernando Delgado Montilla en hechos ocurridos el día 10 de mayo de 1992, respecto de los cuales se radicó denuncia contra los hermanos R y M.F.D por parte del señor Ismael Delgado.

Por ello, ese despacho procedió mediante auto del 11 de mayo de 1992 a abrir indagación preliminar, y por proveído del 21 de mayo, dispuso imponer medida de

aseguramiento contra los hermanos F. D., decisión que les fue notificada personalmente a ellos dos, razón por la que se libraron las respectivas boletas de detención. Debido a la iniciación del proceso penal en su contra, los señores M y R.F.D., designaron como apoderado de confianza al abogado Imer Orlando Angulo Mosquera.

Mediante Resolución del 16 de septiembre de 1992, la Fiscalía Seccional Unidad Treinta y Cinco de Mercaderes, Cauca, se determinó decretar la preclusión a favor de los procesados, y se permitió a ellos gozar de “libertad provisional” bajo la constitución de una caución prendaria. Tal decisión fue remitida ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán mediante proveído del 17 de marzo de 1993, a fin de que surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

El día 11 de mayo de 1993, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán resolvió la consulta remitida, indicando que la misma era improcedente, por lo que se abstuvo de tramitarla; sin embargo, en los considerandos de la providencia, se indicó que la Resolución del 16 de septiembre de 1992, en la que se declaraba la preclusión de la instrucción contra los hermanos M y R, adolecía de una indebida valoración de pruebas, pues las mismas no ofrecían suficiente mérito para dictar resolución de preclusión, por lo que se ordenó compulsar copias contra el Fiscal que decretó la terminación de la causa penal.

Posteriormente, la Fiscalía Seccional Unidad Treinta y Tres de Mercaderes, Cauca, a quien correspondió continuar con el proceso, determinó declarar la nulidad de todo lo actuado desde el proveído del 19 de agosto de 1992, en el que se dispuso cerrar la indagación, de manera que la Resolución del 16 de septiembre de 1992 que decretó la preclusión quedó sin efectos, sin que el defensor de la demandante interpusiera recurso alguno.

Después de ello, la Fiscalía Seccional Cuarenta y Uno de Mercaderes Cauca dictó la Resolución del 18 de julio de 1994, en la que determinó proferir acusación contra la aquí demandante M y su hermano R por el delito del homicidio del señor Hernando Delgado Montilla, por considerar que existía mérito suficiente para el efecto.

La resolución de acusación dictada el 18 de julio de 1994 fue recurrida con

reposición y apelación subsidiaria por el abogado Imer Orlando Angulo, defensor de confianza de los procesados, recursos que se desataron de forma respectiva por la Fiscalía Cuarenta y Una de Mercaderes, Cauca, el 24 de agosto de 1994, y por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el 25 de octubre de 1994, confirmando la resolución de acusación.

La sentencia de primera instancia se dictó el día 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía, en la que se determinó declarar penalmente responsable a la demandante (M.F.D) del homicidio del señor Hernando Delgado Montilla, y se le condenó a: i) pena principal de 25 años de prisión, ii) pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, y iii) a la indemnización de perjuicios a la parte perjudicada por valor de 153 gramos oro. En vista de ello se ordenó su captura. Por otro lado, se determinó exonerar de responsabilidad al señor (R.F.D). por los hechos investigados. Frente a tal decisión, el apoderado de confianza de la señora (M.F.D) no interpuso recurso alguno.

De acuerdo con la boleta de encarcelación No. 016 librada hasta el mes de septiembre de 2008, la señora (M.F.D) fue capturada el 14 de septiembre de 2008 en el Municipio de Mocoa, trasladándose al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de esa ciudad.

El abogado Imer Orlando Angulo, obrando en representación de la señora (M.F.D), promovió una acción de tutela contra la sentencia dictada el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía, por considerar que contenía defectos constitutivos de una vía de hecho que atentaban contra el debido proceso de su defendida.

