



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN “B”

Consejera Ponente (E): MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso número: 19001-23-31-000-2006-00413-01 (39184)
Naturaleza: Acción de reparación directa
Actor: Justo Pastor Muñoz Martínez y otros
Demandado: Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación
Asunto: Acción de reparación directa – Apelación sentencia

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / NO SE CONFIGURA DAÑO ANTIJURÍDICO cuando la persona es detenida en virtud de una medida de aseguramiento y la investigación termina con sentencia condenatoria. De la pena definitiva se descuenta el tiempo de privación de la libertad por la medida de aseguramiento.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 18 de mayo de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

El señor Justo Pastor Muñoz Martínez demanda por una falla del servicio por error judicial atribuido a la Fiscalía Seccional de Almaguer-Cauca, que implicó que fuera privado de la libertad en el interregno comprendido entre el 3 de febrero y el 7 de marzo de 2006, por una conducta punible que no tenía prevista la medida de detención preventiva.

II. ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

Mediante escrito presentado el 13 de abril de 2006, ante la Oficina Judicial Sección de Reparto de Demandas del Tribunal Administrativo del Cauca (f. 1-13 c. ppl.), los señores Justo Pastor Muñoz Martínez, Libia Elena Zúñiga Gaviria, Lady Marisol Muñoz Zúniga, Rocío Ximena Muñoz Zúñiga, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija Yesika Tatiana Burbano Muñoz y Jhony Fernando Muñoz Zúñiga, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija Julieth Andrea Muñoz Macías, a través de apoderado judicial (f. 14, 52-53 c. ppl.), presentaron demanda de reparación directa, con fundamento en las siguientes pretensiones:

1. *Declárase a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación civil y administrativamente responsable de la falla en el servicio de administración de justicia, por error jurisdiccional, de que fuera víctima Justo Pastor Muñoz Martínez por hechos sucedidos entre el 3 de febrero y el 7 de marzo de 2006, lapso en el que estuvo privado ilegalmente de su libertad.*
2. *Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación a pagar los perjuicios a los actores, así:*
 - a. *por perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, se deben al directo lesionado o a quien sus derechos representare al momento del fallo, lo siguiente:*

Justo Pastor Muñoz Martínez, ciento diez millones de pesos mcte (\$110.000.000).
 - b. *por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se debe al demandante o a quien sus derechos represente al momento del fallo, la suma de noventa millones de pesos mcte (\$90.000.000), guarismo para el que se ha de tener en cuenta la vida probable de Justo Pastor Muñoz Martínez, su actividad laboral, sus ingresos y el destino que les daba a los mismos.*
 - c. *por perjuicios morales se debe al actor o a quien sus derechos representare al momento del fallo, el equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000). A la fecha de la ejecutoria de la demanda (sic), de conformidad*

con la certificación que en tal sentido expida el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- d. *perjuicios morales a favor de su esposa, Libia Elena Zúñiga Gaviria, de sus hijos Lady Marisol Muñoz Zúñiga, Rocío Ximena Muñoz Zúñiga y Jhony Muñoz Zúñiga, al igual que para sus nietas Julieth Andrea Muñoz Macías y Jesika Tatiana Burbano Muñoz el equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000), para cada uno (.....).*
- e. *Por daño fisiológico se debe cancelar a favor del directo lesionado Justo Pastor Muñoz Martínez o a quien sus derechos representare al momento del fallo, el equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200) a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, según certificación que para el efecto expida el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por no poder desempeñar las funciones o labores a las cuales se dedicaba normalmente antes de ser privado ilegalmente de su libertad (f. 3-5, 49-50 c. ppl.-mayúscula sostenida y negritas eliminadas del texto).*

Los demandantes adujeron que el señor Justo Pastor Muñoz Martínez “*fue aprehendido por integrantes del C.T.I., el 3 de febrero de 2006, por una conducta punible que actualmente no requiere de medida de aseguramiento, lo que originó la solicitud de revocatoria de esa detención preventiva, sin haber encontrado eco, puesto que el señor Fiscal Seccional de Almaguer-Cauca, con un criterio muy subjetivo, negó la petición*” (f. 6 c. ppl.).

Insistieron en que como el señor Muñoz Martínez recuperó la libertad en virtud de un fallo de tutela de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán que le dio la razón, es evidente que la decisión adoptada “*por el Fiscal Seccional de Almaguer fue injusta e injustificada, siendo entonces la fuente de responsabilidad por error jurisdiccional*” (f. 7 c. ppl.).

2. Trámite de primera instancia

El 5 de mayo de 2006, la demanda fue admitida y notificada en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (f. 46 c.ppl.).

El 21 de marzo de 2007, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad de todo lo actuado por no haber dado trámite a la solicitud de adición de la demanda, la cual fue presentada en oportunidad (f. 120 c.ppl.).

El 6 de agosto de 2007, el Tribunal Administrativo del Cauca decretó las pruebas solicitadas por las partes (f. 134 c.ppl.).

El 5 de diciembre de 2007, el Tribunal Administrativo del Cauca corrió traslado a las partes por el término común de diez días para que presentaran sus alegatos de conclusión (f. 137 c.ppl.).

3. Intervención pasiva

La Fiscalía General de la Nación sostuvo que no existe la falla del servicio alegada por los actores, máxime si se atiende que la investigación adelantada en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez *“se encuentra en la etapa de juicio en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar (C), luego de ser confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior la resolución de acusación como presunto autor responsable de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, en concurso de delitos, por tratarse de seis menores las ofendidas (.....)”* (f. 124 c. ppl.).

Aseveró que la decisión de no revocar la medida de aseguramiento fue confirmada por el Fiscal Seccional de Almaguer-Cauca, funcionario que explicó claramente que *“si en gracia de discusión se aceptara el criterio del defensor de que la pena a imponer es de 2 a 5 años de prisión, porque los hechos tuvieron ocurrencia antes de entrar en vigencia la ley 599 de 2000, en el caso concreto, la misma se aumentaría en la mitad para quedar en 4 años, pero aplicándole la garantía de la ley tertia por favorabilidad, aumentando al mínimo, no la mitad, sino un tercio, quedaría en 2 años, 6 meses y 20 días, pero como la conducta punible se cometió en concurso heterogéneo, toda vez que fueron 6 las menores ofendidas y a la luz del artículo 31 del Código Penal, el concurso se penaliza aumentando la pena más grave hasta en otro tanto, quedaría una pena a imponer de 5 años y algunos meses y días, la que resultaría superior a la que establecen los artículos 313 y 315 de la ley 906 de 2004, razón por la cual no procede la revocatoria de la medida de aseguramiento”* (f. 124-125 c. ppl.).

Puntualizó que, en el *sub judice*, *“no está acreditada la falla en el servicio por detención injusta, ni por error judicial, pues la medida de aseguramiento constituía una carga que el sindicado debía soportar, por el hecho de existir circunstancias que eran necesarias investigar, esclarecer y buscar la verdad, teniendo en cuenta el criterio de valoración del funcionario a la hora de proferir la medida y reiterando que el proceso hoy se encuentra en etapa de juicio”* (f. 128 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Reiteró que *“la providencia mediante la cual la Fiscalía impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva al demandante, confirmada por la Fiscalía*

Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, estuvo fundamentada en elementos probatorios allegados en esa etapa de la investigación penal y en las circunstancias agravantes presentes, además (...), el señor Justo Pastor Muñoz ha tenido la oportunidad de controvertir con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, dándose cumplimiento a las ritualidades procesales, como a los principios que consagra la ley penal y, tal es así, que a la fecha el proceso se encuentra en etapa de juicio” (f. 125 c. ppl.- mayúscula sostenida eliminada del texto).

La Rama Judicial no se pronunció.

4. Alegatos de conclusión

Los demandantes explicaron que si para la época en que acontecieron los hechos “ya no había privación de la libertad para los delitos de abuso sexual con menor de catorce años, en razón de la figura denominada detención preventiva, sin mayor esfuerzo se debe concluir que en el caso se configura la privación injusta de la libertad del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, pues fue capturado y mantenido privado de su libertad, inicialmente en las instalaciones del C.T.I. de la Fiscalía General de la Nación y en la Penitenciaría Nacional San Isidro de Popayán, por orden del Fiscal Seccional de Almaguer (Cauca), por espacio de treinta y tres (33) días, desde el 3 de febrero al 7 de marzo de 2007, en que fue dejado en libertad por el Tribunal Superior de Popayán en virtud de una acción de tutela propuesta ante la negativa del funcionario judicial de negar la revocatoria de la medida de aseguramiento existente en contra del citado Muñoz Martínez” (f. 140 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Pidieron que se rechacen los argumentos de defensa de la entidad demandada “porque van en contravía de lo consagrado en el artículo 90 de la Constitución Nacional y no son suficientes para exonerar al Estado de la indemnización que legalmente debe pagar por la actuación irregular de que da cuenta el proceso penal adelantado en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez” (f. 142 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

La Fiscalía General de la Nación adujo que “no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función (...), ya que tal posibilidad está excluida de plano en los referidos conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), por lo que desde ningún

modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver la cuestión litigiosa que se debate en un proceso o en relación con el derecho que allí se controvierte". Evidenció que, en el sub iudice, la tutela se concedió en forma transitoria, "tal como quedó consignado en el fallo aportado por el mismo demandante, en tanto 'el Fiscal competente decide la apelación respectiva en contra de la providencia dictada el día 09 de febrero de 2006, mediante la cual se resolvió negativamente la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva dictada contra aquel, como presunto responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, en concurso de conductas punibles'" (f. 145 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

Aseveró que el señor Muñoz Martínez "tenía la carga procesal de sustentar dentro del término legal, el recurso de apelación impetrado contra la providencia del 09 de febrero de 2006, mediante la cual, se negó la revocatoria de la medida de aseguramiento impetrada, carga que no asumió, tal como aparece consignado en el oficio No. 102 de fecha 15 de febrero de 2007, obrante a folio 6 del expediente, con el que se acredita que el recurso de apelación contra la precitada providencia no fue apelado y, en consecuencia, se declara desierto el recurso, lo que sin lugar a dudas, aparte de los sólidos argumentos defensivos, constituye causal de exoneración de responsabilidad de conformidad con las pruebas recogidas dentro del trámite del proceso, tal como se argumentará más adelante" (f. 146 c. ppl.).

Insistió en que "el proceder de la Fiscalía fue legítimo, que el proceso penal adelantado contra el señor Justo Pastor Muñoz Martínez, como consecuencia de la denuncia contra él presentada por las hipótesis delictuales de menores de catorce años (6 ofendidas), se encuentra en juicio, etapa en la que la entidad que represento no tiene la dirección del proceso, convirtiéndose en un sujeto procesal más, con las consecuencias que de ello se pueden derivar" (f. 151 c. ppl.-).

Enfatizó que "la pérdida de la libertad de quien hábidamente reclama perjuicios, obedeció a razones jurídicamente atendibles en su momento determinado, es decir, a una decisión que por la época de expedición se ajustaba a las exigencias sustanciales y formales de la ley, mas no a una indebida por una desfasada subsunción de la realidad fáctica en la hipótesis normativa o a una grosera utilización de la normatividad jurídica" (f. 151 c. ppl.).

Finalmente, destacó que los demandantes no acreditaron los perjuicios afrontados, ni de dónde salieron las sumas que reclaman.

La Rama Judicial no se pronunció.

5. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia de 18 de mayo de 2010, denegó las pretensiones, por cuanto estableció que *“se configuró la culpa exclusiva de la víctima al no sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia que impone la medida de aseguramiento”*.

Señaló que *“de conformidad con el Oficio No. 102 de 15 de febrero de 2007, obrante a folio 6 del cuaderno de pruebas, suscrito por el Fiscal Seccional de Almaguer-Cauca, por medio del cual se dio informe del estado en el que se encontraba el proceso penal adelantado en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, se advierte que el 2 marzo de 2006, se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el hoy actor en contra de la providencia de 9 de febrero del mismo año, por no haber sido sustentado, por medio de la cual se negó la revocatoria de la medida de aseguramiento impuesta en su contra y de la cual se predica el error judicial en esta oportunidad”* (f. 167 c. ppl.).

Explicó que *“a pesar de que el señor Justo Pastor Muñoz Martínez interpuso el recurso de apelación en contra de la providencia que negó la revocatoria de la medida de aseguramiento que le había sido impuesta, no lo sustentó y, por lo tanto, devino la declaración de desierto del mismo, quedando el Ente demandado excluido del conocimiento de la segunda instancia para pronunciarse sobre el tema y configurándose de esta manera la culpa exclusiva de la víctima que exonera de toda responsabilidad al Estado por los daños que hubiere padecido como consecuencia de una providencia supuestamente equivocada”* (f. 167 c. ppl.).

Indicó que *“aunque en gracia de discusión la Sala pretendiera estudiar la posible configuración de una privación injusta de la libertad de que pudiera haber sido objeto el señor Justo Pastor Muñoz Martínez, tal análisis resultaría imposible de realizar, por cuanto carece el Tribunal de los elementos probatorios necesarios para tal efecto, ya que el proceso penal adelantado en contra del actor por el delito de actos sexuales*

abusivos con menor de 14 años no ha culminado aún o, por lo menos, no se tiene noticia de ello dentro del expediente” (f. 168 c. ppl.).

6. Recurso de apelación

Los actores insistieron en que “si bien es cierto que para el 6 de enero de 2006, se le había revocado la libertad provisional, por haberse dictado en su contra Resolución de acusación como se llamaba en el antiguo sistema, no medida de aseguramiento, porque esa ya aparecía desde tiempo atrás, como presunto autor del delito de Abuso Sexual con menor de 14 años, la verdad es que por no proceder privación de la libertad para esa clase de delito, el Tribunal Superior del Distrito de Popayán, al decidir la acción de tutela propuesta, dispuso de inmediato la libertad de Justo Pastor Muñoz Martínez, por haber incurrido la Fiscalía Delegada ante los Jueces de Circuito en una vía de hecho” (f. 172 c. ppl.-negrilla y mayúscula sostenida eliminada del texto).

Puntualizaron que “el error en que incurrió la Fiscalía consistió, como ya se anotó, en haber revocado la libertad provisional que gozaba el señor Justo Pastor Muñoz Martínez, dentro de la resolución de acusación proferida en su contra, que es cosa distinta a lo considerado en la providencia del Tribunal, cuando dice. ‘negar la revocatoria de la medida de aseguramiento’, como equivocadamente se insiste” (f. 173 c. ppl.-negrilla y mayúscula sostenida eliminada del texto).

Enfatizaron que el fondo del asunto “se centra entonces, en haber revocado la fiscalía delegada, la libertad provisional que tenía el señor Justo Pastor Muñoz Martínez, a sabiendas de que para esta clase de delitos ya no procedía medida de aseguramiento y, por tanto, el procedimiento consistía en vincular al acusado mediante indagatoria, dejándosele en libertad hasta que resolviera de fondo el proceso, ya sea con fallo condenatorio o absolutorios según el caso” (f. 173 c. ppl.-negrilla y mayúscula sostenida eliminada del texto).

Adujeron que no entienden de dónde el a quo afirma que se configuró la “culpa exclusiva de la víctima, al no sustentar el recurso de apelación contra la medida y, por tanto, se rompió así el nexo causal entre el daño y el servicio. Reiteramos en ningún momento se ha buscado la reparación del perjuicio causado por razón de la medida preventiva tomada dentro del proceso penal seguido contra el señor Justo Pastor Muñoz Martínez; se ha sido muy claro desde un principio que ello se debe al haberse

privado injustamente de la libertad provisional o incondicional que venía gozando el actor desde mucho tiempo atrás” (f. 174 c. ppl.).

Sostuvieron que el “señor Justo Pastor Muñoz Martínez, que fue capturado y privado de su libertad por una determinación abiertamente ilegal y la antijuricidad del daño se deriva de la circunstancia de que a él se le impuso una consecuencia que no estaba a prevista en la ley para su conducta, pues, ningún particular está obligado a soportar consecuencias jurídicas desfavorables que no corresponden a sus actos o, lo que es lo mismo, aquellas que se derivan de decisiones ilegales” (f. 175 c. ppl.-negrilla y mayúscula sostenida eliminada del texto).

Concluyeron que es “inadecuado expresar que se ´configuró la culpa exclusiva de la víctima al no sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia que le impone la medida´, cuando el caso pretendido se está ubicando en la aprehensión del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, como consecuencia de la revocatoria de la libertad que disfrutaba al edificarse, por parte de la Fiscalía, resolución de acusación en su contra y no medida de aseguramiento, la cual había desaparecido mucho tiempo atrás para esta clase de ilicitudes”. Añadió que, en caso de que se estableciera que operó culpa de la víctima, no se puede soslayar que ello generaría “una disminución de la reparación con base en el artículo 2.357 del C.C., pero no una exoneración total de responsabilidad” (f. 176 c. ppl.-negrilla y mayúscula sostenida eliminada del texto).

7. Trámite de segunda instancia

El 12 de agosto de 2010, se admitió el recurso de apelación presentado por los demandantes (fl. 183 c. ppl), el cual fue concedido por el Tribunal Administrativo del Cauca en auto de 9 de junio de 2010 (fl. 177 c. ppl.).

El 19 de noviembre de 2010, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 188 c. ppl.).

El 30 de marzo de 2017, se ordenó oficiar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar-Cauca para que remita, en calidad de préstamo, el proceso penal adelantado contra el señor Justo Pastor Muñoz Martínez (fl. 206-206vto c. ppl.).

El 7 de noviembre de 2017, en diligencia de inspección judicial, se ordenó la reproducción del proceso adelantado en contra del señor Muñoz Martínez y el traslado de la misma a

las partes para garantizar el derecho de contradicción (fl. 211-212 c. ppl.). Las partes guardaron silencio.

8. Alegaciones finales

La Fiscalía General de la Nación señaló que, en el *sub judice*, “*se configuró la culpa exclusiva de la víctima al no sustentar el recurso de apelación en contra de la providencia que le impone la medida*” de aseguramiento (f. 193 c. ppl.).