La acción de amparo fue resuelta el 8 de junio de 2009 por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en la que se decidió dejar sin efecto la sentencia de carácter condenatorio emitida el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero del Circuito del Patía, por considerar que en efecto adolecía de una vía de hecho, en tanto que se le aplicó a la señora (M.F.D) una norma que establecía una pena mayor para el delito de homicidio que no estaba vigente para el 10 de mayo de 1992, cuando sucedieron los hechos. En vista de ello, ordenó proferir un nuevo fallo, en el que se tuviera en cuenta lo concerniente al fenómeno

jurídico de la prescripción.

El 30 de junio de 2009, el Juzgado Penal del Circuito del Patía emitió nuevamente la sentencia de primera instancia dentro del proceso penal seguido contra los señores M y R.F.D, por el homicidio del señor Hernando Delgado Montilla ocurrido el 10 de mayo de 1992, en la que se dispuso declarar la cesación del procedimiento por prescripción, y en consecuencia decretó la extinción de la acción penal, ordenando la libertad de la señora(M.F.D) a través de la respectiva boleta.

Así, de acuerdo al informe elevado por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mocoa, se reportó que la señora (M.F.D) permaneció recluida en ese centro carcelario desde el 14 de septiembre de 2008 (fecha de la captura) hasta el 7 de julio de 2009, cuando se le confirió la libertad, sin que la Sala tenga certeza de que se le hubiera sometido durante un periodo anterior a la privación de su libertad.

5.1. Análisis del criterio de imputación a aplicar para la determinación de la responsabilidad Estatal.

En este punto, establecidos los hechos demostrados en el presente proceso, pasa la Sala a enmarcar la situación fáctica en los títulos esbozados atrás, con el fin de determinar si hay lugar a declarar responsables a las entidades accionadas por la restricción del derecho de la libertad de la señora(M.F.D).

En desarrollo de lo advertido, la Sala abordará la identificación del daño alegado por la parte demandante en contra de las entidades demandadas, por ser este el elemento común en los criterios de responsabilidad atribuibles al Estado por la administración de justicia que pueden aplicarse al caso en estudio.

a. El daño

A criterio de la parte actora, el daño sufrido por ella consistió en la privación de la libertad a la que fue sometida la señora(M.F.D), con ocasión de la condena que le fue impuesta por el delito de homicidio en la sentencia proferida el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Patía – Cauca.

Como se indicó, de acuerdo a la boleta de captura No. 16, emitida por el Juzgado

Segundo Penal del Circuito del Patía el 15 de septiembre de 2008, la señora (M.F.D) fue capturada el día **14 de septiembre de 2008**, después de lo cual fue trasladada en calidad de condenada al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mocoa, cuyo Director certificó que ella ingresó al establecimiento el 3 de octubre de 2008 y salió en libertad el **7 de julio de 2009**.

Por tanto, queda acreditado el daño consistente en la privación de la libertad de la señora (M.F.D) entre el 4 de septiembre de 2008 y el 7 de julio de 2009, la cual se materializó dentro del proceso penal donde fue investigada y condenada por el delito de homicidio, acabado sobre la vida del señor Hernando Delgado Montilla.

b. La imputación.

- Aplicación del criterio del error judicial o jurisdiccional.

En desarrollo del artículo 90 de la Constitución Política, el legislador expidió la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual reguló la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales y otorgó la posibilidad a los administrados de reclamar la reparación de los daños antijurídicos causados en error jurisdiccional.

Específicamente, en cuanto al error judicial respecta, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia dispone:

ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

Al estudiar la Corte Constitucional, la exequibilidad del artículo 66 en comento, preciso que: *“(i) dicho error se materializa únicamente a través de una providencia judicial; (ii) debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como una “vía de hecho”, y (iii) no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la Rama Judicial, porque ello comprometería en forma grave la seguridad jurídica. En tal sentido condicionó la decisión de exequibilidad de la norma”*.⁷

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera

Por su parte la misma Ley 270 de 1996, al regular los requisitos sobre la configuración del error judicial, indicó:

Artículo 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.”