La Rama Judicial no se pronunció.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 18 de mayo de 2010, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo considerado por la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 numeral 8 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día

¹ En decisión proferida por la Sala Plena de la Corporación el 9 de septiembre de 2008, expediente 34.985, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, se consideró que: “...*el conocimiento de los procesos de reparación directa instaurados con invocación de los diversos títulos jurídicos de imputación previstos en la referida Ley Estatutaria de la Administración de Justicia corresponde, en primera instancia, a los Tribunales Administrativos, incluyendo aquellos cuya cuantía sea inferior a la suma equivalente a los 500 SMLMV*”.

siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo primero que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva².

En el *sub exámine* debido a que los proveídos que se cuestionan son de fecha 16 de enero y 9 de febrero de 2006, es decir, cercanos a la fecha de presentación de la demanda -13 de abril de 2006-, es evidente que no operó el fenómeno de caducidad del medio de control.

3. Legitimación

En cuanto a la legitimación en la causa por activa, está acreditado por el señor Justo Pastor Muñoz Martínez que estuvo privado de la libertad, como consecuencia de los proveídos de 16 de enero y 9 de febrero de 2006 de la Fiscalía Seccional de Almaguer-Cauca (f. 17-19 c. pbas; 298-309 c. pbas. 2), hecho que se corroborará con las pruebas a las que se hará referencia más adelante.

También está probada la relación de parentesco de quien fuera privado de la libertad con la señora Libia Elena Zúñiga Gaviria en condición de cónyuge (f. 15, 18, 20 c. ppl); los señores Rocío Ximena, Lady Marisol y Jhony Fernando Muñoz Zúniga en calidad de hijos (f. 16, 22, 24 c. ppl) y con las menores Julieth Andrea Muñoz Macías y Yesika Tatiana Burbano Muñoz en calidad de nietas (f. 19, 21 c. ppl), de donde se infiere que tienen un interés para solicitar la indemnización por los perjuicios causados y, por tanto, se concluye que estos demandantes cuentan con legitimación en la causa por activa.

² Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias proferidas por esta Subsección:
-Providencia del 26 de agosto de 2015, radicado No. 200301473 01 (38.649), actor: Ómar Fernando Ortiz y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).
-Providencia del 25 de junio de 2014, radicado No. 199900700 01 (32.283), actor: Wladimiro Garcés Machado y otros, consejero ponente Hernán Andrade Rincón (E).

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se constata que el daño invocado en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que correspondieron a la Fiscalía General y Rama Judicial, de manera que la Nación, representada por tales entidades, se encuentra legitimada como parte demandada en el asunto de la referencia; cosa diferente es la responsabilidad que pueda tener la accionada, a través de sus representadas, por lo que la misma debe ser analizada de fondo.

4. Valoración probatoria y análisis del caso concreto: no se configura el daño antijurídico. Ley aplicable al caso (600 de 2000)

4.1. La responsabilidad del Estado por la privación de la libertad con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política

La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación de la libertad³.

Debe aclararse, en todo caso, que la Sección Tercera del Consejo de Estado no descartaba la aplicación de la falla del servicio para deducir la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo ha declarado en asuntos donde resulta evidente que se trata de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trata de capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dicta una medida de aseguramiento en contra del imputado⁴.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de

Dicho criterio jurisprudencial, sin embargo, fue modificado recientemente en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de esta Sección, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar (i) si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política; (ii) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; (iii) cuál es la autoridad llamada a reparar y (iv) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión. La Sala señaló en la mencionada sentencia⁵:

Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil⁶, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

*En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.*

mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente 46.947, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶ “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

“Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

“Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

“El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

“Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

*El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello⁷.*

Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 072/18⁸, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

En efecto, la Corte precisa que, ni el artículo 90 de la Constitución Política, como tampoco el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que establece la privación injusta de la libertad como un evento resarcible, ni la sentencia C-037 de 1996, que determinó la exequibilidad condicionada del ese artículo, determinan un régimen específico de responsabilidad patrimonial del Estado en eventos de privación injusta de la libertad⁹.

En ese sentido reitera que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la

⁷ Consideración que resulta congruente con la parte resolutive del mismo fallo:

PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y UNIFÍCANSE criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3) Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

*En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto.*

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

⁹ Ibidem. Acápites 117 y 118.

interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política¹⁰.

En el mismo sentido precisa que en determinados eventos, entre los cuales hace referencia a la absolucón por *in dubio pro reo*, no se acreditó el dolo o se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos erga omnes, esto es la sentencia C-037 de 1996¹¹.

De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que la nominación de las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Por último, en lo que tiene que ver con la unificación de la Corte Constitucional, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en todos los casos en los que se reclame por un evento de privación injusta de la libertad debe considerarse la culpa grave o el dolo de la víctima¹².

Para llegar a las anteriores conclusiones, la Corte Constitucional pone de presente que la libertad es uno de los bastiones del Estado social de derecho de carácter multidimensional, como valor, principio y derecho fundamental, como se deduce del preámbulo y los artículos 1, 2 y 28 de la Constitución Política, entre otros, bajo el entendido que valores tales como la democracia, el pluralismo y la dignidad humana no pueden ser entendidos sino tienen como punto de partida la libertad¹³.

Sin embargo, la libertad, como otros derechos, no tiene carácter ilimitado y puede ceder en casos excepcionalísimos al disfrute de los derechos por parte de otros individuos o a la búsqueda del bienestar general. La fuente principal de esas restricciones es el derecho punitivo, que al mismo tiempo la reconoce de manera principalísima como un principio¹⁴¹⁵.

¹⁰ Ibidem, Acápites 119 y 120.

¹¹ Ibidem, Acápites 121.

¹² Ibidem, Acápites 124

¹³ Ibidem, Acápites 67 a 69.

¹⁴ Ibidem. Acápites 69 y 70.

¹⁵ Artículos 4 del Decreto Ley 2700 de 1991, 3 de la Ley 600 de 200 y 2 de la Ley 906 de 2004.

Esas restricciones excepcionales a la libertad, además de los límites constitucionales, están sometidas de manera superlativa a estrictas reglas de competencia, de tiempo para verificar su legalidad, así como a la posibilidad de revisar la pertinencia de la restricción. En el mismo sentido debe hacerse una diferenciación tajante entre dos figuras, pena y detención preventiva, y que esta no puede implicar, de ninguna manera, una vulneración al principio de presunción de inocencia y que, conforme al bloque de constitucionalidad, se encuentran sometidas al criterio irreductible de que sean absolutamente necesarias¹⁶.

Pero además de la necesidad, ese ejercicio punitivo preventivo del Estado encuentra otro límite, como es el principio de proporcionalidad, que permite desde el ámbito constitucional examinar y neutralizar los excesos de la potestad de configuración del legislador penal, en particular la medidas cautelares dirigidas a afectar la libertad personal de una persona imputada por un hecho punible. La regla de proporcionalidad impone que los beneficios de las medidas preventivas deben ser superiores o razonablemente equivalentes a las restricciones que imponen a los afectados por ellas¹⁷.

Bajo los anteriores parámetros, la Corte Constitucional, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, reconoce que el Consejo de Estado, en aras del principio de seguridad jurídica, ha acudido tanto a un régimen de responsabilidad subjetivo como a uno objetivo en determinados eventos, lo cual no contradice, en principio, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la interpretación integral del artículo 90 de la Constitución Política¹⁸.

Sin embargo, señala que en cuatro eventos de absolución, como son que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no constituía hecho punible o porque se aplicó el principio del *indubio pro reo*, se ha aplicado el título objetivo de imputación del daño especial.

Para la Corte Constitucional un régimen de tal naturaleza, pasa por alto que la falla del servicio es título de imputación preferente y que los otros dos títulos, el riesgo

¹⁶ Ibidem. Acápito 70. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁷ Ibidem. Acápito 71. Sentencia C-106 de 1994.

¹⁸ Ibidem. Acápito 101.

excepcional y el daño especial, son residuales “esto es, a ellos se acude cuando el régimen subjetivo no es suficiente para resolver una determinada situación”¹⁹²⁰.

Con fundamento en todo lo anterior, en que el artículo 90 no define un título de imputación y que la falla del servicio es el título de imputación prevalente, la Corte Constitucional señala que en la sentencia C-037 de 1996 se concluyó que, cualquiera que sea el régimen a aplicar, la calificación como injusta de una privación de la libertad, implica necesariamente “definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad a una persona mientras era investigada y/o juzgada fue proporcionada y razonada, previa la verificación de su conformidad a derecho”²¹. Frente a este tópico prescribe:

*En este punto se precisa que esa comprensión fue plasmada como condicionamiento de dicho artículo, al consignar en el numeral tercero de la parte resolutive que se declaraban exequibles “pero bajo las condiciones previstas en esta providencia, (...)”, entre otros, el artículo 68, sobre el cual en la parte considerativa se había determinado que las reflexiones transcritas eran las condiciones para declararlo exequible*²².

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales²³, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo el grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado²⁴.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es

¹⁹ Sentencia del 26 de mayo de 2010, 13001-23-31-000-1995-00023-01(18105). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera afirmó. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de agosto de 2004, Radicación: 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); Actor: Ana Julia Muñoz de Peña y otros; Demandado: Nación - Mindefensa - Policía Nacional. (...); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación: 85001-23-31-000-1995-00121-01(14808); Actor: María Elina Garzón y otros; Demandado: Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Y más reciente, la Subsección B, sentencia del 14 de septiembre de 2017, expediente 13001-23-31-000-2003-01929-01(43413), en la cual se hicieron las siguientes referencias: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423.

²⁰ Ibidem. Acápito 102.

²¹ Ibidem. Acápito 102.

²² Ibidem. Acápito 102.

²³ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 908 de 2004.

²⁴ Ibidem. Acápito 103.

injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”²⁵²⁶.

Al respecto concluye:

*Lo anterior significa que los adjetivos usados por la Corte [razonabilidad, proporcionalidad y legalidad] **definen la actuación judicial, no el título de imputación** (falla del servicio, daño especial o riesgo excepcional), esto es, aunque aquellos parecieran inscribir la conclusión de la Corte en un régimen de responsabilidad subjetivo; entenderlo así no sería más que un juicio apriorístico e insular respecto del compendio jurisprudencial que gravita en torno del entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, en tanto, debe reiterarse, la Corte estableció una base de interpretación: la responsabilidad por la actividad judicial depende exclusivamente del artículo 90 de la Constitución, el cual no establece un título de imputación definitivo, al haberse limitado a señalar que el Estado responderá por los daños antijurídicos que se le hubieren causado a los particulares²⁷.*

Luego insiste en que el elemento común que exige el artículo 90 de la Constitución Política es la existencia de un daño antijurídico y que la responsabilidad patrimonial se define a partir de cualquiera de los títulos de imputación, frente a lo cual señala que, la sentencia C-037 de 1996 es consecuente con ese razonamiento a partir de la interpretación del artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que es la cláusula general de responsabilidad del Estado en lo que tiene que ver con la actividad judicial, en la que no se adscribió a ningún título de imputación específico. Y en lo que tiene que ver con la privación injusta de la libertad señaló:

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse²⁸.

La Corte señala que lo anterior no impide que se creen reglas en pro de ofrecer homogeneidad en materia de decisiones judiciales, pero estas deben fundamentarse en un análisis concienzudo de las fuentes del daño y no en generalizaciones normativas, que no tomen en cuenta las posibilidades que giran en torno a esas fuentes.

²⁵ Ibidem. Acápites 104.

²⁶ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento...

²⁷ Ibidem. Acápites 104.

²⁸ Ibidem. Acápites 104.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional señala que en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “*el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos*”.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal²⁹.

Las dos causales anteriores se contrastan con la absoluciones consistente en que el procesado no cometió el delito y la aplicación del principio *in dubio pro reo*, la Corte considera que estas requieren de mayores disquisiciones por parte de los fiscales o jueces para vincular al imputado con la conducta punible y presentarlo como autor de la misma. En un sistema como el acusatorio no resulta exigible al fiscal y al juez con función de garantías que en etapas tempranas de la investigación penal definir si el imputado ejecutó la conducta, pues será en etapas posteriores que el funcionario judicial definirá tales asuntos, que solo se pueden definir en la contradicción probatoria durante un juicio oral³⁰.

Lo mismo pasaría respecto de eventos de absolución en los que concurre una causal de justificación o una de ausencia de culpabilidad, en los que la conducta resulta objetivamente típica, pero no lo era desde el punto de vista subjetivo³¹.

En conclusión, las sentencias de unificación del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, establecen que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

²⁹ Ibidem. Acápites 105.

³⁰ Ibidem. Acápites 106.

³¹ Ibidem. Acápites 106.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad.

Bajo los anteriores parámetros entra a considerarse el caso concreto.

4.2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si conforme a los elementos jurídicos y probatorios del caso, hay lugar declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial por la privación de la libertad de la que fue sujeto el señor Justo Pastor Muñoz Martínez, desde el 3 de febrero hasta el 7 de marzo de 2006, en el marco de la investigación penal por abuso sexual con menor de catorce años, agravado y en concurso material y homogéneo, que culminó con sentencia condenatoria.

4.3. Cuestión previa

En este punto es pertinente evidenciar que la mayoría de las actuaciones del proceso penal adelantado en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez fueron aportadas en virtud del auto de mejor proveer de 30 de marzo de 2017.

Y que se valorarán las copias simples aportadas por las partes, por cuanto, según sentencia de unificación de jurisprudencia proferida sobre el particular por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *“en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, -dichas copias- sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de ‘autenticidad tácita’ que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional”*³².

4.4. El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del

³² Sentencia de 30 de septiembre de 2014, expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Estado; una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

En el caso concreto, el daño alegado por el señor Justo Pastor Muñoz Martínez es la afectación a su libertad, durante el tiempo que estuvo privado de esta en el marco del proceso penal que se adelantó en su contra como presunto autor del delito de abuso sexual con menor de catorce años, agravado y en concurso material y homogéneo, por el cual fue capturado y recluido en un establecimiento penitenciario.

En el *sub judice* está acreditado el señor Justo Pastor Muñoz Martínez estuvo privado de la libertad como consecuencia de los proveídos de 16 de enero y 9 de febrero de 2006 de la Fiscalía Seccional de Almaguer-Cauca, hasta que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sede de tutela, dispuso, el 6 de marzo de 2006, la libertad inmediata del antes nombrado.

Se conoce también que los demandantes Libia Elena Zúñiga Gaviria, Rocío Ximena, Lady Marisol y Jhony Fernando Muñoz Zúniga, Julieth Andrea Muñoz Macías y Yesika Tatiana Burbano Muñoz, esposa, hijos y nietas del señor Justo Pastor Muñoz Martínez resultaron igualmente afectados, pues las reglas de la experiencia, permiten inferir el sentimiento de pena por el encarcelamiento de un pariente cercano.

4.5. La imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si resulta imputable jurídica o fácticamente a la demandada o no, aspecto este que constituye el núcleo del recurso de apelación formulado, porque se insiste, la parte actora adujo que la privación de la libertad a la cual fue sometido el señor Justo Pastor Muñoz Martínez fue injusta y, en consecuencia, solicita que se declare la responsabilidad patrimonial de la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación por los perjuicios que le causó tal medida.

4.5.1. Valorado el conjunto material probatorio, ha de decirse que se encuentran acreditados en el presente caso los siguientes hechos:

El 15 de abril de 2002, el Fiscal Seccional de Almaguer-Cauca (i) impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al señor Justo Pastor Muñoz Martínez y (ii) declaró que el antes nombrado no tenía derecho a la libertad provisional y debía ser suspendido en el ejercicio del cargo docente. Lo anterior, en atención a las

circunstancias de agravación punitiva dadas por la posición del procesado –docente-, la vulnerabilidad de las víctimas –menores de 10 años-, la transgresión de normas que protegen el interés jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales y el concurso homogéneo y sucesivo de las conductas punibles puestas en conocimiento:

Por cuestiones de favorabilidad se dará aplicación ultraactivamente al art. 305 del C. Penal Derogado, pues su tratamiento punitivo es más benigno; y de otro lado, también lo será en las circunstancias de agravación punitiva específicas consagradas en el art. 306-2º y 5º ibídem. Aquel prevé una pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años, y este último agravación en la pena de una tercera parte a la mitad, para el caso en particular en análisis, por la situación especial (carácter) determinada por la categoría que da el status de educador (posición) del inculpado, que necesariamente le suministró autoridad sobre las víctimas, pues de seguro que en otra persona no hubieren sido permitido tan reprochable actitud. Asimismo, por haberse realizado la conducta sobre menores de 10 años, para el tiempo de los hechos.

La pesquisa nos muestra un actuar consuetudinario del inculpado, enfocado al quebrantamiento de las normas que protegen el interés jurídico de la Libertad, integridad y formación sexuales. Ello indica su propensión a tales quehaceres libidinosos, especialmente con menores de edad, que ha repercutido hondamente en nuestro medio social. Tal examen permite proyectar la probabilidad de reiteración delictiva, y en consecuencia, el peligro a que potencialmente queda sujeta la comunidad.

Ante tales especiales circunstancias modales el interés general debe prevalecer sobre el individual del inculpado, y en tal razón hacer viable la imposición de medida de aseguramiento.

En ese orden de ideas, y atendiendo los lineamientos del art. 357-2 del C. de P. Penal vigente, la medida a imponer será de detención preventiva, sin derecho a libertad provisional, pues el aspecto subjetivo o quantum punitivo mínimo exigido por el art. 365-1 ibídem (en concordancia con el art. 63 del C. Penal) no se estructura. Al estar en un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles, la pena oscilaría en 2 años, un día y 10 años; y con el agravante entre 2.8 años y 15 años. En ese sentido, al seguir los lineamientos del art. 61 del C. de P. Penal, por concurrir circunstancias de atenuación y agravación punitivas consagradas en los artículos 55-1º y 58-7 y 9 del C. Penal vigente (aquél se predica de la carencia de antecedentes penales; y estos en cuanto su relación social con el medio y su cargo distinguido le imponía ciertas obligaciones con sus menores alumnas y la comunidad en general, contrarias a las asumidas), sólo sería posible moverse dentro de los cuartos medios. En ese orden de ideas, el pronóstico efectuado sobre la pena a imponer, superaría los 3 años de prisión (f. 61-65 c. pbs. 1).

El 9 de agosto de 2002, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán confirmó las decisiones de 15 de mayo y 27 de junio de 2002 que denegaron la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesaba en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez y la libertad provisional. Lo anterior, fundado en la necesidad de proteger a la comunidad escolar, en especial, a las menores de edad víctimas y en las circunstancias de agravación punitiva que permitían cumplir los supuestos de procedencia de la medida de aseguramiento establecidos en el numeral 1º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal.