Sobre el particular, ha sentenciado el Consejo de Estado:

“[...E]n cuanto tiene que ver con los presupuestos que la Sala ha señalado como requisitos que deben concurrir para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial del Estado con base en el error judicial [...], los mismos se han explicado de la siguiente manera:

«Son presupuestos para que se produzca el error judicial generador de responsabilidad estatal, los siguientes:

- a. Que conste en una providencia judicial respecto de la cual se hayan agotado los recursos ordinarios legalmente procedentes. A este respecto la jurisprudencia ha señalado:*

(...)

Mediante el ejercicio de los recursos procedentes contra la providencia judicial el interesado solicita al órgano judicial que corrija el yerro, de manera que cuando no agota estos medios de defensa judicial el perjuicio sería ocasionado por su negligencia y no por el error judicial; en estos eventos se presenta una culpa exclusiva de la víctima que excluye la responsabilidad del Estado⁸.

- b) Que la providencia sea contraria a derecho, sin que esto signifique que la contradicción tenga que ser grosera, abiertamente ilegal o arbitraria. Sobre esta exigencia la Sala ha expresado, en sentido contrario a lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C - 037 de 1996, que:*

“Si así se entendiera el error judicial como la ‘actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso’ que obedece a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, se estaría desconociendo la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Carta, según el cual éste debe indemnizar todo daño antijurídico que ocasione, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que

ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 08001-23-31-000-1999-02324-01(22322)

⁸ Nota original de la sentencia citada: Así lo prevé expresamente el artículo 70 de la ley 270 de 1996.

lo causa.

Precisamente como desarrollo legal de la disposición constitucional, el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error judicial como el ‘cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley’, sin incluir como ingrediente de la definición la culpabilidad del funcionario que lo realiza.” »⁹.

En relación con el segundo de los elementos al cual se ha hecho alusión, esto es, el consistente en que la providencia resulte contraria a Derecho, sin que ello suponga que, necesariamente, la contradicción tenga que ser grosera, abiertamente ilegal o arbitraria, una perspectiva de análisis adicional del error jurisdiccional —de la cual también se ha valido la Sala en anterior ocasión— permite aportar argumentos añadidos a la consideración en el sentido de que la contrariedad entre la decisión judicial cuestionada y el ordenamiento jurídico, no necesariamente debe tener la entidad de una vía de hecho, para que pueda constituirse en fuente de responsabilidad patrimonial del Estado.”¹⁰

Se resalta que, además de las exigencias propias del artículo 67 de la Ley 270 de 1996, para la configuración de la responsabilidad del Estado por error judicial, deben observarse los criterios jurisprudenciales referidos; pues, de otro modo, no habría lugar a declarar la responsabilidad por parte del juez administrativo.

En este orden, se puede concluir que los daños que sufran las personas como consecuencia de un error judicial, son imputables al Estado siempre que se demuestre el daño antijurídico causado y que se agotaron los recursos ordinarios procedentes, siendo preciso mencionar que de conformidad con el artículo 70 de la ley 270 de 1998, 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.*”

Como se indicó atrás, la parte actora atribuye el error judicial a la sentencia de carácter condenatorio proferida el día 8 de junio de 1995 por el Juzgado Penal del Circuito del Patía, al haberse contemplado en la condena impuesta una pena mayor que no estaba vigente al momento de la ocurrencia de los hechos juzgados; lo cual, en efecto, conllevó a que posteriormente se declarara la nulidad de tal providencia a través de una sentencia de tutela, por violación al debido proceso. Luego entonces, se debe estudiar si se configuran los elementos para atribuirle responsabilidad a las entidades demandadas por el error aducido por la parte accionante.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre dos mil uno (2001); Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164); Actor: Fernando Jiménez y Carlos Hernando Ruiz Peña; Demandado: Nación- Ministerio de Justicia.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de agosto 14 de 2.008, Rad. 16594, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. El destacado es del texto.