De acuerdo con lo anterior resulta claro que la procedencia genérica de la detención preventiva se ha sujetado a que en cada caso se valore la necesidad de la misma, en atención a los fines que le son propios, de acuerdo con la carta de navegación constitucional y con el artículo 355 ritual.

*Aplicando lo anterior al caso sometido a examen encontramos que los delitos que se le imputan al señor Justo Pastor Muñoz Martínez se encasillan en la figura de actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años, establecido en el artículo 209 del Código Penal, que conmina penas de prisión de tres (3) a (5) años, pero que le convergen las circunstancias agravantes del artículo 211 Numerales 2º y 4º *Ibídem*, porque el responsable tenía carácter posición o cargo que le otorgaba particular autoridad sobre las víctimas o las impulsaba a depositar en él su confianza; lo mismo por haberse realizado los actos abusivos sobre personas menores de doce años.*

Al realizarse un pronóstico anticipado de la pena mínima legal aplicable en cada uno de los eventos típicos que se le imputan, resultaría un mínimo igual a cuatro (4) años de prisión, porque la circunstancia de agravación aumenta la sanción de una tercera parte a la mitad, lo cual traduce la procedencia de la medida de aseguramiento por el numeral 1º del artículo 357 del Código de Procedimiento Penal (.....).

No podemos acudir a sentimientos humanistas particulares para revocar la medida detentiva al señor Justo Pastor Muñoz Martínez, cuando toda una colectividad de menores que trasuntan etapas de formación sexual y de capacitación académica básica pueden estar en peligro inminente de ser víctimas, como ya lo han sido más de cinco jovencitas de la comunidad educativa del centro docente de educación básica “La Herradura” de Almaguer-Cauca. Por ello, fuerza confirmar los proveídos que niegan aquellas revocaciones (f. 95-112 c. pbas. 1-mayúscula sostenida excluida del texto).

El 13 de septiembre de 2004, la Fiscalía Seccional de Almaguer-Cauca (i) profirió resolución de acusación en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez “*como penalmente responsable de un concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años*”; (ii) revocó el beneficio de libertad provisional que en etapa sumaria se le había otorgado y (iii) libró la correspondiente orden de captura (f. 191-199 c. pbas. 2-mayúscula sostenida excluida del texto).

El 19 de enero de 2005, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán, mediante decisión de 19 de enero de 2005, declaró la nulidad de la decisión interlocutoria de 13 de septiembre de 2004 y señaló que el señor Justo Pastor Muñoz Martínez tenía derecho a continuar disfrutando del beneficio de libertad provisional por la causal 4ª del artículo 365 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior, en aplicación de la sentencia C-641 de 13 de agosto de 2002, emanada de la Corte Constitucional, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso 2º del artículo 187 del entonces Código de Procedimiento Penal:

La Fiscal que profirió la resolución que se revisa fue infiel a sus deberes profesionales cuando escuetamente irrogó resolución acusatoria en contra de Justo Pastor Muñoz Martínez, sin antes valorar detalladamente las pruebas orales que le sirvieron de fundamento para establecer los hechos incriminadores de supuestos abusos sexuales en relación a las menores (.....), así como tampoco se explicaron las razones por las

cuales se desatendían las disculpas, excusas o defensas materiales y técnicas expuestas (f. 253-284 c. pbas. 2-mayúscula sostenida excluida del texto).

El 16 de enero de 2006, la Fiscalía Seccional de Almaguer (i) profirió resolución de acusación en contra del sindicado Justo Pastor Muñoz Martínez como autor de un concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años y (ii) revocó el beneficio de libertad provisional y ordenó, en consecuencia, la captura del antes nombrado (f. 298-309 c. pbas. 2).

El 9 de febrero de 2006, el Fiscal Seccional de Almaguer, mediante proveído de 9 de febrero de 2006, se abstuvo de revocar la medida de aseguramiento impuesta al señor Pastor Muñoz Martínez. Para adoptar esa decisión adujo que (i) ya se había analizado el planteamiento de la defensa en la providencia de 15 de abril de 2002, que resolvió la situación jurídica del antes nombrado e impuso medida de aseguramiento. Decisión confirmada, tanto por el mismo funcionario, como por el superior, quienes enfatizaron en la necesidad de la detención y el cumplimiento de las exigencias normativas para la privación de la libertad y (ii) desde la perspectiva del procesado y del principio de favorabilidad, no procedía la revocatoria solicitada, en especial, porque la conducta punible reprochada se cometió en concurso heterogéneo:

Procede el despacho a pronunciarse en relación con el escrito que antecede, signado por el dr. Efrén Bermúdez Rengifo, defensor de confianza del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, y en el cual impetra la revocatoria de la medida de aseguramiento que afronta su asistido, y la concesión de libertad inmediata, sin caución alguna, invocando para ello el principio de favorabilidad vertido en el art. 29 de la Constitución Política, estimando en su sentir que "es ubicable en el artículo 305 de la Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 360 de 1997 (Art.7) y no en la Ley 599 de 2000, porque los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la ley". Aporta el memorialista-defensor respetables pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de fechas: Noviembre 30 de 2001 y de Octubre 20 de 2005, respectivamente.

(.....) Pues, bien, la situación actual que cobija al inculcado Justo Pastor Muñoz Martínez podríamos decir en cierta manera que tiene visos de cosa juzgada, habida consideración que existe un pronunciamiento anterior nugatorio de este despacho a los intereses del procesado. El proveído calendado abril 15 de 2002, por cuya virtud se resolvió la situación jurídica de Justo Pastor Muñoz Martínez, profiriendo detención preventiva en su contra, se encuentra en firme, vale decir vigente, plenamente ejecutoriado. Fue impugnada por el Dr. Weiman Luder Guzmán Calvache, otrora defensor de Muñoz Martínez, quien deprecó la revocatoria de la medida en mención e instó a que de manera subsidiaria y alternativa se la sustituyera por "detención domiciliaria". En resolución de mayo quince (15) de dos mil dos (2002), impartida por este despacho, no se accedió a la pretensión principal de revocatoria de la medida, sino que en el numeral segundo del mentado proveído se la sustituyó por detención domiciliaria. Posteriormente, la providencia interlocutoria de mayo 15 de 2002 que negó la revocatoria de la Resolución de abril 15 de 2002, fue apelada y correspondió su estudio, examen y análisis, enalzada a la Fiscalía Quinta Delegada ante el H. Tribunal Superior, Segunda Instancia, Radicación 2603-2630, a cargo del dr. Silvio Castrillón Paz, quien de manera muy ponderada e ilustrativa acerca del aspecto de la necesidad

de la detención y de las exigencias del artículo 357 del C. de P.P., Resolvió confirmar la Resolución de mayo 15 de 2002, lo cual deviene tácitamente en confirmar la inicial detención intramural, dispuesta en providencia de abril 15 de 2002.

Hecho el recorrido anterior, atengámonos para su estudio a lo que plantea el Dr. Efrén Bermúdez Rengifo. Según el criterio del defensor, la pena que conlleva la ilicitud es de dos (2) a cinco (5) años de prisión, que agravada conforme al artículo 306 ibídem, se elevaría la mínima a cuatro (4) años de prisión, con lo cual no procedería la detención preventiva, conforme a la aplicación de la Ley 906 de 2004 o nuevo proceso penal acusatorio.

Si en gracia de discusión aceptáramos el criterio del defensor, que estriba en que la pena a imponer es de 2 a 5 años de prisión, porque los hechos tuvieron ocurrencia antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000. Así la pena a imponer en el caso concreto (el que nos ocupa) sería de 2 a 5 años, pero como es agravada, aumentada en la mitad quedaría cuatro (4) años. Partiendo del enfoque que nos pone de presente la defensa: de 2 a 5 años y concediendo la garantía de la Ley tercera, es decir, por favorabilidad, aplicar el aumento punitivo para el tipo agravado de la Ley 599, que es de un tercio a la mitad, vale decir, a los dos (2) años no aumentarle la mitad, sino una tercera parte, nos daría de 2 años, 6 meses y 20 días, aproximadamente; pero se hace necesario recordar que la conducta punible se cometió "en concurso heterogéneo", toda vez que fueron seis (6) las menores ofendidas y que a la luz del artículo 31 del Código Penal, el concurso se penaliza aumentando la pena mas grava hasta en otro tanto, lo que nos daría una pena a imponer de cinco (5) años y meses y unos días. Tasación punitiva que al tenor de los artículos 313 y 315 de la Ley 906 de 2004 es superior a la que establecen las anteriores disposiciones normativas donde no tiene cabida la medida de aseguramiento.

De suerte que, ni en la perspectiva que nos presenta el defensor, ni conforme al criterio de favorabilidad a que ha dado origen el estudio y el alcance "encontrado" de los artículos 313 y 315 de la Ley 906 de 2004, tenemos que no es posible la revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva que pesa intramuralmente en contra de Justo Pastor Muñoz Martínez (f. 17-19 c. pbas.-mayúscula sostenida excluida del texto).

El 15 de febrero de 2007, el Fiscal Primero Seccional de Almaguer Delegado ante los Jueces Penales del Circuito certificó que (i) el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado en contra el proveído de 9 de febrero de 2006, fue declarado desierto por falta de sustentación y (ii) el trámite de notificación de la anterior decisión y de la impugnación de la resolución de acusación fue el siguiente:

Marzo 2 de 2006. *Constancia y al Despacho. Informando que el recurso de apelación interpuesto contra la providencia adiada el 9 de febrero-06, mediante la cual se negó la revocatoria de la medida de aseguramiento al sindicado, propuesto por el defensor de confianza, no fue sustentado.*

Marzo 2 de 2006. *Resolución declarando desierto el recurso de apelación.*

Marzo 2 de 2006. *Despacho comisorio para la notificación al sindicado Justo Pastor Muñoz Martínez, de la resolución declarando desierto el recurso de apelación interpuesto por su defensor. Aparecen oficios citación número 062 al doctor Pedro Alberto Vaca, parte civil. Oficio. 061 para el doctor Efrén Bermúdez Rengifo, defensor de confianza del sindicado.*

Marzo 6 de 2006. *Constancia del despacho, dejando el expediente en secretaría a disposición de los sujetos procesales no recurrentes, por el término de 4 días hábiles, respecto del recurso de apelación interpuesto contra la providencia adiada el 18 de*

enero de 2006 y mediante la cual se calificó el mérito del sumario, con resolución de acusación en contra del sindicado.

Marzo 7 de 2006. Constancia del despacho en el que informa que el original del expediente fue entregado a la Sala del Honorable Tribunal Superior de Popayán, quien lo solicitó para efectos de pronunciarse en relación a la Acción de Tutela formulada por el defensor de confianza del sindicado.

Marzo 28 de 2006. Constancia de que fueron recibidos los dos tomos originales procedentes del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán. Así mismo se encuentra en espera para los trámites de ejecutoria de la resolución por medio de la cual se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor contra la providencia por la cual no se revocó la medida de aseguramiento del sindicado. Oportunamente, se enviará a la Fiscalía Delegada ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para que decida sobre la impugnación de la resolución de acusación adiada el 16 de enero de 2006.

El señor Justo Pastor Muñoz Martínez no compareció ante la Secretaría Administrativa para efectos de la notificación de la resolución declarando desierto el recurso de apelación propuesto por su defensor, en contra de la resolución de no revocatoria de la medida de aseguramiento.

Abril 3 de 2006. El defensor de confianza del sindicado se notificó personalmente del contenido de la resolución de declarar desierto el recurso de apelación interpuesto contra la providencia que decretó medida de aseguramiento de su prohijado.

Abril 19 de 2006. Nota de recibido del despacho comisorio enviado a Secretaría Administrativa de la Dirección Seccional de Fiscalías de Popayán, por la cual se solicitaba la notificación personal de la resolución por la cual se declaró desierto el recurso de apelación propuesto por el defensor de confianza del sindicado.

Abril 20 de 2006. Fijación del estado número 030 para la notificación de las partes restantes o que no se notificaron en forma personal sobre la resolución por la cual se declaró desierto el recurso de apelación en contra de la providencia que niega la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Abril 25 de 2006. Ejecutoria de la resolución por la cual se declaró desierto el recurso de apelación.

Abril 26 de 2006. Concediendo en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el defensor de confianza del sindicado, contra la providencia mediante la cual se decretó resolución de acusación, adiada el 16 de enero de 2006. Se remite el cuaderno original del proceso a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

Por lo anterior y hasta la fecha, dicho Estrado Judicial no se ha pronunciado con relación al recurso de apelación interpuesto contra la providencia mediante la cual se acusó al sindicado (f. 6-8 c. pbas.-mayúscula sostenida excluida del texto).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante providencia de 6 de marzo de 2006, (i) tuteló, como mecanismo transitorio, “al señor Justo Pastor Muñoz Martínez, el derecho fundamental al debido proceso, vulnerado por la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, radicada en Almaguer-Cauca” y (ii) ordenó a ese despacho judicial disponer de la libertad inmediata del antes nombrado.

El juez de tutela aclaró que el amparo se concedía como mecanismo transitorio hasta que el superior “desate la apelación interpuesta por el señor defensor de Justo Pastor Muñoz Martínez, en contra de la providencia dictada el 9 de febrero de 2006”. Teniendo en cuenta que (i) la disposición del concurso de conductas punibles se aplica una vez establecida la responsabilidad penal y no para efectos de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 313 de la ley 904 de 2004, porque estaría violando el principio de presunción de inocencia y (ii) el delito por el cual se procedió no tenía una pena cuyo mínimo excedía de 4 años:

Clausurada la investigación y repuesta la actuación militada por la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, la Fiscalía a que se ha hecho mención, el 16 de enero de 2006, folios 298 del segundo cuaderno, calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, como presunto responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, a que alude el art. 209 del Código Penal, en concurso, revocando el beneficio de la libertad provisional y ordenando la captura de aquel, la cual se hizo efectiva el 2 de febrero de 2006. Dicha Resolución de Acusación fue objeto del recurso de apelación por parte del señor defensor.

El 3 de febrero de 2006, el señor defensor de Justo Pastor Muñoz Martínez solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesa en contra de este, señalando que la conducta punible debía ser ubicada en el artículo 305 de la Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 360 de 1997 y no en la Ley 599 de 2000, ya que los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de dicha ley. El hecho ilícito conlleva - entonces - una pena de 2 a 5 años de prisión que, agravada conforme al art. 306 ibídem, elevaría la mínima a 4 años de prisión, con lo cual no procedería la detención preventiva conforme a lo dispuesto en la ley 906 de 2004.

Cuando se presentó la demanda de tutela, el 16 de febrero de 2006, ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Popayán, el cual la remitió por competencia, a esta Corporación, es obvio que el actor no estaba enterado de la resolución de tal petición.

Ello ocurrió, el 9 de febrero de 2006, fecha en que la Fiscalía Seccional de Almaguer Cauca, folios 360 del segundo cuaderno, resolvió de manera negativa, la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento impetrada por el señor defensor de Justo Pastor Muñoz Martínez, exponiendo las siguientes consideraciones:

Luego de hacer un recuento de la actuación procesal relacionada con el decreto de la medida de aseguramiento a que se ha aludido, señala que la Fiscalía, el 15 de mayo de 2002, negó la revocatoria de la Resolución del 15 de abril de 2002, providencia que fue apelada y confirmada por la Fiscalía Delegada ante esta Corporación, la cual estudió de manera ponderada el aspecto de la necesidad de la detención y de las exigencias del art. 357 del Código de P. Penal.

Agrega que si en gracia de discusión, se aceptara el criterio del defensor de que la pena a imponer es de 2 a 5 años de prisión, porque los hechos tuvieron ocurrencia antes de entrar en vigencia la Ley 599 de 2000, en el caso concreto, la misma se aumentaría en la mitad para quedar en 4 años, pero aun aplicándole la garantía de la ley tertia por favorabilidad, aumentando al mínimo, no la mitad, sino un tercio, quedaría en 2 años, 6 meses y 20 días, pero como la conducta punible se cometió en concurso heterogéneo, toda vez que fueron seis las menores ofendidas y a la luz del art. 31 del Código Penal, el concurso se penaliza aumentando la pena más grave hasta en otro tanto, quedaría una pena a imponer de cinco años y algunos meses y días, la que resulta superior a la que establecen los artículos 313 y 315 de la ley 906 de 2004, razón por la que no procede la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Dicha providencia fue notificada a los sujetos procesales, siendo apelada, el 17 de febrero de 2006, por el señor defensor de Justo Pastor Muñoz Martínez, folios 389 *ibídem*. La demanda de tutela, como se ha indicado, fue avocada por esta Sala, el 20 de febrero del corriente año.

Quando se promueve la Acción de Tutela contra providencias o acciones judiciales, debe tenerse en cuenta que la acción extraordinaria no procede de manera general sino excepcional, cuando el actor no dispone o no dispuso, de otro medio de defensa judicial, ya que la regla general indica que el sistema jurídico cuenta con mecanismos idóneos de ser invocados ante los Jueces, a fin de proteger, de manera efectiva, sus intereses jurídicos.

Además del carácter subsidiario que tiene la Tutela, el principio constitucional de la autonomía funcional de los Jueces, que busca evitar todo tipo de presiones sobre las decisiones que estos deben adoptar, sirve de soporte constitucional a la regla general de la improcedencia de la acción frente a providencias judiciales.

Pero, excepcionalmente, es posible apelar a la Tutela cuando la respectiva autoridad judicial ha incurrido en una dilación injustificada de los términos judiciales, cuando se está frente a actuaciones de hecho por parte del funcionario judicial, es decir, aquellas que constituyen una vía de hecho y cuando la decisión judicial pueda causar un perjuicio irremediable que se pueda evitar en forma transitoria por la vía de la Tutela. La vía de hecho se configura cuando la respectiva autoridad ha incurrido en violación flagrante del ordenamiento jurídico con lo cual desconoce o amenaza un Derecho Fundamental.