En primer término, se observa la sentencia proferida el día 8 de junio de 1995 por el Juzgado Penal del Circuito del Patía no fue apelada por el apoderado de confianza de la señora(M.F.D), el abogado Imer Orlando Angulo, de lo que se infiere que la parte actora no agotó los recursos ordinarios que procedían contra la providencia que se ataca por contener un error judicial.

Por otro lado, y en cuanto tiene que ver con la firmeza de la providencia del 8 de junio de 1995 que se acusa contentiva de un error judicial, se tiene que si bien se dio la aplicación retroactiva de una norma que establecía una pena mayor, que no estaba vigente a la fecha de los hechos, tal aspecto fue subsanado mediante la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán el día 8 de junio de 2009, en la que se dejó sin efectos la providencia del 8 de junio de 1995 por el yerro indicado.

Entonces, si la providencia que contenía el error judicial que se denuncia por la parte demandante como causante de los perjuicios reclamados, no fue recurrida y además, ya no está surtiendo efectos, se descarta de tajo que se cumplan las exigencias establecidas por el artículo 67 de la Ley 270 de 1996 para aplicar este criterio de responsabilidad extracontractual del Estado.

Resultado de lo anterior, no se configuran los elementos jurídicos exigidos para atribuir responsabilidad a las entidades demandadas bajo el criterio del error judicial o jurisdiccional; y por tanto, se procede en orden a estudiar el asunto bajo el régimen de la privación injusta de la libertad.

- Aplicación del criterio de la privación injusta de la libertad

El Consejo de Estado, en relación con la responsabilidad del Estado derivada de la privación de la libertad, no ha sostenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretar y aplicar el artículo 414 de Código de Procedimiento Penal contenido en el Decreto Ley 2700 de 1991, ya derogado, de manera que su jurisprudencia se ha desarrollado en diferentes direcciones, frente a lo cual se sintetizan las últimas posiciones que se han abordado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, especialmente en la Sección Tercera del mismo, en lo que toca con la privación injusta de la libertad.

Ese alto Tribunal recientemente, advirtió que cuando se daban los tres casos de detención que preveía el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal -éstos son absolución por que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, se configuraba el carácter injusto de la privación y, por consiguiente, se sostuvo que frente a la reclamación de perjuicios fundada en alguno de los tres supuestos consignados en dicho precepto, resultaba indiferente establecer si en la providencia que ordenó la privación de la libertad se incurrió o no en error judicial, por cuanto lo que compromete la responsabilidad del Estado —se dijo— no es la antijuridicidad de la conducta del agente del Estado, sino la antijuridicidad del daño sufrido por la víctima, en tanto que ésta no tiene la obligación jurídica de soportarlo.

No obstante, en otros pronunciamientos la Sección Tercera del Consejo de Estado ha puesto de presente que el Estado no siempre está en el deber jurídico de indemnizar todo daño que sufran los particulares sino, únicamente, aquellos que comporten la característica de ser antijurídicos, es decir, aquellos que el particular que los padece no tiene la obligación jurídica de soportarlos como menoscabo a sus derechos y a su patrimonio, independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto Estatal o de que la conducta del agente del Estado causante del daño hubiere sido dolosa o culposa.

Con posterioridad, la Sección Tercera del Consejo de Estado amplió la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente, a aquellos eventos en los cuales se causa al individuo un daño antijurídico, aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio *in dubio pro reo* —de manera tal que no obstante haberse producido la privación de la libertad como resultado de la investigación e incluso habiendo sido proferida la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, el imputado no llega a ser condenado—, circunstancia que hace procedente el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encuentre en el deber jurídico de soportarlos.