En este evento, como se observa, los hechos de que se ha dado cuenta en la demanda de tutela, cuentan con un ingrediente nuevo en la aclaración o complementación de la misma, presentada por el actor de tutela ante esta Corporación. En efecto, cuando se presentó la demanda de tutela, se dio cuenta de haber sido dictada la Resolución de Acusación en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, el 16 de enero de 2006, decisión en contra de la cual el señor defensor (hoy actor de tutela) interpuso Recurso de Apelación. De igual manera, el mencionado profesional del derecho solicitó al Fiscal instructor que antes de que concediera el recurso, revocara la medida de aseguramiento, por cuanto contra la conducta imputada no procedía dicha medida, de acuerdo con lo previsto en la Ley 906 de 2004.

En dicha demanda, se consignó que la mencionada solicitud había sido elevada el 3 de febrero de 2006 y que desde dicha fecha hasta aquella en la cual se presentó la demanda, habían transcurrido "más de seis días, sin que se hubiere obtenido respuesta alguna, desconociendo el señor Fiscal el contenido del art. 168 del C. de P. Penal.". Sin embargo, con posterioridad, se acreditó que la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal de Bolívar Cauca, radicada en Almaguer, si había resuelto la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento intentada por el señor apoderado judicial del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, dictando la correspondiente providencia el 9 de febrero de 2006, la cual le fue notificada al defensor, el 17 de febrero de 2006, fecha en la cual éste interpuso el recurso de apelación en contra de la misma.

Significa lo anterior que, en principio, no se podría intentar la acción extraordinaria, al mismo tiempo con el mecanismo judicial idóneo para controvertir la decisión del señor Fiscal accionado, de no acceder a revocar la medida de aseguramiento dictada en contra del señor Justo Pastor Muñoz Martínez, toda vez que la acción de tutela es un mecanismo residual, que tan sólo opera, cuando no existe la vía judicial idóneo para tutelar un derecho fundamental vulnerado o amenazado.

Pero, como fue propuesta aquella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, debe analizarse el punto en aras de decidir si en este caso, procede la acción extraordinaria con tales connotaciones. Lo anterior, por cuanto si se afecta la libertad de una persona con una medida de aseguramiento que ostensiblemente se demuestre que no procede, creemos debe tutelarse tal derecho, de manera transitoria,

mientras el Fiscal competente decide la apelación respectiva, ya que en tal caso se configuraría un perjuicio irremediable, cual es, la pérdida injusta de la libertad personal.

El delito por el que se procede -en concurso- en este evento, lo ubica el defensor en el artículo 305 del decreto 100 de 1980, en concordancia con lo dispuesto en el 306 ibidem, lo cual implicaría que la pena señalada en la ley, estaría entre 32 meses como mínimo y 7 años y medio como máximo, sin embargo, en la Resolución de Acusación, providencia que está apelada pero que constituye el eje central de la imputación, la conducta fue ubicada en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, que la sanciona con una pena de 3 a 5 años de prisión, la que debe aumentarse de una tercera parte a la mitad, ya que concurre la aplicación del artículo 211, ibidem, con lo cual la pena mínima se ubicaría en 4 años de prisión y la máxima, en 7 y medio años.

Es verdad que se trata de un concurso de conductas punibles, y por tanto, al dosificar la pena, aquel estaría sujeto a la disposición que establezca la más grave, aumentada hasta otro tanto, pero esta disposición, se aplica una vez establecida la responsabilidad penal y no para efectos de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 313 de la ley 904 de 2004, porque estaría violando el principio de presunción de inocencia.

Entonces, en aquel evento, el delito (en concurso) por el cual se procede, tiene señalada en la ley una pena mínima de 4 años de prisión, con lo cual no procedería la medida de detención preventiva, toda vez que para que proceda dicha medida en, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 313 de la ley 906 de 2004, que se aplicaría por favorabilidad, según jurisprudencia ya aceptada, el delito por el que se procede debe tener una pena cuyo mínimo exceda de 4 años y en este caso ese sería el límite.

Por tales razones, debe concederse la tutela de la referencia como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, hasta tanto el señor Fiscal Delegado ante esta Corporación, desate la apelación interpuesta por el señor defensor de Justo Pastor Muñoz Martínez, en contra de la providencia dictada el 9 de febrero de 2006, por el señor Fiscal Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, radicado en Almaguer Cauca, mediante la cual se resolvió negativamente, la petición de revocatoria de la medida de aseguramiento de detención preventiva dictada en contra de aquel, como presunto responsable del delito de los actos sexuales con menor de 14 años, en concurso de conductas punibles (f. 25-44 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 15 de marzo de 2006, la Fiscalía Primera Seccional de Almaguer Delegada ante los Jueces Penales del Circuito le informó al Director del C.T.I. que *“la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán declaró la nulidad de la resolución interlocutoria, por la cual se calificó el mérito del sumario en contra de Justo Pastor Muñoz Martínez, con resolución de acusación. Por lo anterior, dicho Estrado Judicial le otorgó la libertad, quedando así sin vigencia la orden de captura”* (f. 17 c. ppl.-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 11 de abril de 2007, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Popayán confirmó la resolución de acusación y evidenció que *“no puede dejarse de mencionar que el Tribunal Administrativo de Popayán tuteló, como mecanismo transitorio, al señor Justo Pastor Muñoz Martínez el derecho fundamental al debido proceso, al parecer vulnerado por la Fiscalía Seccional de Almaguer, y como consecuencia de ello, ordenó a dicho despacho disponer la libertad inmediata de aquel”*. Por lo anterior, se *“debe*

entender revocado también el punto tercero de esa resolución, fechada el día quince de abril de 2002, que disponía solicitar a la Secretaría de Educación Departamental suspenderlo del ejercicio del cargo a fin de poder hacer efectiva la medida de aseguramiento. Por tanto esa orden queda sin efecto, y así debe comunicarse a esa entidad oficial” (f. 471-499 c. pbas. 2-mayúscula sostenida eliminada del texto).

El 29 de julio de 2008, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán confirmó la decisión de 28 de agosto de 2007, mediante la cual no se accedió a declarar la nulidad de lo actuado en el proceso penal por motivos de prescripción:

De lo anterior se puede colegir que el concurso de conductas punibles agravadas de actos sexuales con menor de catorce años tuvo ocurrencia entre los años 2000 a 2001.

Desde la fecha de consumación del concurso agravado de conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años (año 2000), a la fecha en que se produjo la resolución de acusación, esto es, el 11 de abril de 2007, habían transcurrido 7 años, 4 meses y 11 días, razón suficiente para afirmar que no se había superado el lapso prescriptivo de los 7 años y 6 meses (f. 4-10 c. trámite del recurso de apelación contra la decisión que negó la nulidad del proceso).

El 26 de junio de 2012, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar-Cauca, mediante sentencia de 26 de junio de 2012, (i) condenó al señor Justo Pastor Muñoz Martínez a 72 meses de prisión y a inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la pena principal y (ii) declaró que no procedían “*la suspensión condicional de la ejecución de la pena acorde con el art. 63 del C.P., ni la prisión domiciliaria conforme al art. 38 del C.P. (...); en consecuencia, purgará la pena en establecimiento carcelario que determine la dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC*”.

En este pronunciamiento se estableció que (i) las normas aplicables al punible referenciado, que tuvo ocurrencia entre los años 2000 y 2001, fueron las Leyes 599 de 2000 –Código Penal- y 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal- y (ii) el delito, por su entidad, comportaba una “*sanción de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses*”:

En ese orden de ideas, el Despacho considera que teniendo los criterios de ponderación y los términos de la acusación, la gravedad de la conducta ya que se está afectando la libertad sexual, que las víctimas son niñas de tan sólo 11 años de edad, que se les ha ocasionado un daño real, que la conducta se efectuó con un dolo directo, con intencionalidad de llevarlo a cabo, que se utilizó el cargo público de docente para someterlas al punible, la pena privativa de la libertad se fija en 72 meses de prisión, la cual considera el Despacho tiene funciones de prevención general, prevención especial, retribución justa y reinserción social.

(.....) Para tener derecho al subrogado que trata el art. 63 del Código Penal, se deben llenar dos requisitos: a) Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años y b) Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena.

(.....) En el primer asunto se observa que el requisito no se cumple, ya que la pena impuesta es superior al límite que se señala, razón por la cual no es necesario analizar el otro requisito.

Tampoco opera para el procesado la prisión domiciliaria, por cuanto tampoco se dan los requisitos del artículo 38 del Código Penal, dado que el requisito objetivo se cumple, y con esta clase de actos tampoco puede pensarse en el cumplimiento del segundo requisitos, es decir, que del desempeño personal, laboral, familiar, se pueda inferir que el condenado colocará en peligro a la comunidad, principalmente a la comunidad educativa, aprovechándose de su posición de docente para continuar realizando actos que atentan contra la libertad y el pudor sexual de las menores (f. 753-7752 c. pbas. 2).

La sentencia condenatoria “fue notificada mediante Edicto número 009, el cual fue fijado el día 3 de julio de 2012 y desfijado el día 5 del mismo mes y año” (f. 112 c. habeas corpus).

El 24 de julio de 2012, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar-Cauca declaró “desierto el recurso de apelación interpuesto por el defensor en contra de la sentencia condenatoria de fecha 26 de junio del año 2012 fundado en que el abogado Efrén Bermúdez Rengifo no sustentó el recurso de alzada dentro del término otorgado para ello” (f. 113-114 c. habeas corpus).

Según constancia secretarial del Juzgado Promiscuo del Circuito de Bolívar-Cauca, de 9 de agosto de 2012, la sentencia condenatoria del señor Justo Pastor Muñoz Martínez está “debidamente notificada y ejecutoriada por no haberse sustentado el recurso de apelación por el apoderado de confianza dentro del término de traslado, razón por la cual fue declarado desierto, mediante auto de sustanciación de fecha 24 de julio de 2012, providencia que fue debidamente notificada y contra la cual no se interpuso el recurso legalmente” (f. 114 c. habeas corpus).

El 7 de diciembre de 2012, el señor Justo Pastor Muñoz Martínez fue capturado y el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán legalizó su detención (f. 110, 114 c. habeas corpus).

En el *sub judice* los demandantes consideran que el señor Justo Pastor Muñoz Martínez fue víctima de una falla del servicio por error judicial por parte de la Fiscalía Seccional de Almaguer-Cauca, que implicó que fuera privado de la libertad en el interregno comprendido entre el 3 de febrero y el 7 de marzo de 2006, por una conducta punible que no tenía prevista la medida de detención preventiva.

Explican que la Fiscalía Seccional de Almaguer, mediante proveídos de 16 de enero y 9 de febrero de 2006, (i) profirió resolución de acusación en contra del señor Muñoz Martínez; (ii) revocó el beneficio de la libertad que venía gozando de tiempo atrás el antes nombrado y, en consecuencia, ordenó su captura; (iii) confirmó la anterior medida de aseguramiento y (iv) cerró toda posibilidad de sustitución de la detención intramural.

Estiman que las anteriores decisiones no consideraron que el delito de actos sexuales con menor de catorce años, previsto en el artículo 305 del Código Penal –Decreto ley 100 de 1980-, tenía una pena mínima de dos (2) años que no daba lugar, en los términos del numeral 2º del artículo 313 de la Ley 906 de 2004 –norma procesal más favorable-, a la medida de detención preventiva -cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro (4) años-.

Añaden que el hecho de que el delito investigado se hubiera calificado como agravado y cometido en concurso heterogéneo no daba lugar alterar el mínimo de la pena establecido en el aludido artículo 305 del Código Penal, con miras a demostrar la procedencia de la medida de aseguramiento, ya que ese ejercicio sólo es procedente cuando se establece la responsabilidad penal.

Puntualizan que el anterior argumento fue acogido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, instancia que, en sede de tutela, amparó, como mecanismo transitorio, al señor Muñoz Martínez el derecho fundamental al debido proceso. Hecho que pone de relieve la falla del servicio por error judicial que se alega en el plenario.

Para entrar a analizar el problema jurídico resulta pertinente analizar los supuestos fácticos de relevancia, a efectos de determinar en el *sub lite* si es posible derivar responsabilidad del Estado y, concretamente, condenar a la Nación-Fiscalía General de la Nación a la indemnización de los perjuicios causados, con ocasión de la privación de la libertad que padeció el señor Justo Pastor Muñoz Martínez.

En el *sub exámine* se probó que, el 26 de junio de 2012, el señor Justo Pastor Muñoz Martínez fue encontrado responsable de la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años, agravado y en concurso material y homogéneo, lo que dio lugar a una condena principal de setenta y dos meses de prisión, sin beneficios de suspensión condicional de la ejecución de la pena o detención domiciliaria.

Pronunciamiento que, finalmente, estableció que (i) las normas aplicables al punible referenciado, que tuvo ocurrencia entre los años 2000 y 2001, eran las Leyes 599 de 2000 –Código Penal- y 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal- y (ii) el delito, por su entidad, comportaba una *“sanción de prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses”*. Disposiciones y mínimo punitivo que, en un principio, mostrarían una concordancia y despejarían cualquier duda con relación a la racionalidad de la medida de aseguramiento que se impuso, por cuanto el artículo 357 de la Ley 600 de 2000 dispone que hay lugar a ella cuando *“el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años”*.

En este punto, es preciso evidenciar, que la duda que se suscitó con relación a la procedencia de la detención preventiva no fue resuelta por el juez natural, por cuanto el señor Justo Pastor Muñoz Martínez no sustentó, en oportunidad, el recurso de apelación que interpuso en contra el proveído de 9 de febrero de 2006, que no revocó la medida de aseguramiento, ni concedió su libertad provisional. Situación que implicó que un fallo de tutela, otorgado como mecanismo transitorio, determinara la libertad del antes nombrado.

En efecto, la decisión de tutela, que favoreció la libertad del aquí demandante y sirvió de apoyo en el *sub lite* para alegar una posible falla por error judicial, se concedió como mecanismo transitorio mientras el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán *“desata la apelación interpuesta por el señor defensor de Justo Pastor Muñoz, en contra de la providencia dictada el 9 de febrero de 2006, por el señor Fiscal Delegado ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, radicado en Almaguer-Cauca”*.

Como el recurso de apelación fue declarado desierto, la libertad dispuesta en sede de tutela, como mecanismo transitorio, se mantuvo en el proceso penal, tal como se observa en el pronunciamiento que confirmó la resolución de acusación, de 11 de abril de 2007, en el que se indicó que *“no puede dejarse de mencionar que el Tribunal Administrativo de Popayán tuteló, como mecanismo transitorio, al señor Justo Pastor Muñoz Martínez el derecho fundamental al debido proceso, al parecer vulnerado por la Fiscalía Seccional de Almaguer, y como consecuencia de ello, ordenó a dicho despacho disponer la libertad inmediata de aquel”*.

De otra parte, es pertinente señalar, que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que cuando las víctimas son menores de edad, se deben activar diversos instrumentos de

protección³³, como ocurrió con la medida preventiva de la libertad cuestionada y la no revocatoria de la misma, pues, conforme al principio de prevalencia del interés superior, las soluciones que se adopten deben garantizar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes y la plena satisfacción de todos sus derechos, tal como lo dispone el ordenamiento patrio³⁴, los tratados internacionales³⁵, y la reiterada jurisprudencia constitucional³⁶.

Para la Sala, además de lo anterior, es claro que la detención preventiva que afrontó el señor Justo Pastor Muñoz Martínez, entre el 3 de febrero y el 7 de marzo de 2006, no es injusta, por cuanto la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, agravada y en concurso material y homogéneo existió y es constitutiva de delito y el sindicado la cometió, al punto que fue condenado a setenta y dos meses de prisión. De manera que el daño alegado en la demanda por la privación de la libertad del antes nombrado no es antijurídico y, en ese orden, estaría en el deber de soportarlo. Tanto es así, que el interregno de tiempo referenciado se debió tomar como parte cumplida de la pena de prisión que se le impuso.

Respecto de lo último, el artículo 361 de la Ley 600 de 2000 señaló que:

ARTICULO 361. COMPUTO. El término de detención preventiva se computará desde el momento de la privación efectiva de la libertad.

Cuando simultáneamente se sigan dos (2) o más actuaciones penales contra una misma persona, el tiempo de detención preventiva cumplido en uno de ellos y en el que se le hubiere absuelto o decretado cesación de procedimiento o preclusión de la investigación, se tendrá como parte de la pena cumplida en el que se le condene a pena privativa de la libertad.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que se puede abonar a la condena no solo el tiempo de la detención preventiva intramural, sino la domiciliaria:

2.4 El artículo 68 del Código Penal, Ley 599 de 2000, contempla la reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave, para los condenados a pena privativa de la libertad, eventualidad en la cual el beneficiario debe garantizar bajo caución el cumplimiento de las mismas obligaciones que adquiere para acceder a la detención domiciliaria.

³³ Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 41948, M.P. Eyder Patiño Cabrera.

³⁴ El artículo 44 de la Constitución Política.

³⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño- artículo 3º-, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991 y ratificada el 20 de febrero del mismo año; el Acto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 24-1; la Convención Americana de Derechos Humanos –artículo 19-; la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño –Principio 2- y, también, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –artículo 25-2-.

³⁶ Sentencias T-408 de 1995, T-514 de 1998 y T-979 de 2001, entre otras.

Si ello es así, es decir, si los condenados que padezcan grave enfermedad pueden purgar la pena privativa de la libertad en su residencia, sería un contrasentido que los sindicados –de quienes aún se predica la presunción de inocencia- no puedan abonar el tiempo que permanecen en su casa, con suspensión de la detención por grave enfermedad, a la condena privativa de la libertad que llegare a imponérseles (...).

Así las cosas, se tomará como parte cumplida de la pena de prisión, el tiempo que D... S... G... permaneció en su casa, por efecto de la suspensión de la detención preventiva³⁷.

Así las cosas, se impone concluir que la detención preventiva que afrontó el señor Muñoz Martínez constituye una carga que estaba en el deber jurídico de soportar, porque el tiempo que representó se tomó como parte cumplida de la pena de prisión que le fue impuesta al antes nombrado, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravada y en concurso material y homogéneo.

Por lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia, en el trámite del proceso, actuación temeraria de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que proceda la condena.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. CONFIRMAR** la decisión recurrida, esto es, la dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca el 18 de mayo de 2010, mediante la cual se denegaron las pretensiones.
- 2. SIN CONDENAR** en costas. Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

³⁷ Sala de Casación Penal, en auto de 29 de enero de 2004, radicación 17089.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

Magistrada (E)

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Magistrada (E)