La aplicación del principio del *in dubio pro reo* se analiza y aplica a través de un

régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio, - teniendo en cuenta que necesariamente deben existir pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado—, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

Y Recientemente, el Consejo de Estado¹¹ abre la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad subjetiva de falla del servicio ante la existencia de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal que es diferente de la absolución o preclusión de la investigación que emana de principio del *in dubio pro reo*, siendo del caso que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

En el presente caso, la providencia definitiva del proceso penal, esto es la sentencia del 30 de junio de 2009 dictada por el Juzgado Penal del Circuito del Patía, declaró la prescripción de la acción penal a favor de la señora(M.F.D) y su hermano R.F.D., se dictó después de entrada en vigencia la Ley 270 de 1996; por ende, le es aplicable dicha normatividad para estudiar lo atinente al título de imputación, aclarando que al Juez de lo Contencioso Administrativo no le corresponde valorar nuevamente el acervo probatorio recaudado por la autoridad judicial penal o proferir concepto alguno respecto de la calificación o apreciación que de dichas pruebas se efectuara en el mismo, pues ello escapa a la órbita de su competencia.

Así entonces, la labor del juzgador contencioso administrativo se circunscribe en establecer si la medida de privación de la libertad dictada en contra del investigado se torna en injusta, y por tanto, debe determinar si hay lugar a declarar la responsabilidad Estatal por los perjuicios causados por tal medida, o si la decisión de la autoridad judicial se justificaba para asegurar el efectivo desarrollo de la investigación penal, caso en el cual, el daño no se torna en antijurídico y no hay lugar a resarcimiento alguno.

El precedente jurisprudencial que sobre el régimen de responsabilidad por privación

¹¹ Sentencia del catorce (14) de abril de dos mil diez (2010), C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960); Sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011), C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación número: 19001-23-31-000-1995-02029-01(18452).

injusta de la libertad avala en la actualidad el Consejo de Estado, establece que es ilegítimo para un Estado Social de Derecho como el nuestro, exigir a los asociados la asunción de la carga de soportar una investigación penal y la privación de la libertad, bajo el argumento de conservación del interés y seguridad general de la comunidad, en la investigación y sanción de los delitos.

La tesis expuesta se sustenta en el carácter fundamental del derecho a la libertad, que obliga al Estado a su cuidadosa protección y defensa, en consecuencia cualquier restricción, por corta que sea, siempre que no encuentre justificación, configura un daño antijurídico que debe ser resarcido, análisis que debe realizar en cada caso concreto el juzgador, pues no se trata de condenar al Estado por todas las investigaciones penales en las que se absuelva a la persona procesada.

El régimen de responsabilidad respaldado en el daño antijurídico, atribuye al Estado la obligación de reparar los perjuicios causados en ejercicio de actuaciones tanto ilícitas como lícitas, así haya existido apego a la legalidad por parte de la respectiva autoridad judicial al proferir medida de aseguramiento consistente en detención preventiva o resolución de acusación en contra del investigado¹².

De ese modo, se considera necesario determinar si la variación de la dosificación punitiva que se hizo sobre el delito de homicidio, en la sentencia proferida el día 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía, Cauca, y que fue evidenciada en la sentencia de tutela dictada el 8 de junio de 2009 por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, conllevó al sometimiento de una privación de la libertad injusta a la señora(M.F.D), que no estaba en la carga de soportar.

En el punto indicado, se encuentra conforme a lo probado en el proceso que, la sentencia de tutela proferida el día 8 de junio de 2009, por la Sala Primera de

¹² CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA- Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO - Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011)- Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00203-01(21653) -Actor: JOAQUIN CASTRO SOLIS Y OTROS- Demandado: NACION FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA - “...El concepto de daño antijurídico, como se ha señalado en la jurisprudencia y en la doctrina se desliga de su causación antijurídica . Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpaibilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno. ...”

Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Superior del Distrito Judicial de Popayán, dejó sin efectos la condena emitida en contra del demandante en la providencia el día 8 de junio de 1995 por el Juzgado Penal del Circuito del Patía, al encontrar lo que denominó una vía de hecho en la misma, consistente en la graduación de la condena con una norma que establecía una pena mayor, que no estaba vigente para la fecha de los hechos.

La sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, advirtió que la graduación punitiva de la condena por el delito de homicidio atribuido a la señora (M.F.D) la afectó negativamente, puesto que al establecerse la condena tuvo en cuenta una norma que le era lesiva y que no estaba vigente al momento de los hechos, en desmedro de su derecho al debido proceso y a ser juzgada conforme a las leyes preexistentes.

En efecto, la mayor graduación punitiva se verifica en la sentencia proferida el 8 de junio de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán, en la que se advirtió que en la sentencia condenatoria *“la Juez olvidó el concepto de sucesión de leyes en el tiempo, y equivocadamente aplicó la nueva ley (ley 40 de 1993), que era desfavorable en relación con la derogada, (decreto 100 de 1980).”*

Del mismo modo, se puede evidenciar en la sentencia dictada en cumplimiento de la orden de tutela el 30 de junio de 2009 por el Juzgado Penal del Circuito del Patía, en la que se estableció:

*“De entrada afirmase que por instrumentación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, corresponde zanjar el presente procesamiento aplicando ultraactivamente el artículo 323 de la Codificación Penal de 1980, antes de que dicha norma fuese modificada por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 (por haber ocurrido los hechos materia de procesamiento el 10 de mayo de 1992), en cuanto que punitivamente resulta más ominoso este último dispositivo que el primero, si se quiere que en el artículo 323 aquél, la punición pendulaba **entre diez (10) y quince (15) años de prisión**, en tanto que con la modificación de esta norma, en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 la punitividad oscilaba con prisión de **veinticinco (25) a cuarenta (40) años**.*

Luego, como se ve, lo que reprochó la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán respecto de la sentencia del 8 de junio de 1995, que declaró responsable a la actora por el delito de homicidio, fue la graduación de la pena aplicable para el delito de homicidio del que se le halló responsable.

Al respecto, se tiene que en efecto la pena a imponer en relación con el delito de homicidio, el Decreto 100 de 1980, Código Penal vigente para la época de desarrollo de los hechos punibles (10 de mayo de 1992), contemplaba lo siguiente:

"ARTÍCULO 323. HOMICIDIO. El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años.

Tal norma fue modificada por la Ley 40 de 1993, quedando así:

"ARTICULO 323. HOMICIDIO. <Modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:> El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años.

Deviene entonces que la aplicación de la modificación efectuada con el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, implicó un acrecimiento de la pena impuesta a la demandante, puesto que de haberse enjuiciado a la señora(M.F.D) por la comisión del delito de homicidio, sin aplicar la reforma indicada, la pena que debió imponérsele iría de **10 a 15 años**; y no de 25 a 40 años, términos estos que corresponden a la pena que en aquel entonces se contemplaba originalmente para el homicidio simple.

De lo anterior se puede deducir que, la antijuricidad de la pena impuesta a la señora(M.F.D), no es en sí la pena misma, pues se insiste la sentencia de tutela que declaró la nulidad de la sentencia condenatoria del 8 de junio de 1995 no da a entender que efectivamente hubiese mérito para afirmar que la citada actora no incurrió en el delito de homicidio; sino que consiste en el aumento de la pena que se le impuso de cuenta de la aplicación de la reforma que trajo el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, que no estaba vigente para la fecha de los hechos.

Frente a ello, se observa que el tiempo que alcanzó a estar privada de la libertad la señora(M.F.D) con ocasión de la pena impuesta, de conformidad con las pruebas referidas con anterioridad, fue de **9 meses y 23 días**, ocurridos entre el día 14 de septiembre de 2008, cuando se le capturó, y el 7 de julio de 2009, cuando fue puesta en libertad. Es decir que, el periodo de reclusión al que fue sometida la señora(M.F.D) es inferior al que le correspondía cumplir por el delito de homicidio simple del que se le halló responsable, pues la privación de la libertad no alcanzó a materializarse por un término ajustado al contemplado para esa conducta delictiva, que iba de **10 a 15 años**.

Ahora, cuando el Juzgado Penal del Circuito del Patía, Cauca, dio cumplimiento a la

orden de tutela ya referida, valoró nuevamente lo sucedido en el proceso penal adelantado en contra de la señora (M.F.D), evidenciando que por el paso del tiempo ya había acaecido el fenómeno de la prescripción de la acción penal, y lo declaró así mediante Sentencia del 30 de junio de 2009.

Entonces, se colige que la prescripción de la acción penal declarada a favor de la demandante por el Juzgado Penal del Circuito del Patía, Cauca, se dio como un beneficio para ella, al cual pudo acceder por las especiales situaciones que rodearon el proceso penal que se adelantó en su contra, y por el paso del tiempo; razón por la cual antes de generar un perjuicio, la favoreció, ya que no tuvo que pagar el resto de la pena de prisión que tenía que cumplir por la comisión del delito de homicidio simple.

Por otra parte es claro que la valoración de la prescripción de la acción penal se da en términos netamente procesales, y por ende, no implica per se la emisión de un juicio de fondo en relación con el grado de participación del procesado en la respectiva conducta delictiva. Significa ello que, con la declaración de la prescripción de la acción penal no se está indicando que la persona indiciada no cometió la conducta típica que se le atribuye, si no que por cuenta del paso del tiempo, ya no es posible continuar con las investigaciones ni llevarle a juicio. Y por ende, el caso en comento no puede enmarcarse dentro de los eventos estipulados en el art. 414 del Decreto 2700 de 1991, ni tampoco darse lugar a la atribución de responsabilidad con base en el régimen general del artículo 90 de la Constitución Política.

De todo lo anterior concluye la Sala que, si bien la sentencia del 30 de junio de 1995, en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía condenó penalmente a la señora(M.F.D) por la muerte del señor Hernando Delgado Montilla, aplicó equivocadamente la mayor pena que trajo modificación de la Ley 40 de 1993 al Decreto Ley 100 de 1980, tal situación no alcanzó a materializarse de forma injusta en la demandante, puesto que fue corregido en la debida oportunidad por la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán a través de la sentencia del 8 de junio de 2009, hecho que permitió que la señora(M.F.D) no estuviera detenida más allá de la pena que había de imponerse por el delito de homicidio simple, cuyo mínimo era de 10 años.

Aunado a ello, llama la atención de la Sala que a pesar de que el abogado Imer Orlando Angulo, apoderado de confianza de la señora (M.F.D), tuvo la posibilidad de controvertir la sentencia de carácter dictada el 8 de junio de 1995 por el Juzgado Primero Penal del Circuito del Patía mediante el recurso de apelación, no haya hecho uso del mismo, y que sólo interpusiera una acción de tutela contra la misma cuando ya habían pasado 14 años, aspecto que deja entrever que su ejercicio de defensa fue deficiente, y su conducta determinante, no sólo para que se dejara de corregir el error contenido en la sentencia condenatoria, sino además, para que el paso del tiempo diera lugar a la configuración de la prescripción de la acción penal, que finalmente benefició a su defendida, la actora(M.F.D), situación que a la postre le permitió eximirse del pago de la pena por la comisión del delito de homicidio.

Así las cosas, se impone que en el asunto en estudio no se configuran los elementos jurídicos necesarios para determinar que la privación de la libertad a la que fue sometida la señora (M.F.D) hubiese sido injusta, y por tanto, no es dable declarar la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, imponiéndose la negación de las pretensiones de la demanda.

6. COSTAS

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria, por tanto, como en el presente caso no se observa comportamiento temerario de las actuaciones procesales de las partes, la Sala se abstendrá de emitir condena alguna por tal concepto.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reparación directa intentada por la señora(M.F.D) contra **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL Y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de la cuenta de gastos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

GLORIA MILENA PAREDES ROJAS

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