



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D. C., nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 20001233100020000133801 (30857)
Proceso: Acción de reparación directa
Actor: Luis Roberto Troncoso Maestre y otro
Demandado: Fiscalía General de la Nación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la llamada en garantía, contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar que declaró la responsabilidad de la entidad demandada y la condenó al pago de perjuicios morales y materiales en la modalidad de daño emergente. Así mismo, condenó a la llamada en garantía a reembolsar el 25% de la condena impuesta a la demandada.

DECISIÓN APELADA

El tribunal *a quo* resolvió así:

"PRIMERO:- *Se declara Responsable administrativamente a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por la privación injusta de la libertad sufrida por el señor LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE, desde el 24 de marzo de 1994, hasta el 7 de julio de 1995.*

SEGUNDO:- *Se condena a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar, por perjuicios morales, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE y para su Madre REGINA MERCEDES MAESTRE DE TRONCOSO el equivalente a cincuenta (50) salarios*

mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de la sentencia.

TERCERO:- *Condénese a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar por concepto de perjuicios materiales a título de daño emergente, a favor del señor LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE la suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$10.429.277).*

CUARTO:- *Una vez efectuado el pago la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN podrá obtener el reembolso en una proporción del 25% por parte de la señora JOSEFA CORTÉS TORRES.*

QUINTO:- *Se reconocerá Intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.*

SEXTO:- *La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, y **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en los libros radicadores”.

SÍNTESIS DEL CASO

El día 19 de octubre de 2000, los señores Luis Roberto Troncoso Maestre y Regina Mercedes Troncoso de Maestre, a través de apoderado, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Fiscalía General de la Nación, en razón de la preclusión de la investigación a favor del primero, por considerarla responsable de los perjuicios sufridos como consecuencia de la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva a que estuvo sometido el señor Luis Roberto Troncoso Maestre entre el 24 de marzo de 1994 y el 7 de julio de 1995 y la condena a 44 meses de prisión.

I. PRIMERA INSTANCIA

1.1 Exposición fáctica de la demanda

Se expone en el escrito de demanda que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre fue privado de la libertad el 24 de marzo de 1994, por miembros del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. en cumplimiento de la orden de captura proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar. Así mismo, indica, que previamente, el 1 de agosto de 1991, el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal dispuso en su contra detención preventiva, por el presunto delito de falsedad en documento privado y estafa “*violándose el debido proceso porque no se le dio la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción*”.

Sostiene, que la medida de detención preventiva se impuso a partir de suposiciones sin soporte probatorio que evidenciara dolo o culpa grave, estructurando una privación injusta de la libertad.

Informa, además, que la Fiscalía Veintiséis de Codazzi el 30 de abril de 1993, profirió resolución acusatoria contra el señor Troncoso Maestre y que el 15 de febrero de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito lo condenó por los delitos endilgados.

Indica, que el 11 de septiembre de 1998, la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar, revocó la medida de aseguramiento impuesta y en su lugar decretó la preclusión de la investigación, disponiendo, además, la libertad inmediata.

Del mismo modo, precisa, que la sentencia de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar decretó la nulidad del proceso.

Resalta, que el señor Troncoso Maestre “*físicamente detenido en calidad de condenado por espacio de 15 meses y 13 días no obstante dicha condena había*

sido impuesta en forma injusta por el término de 44 meses, a más de que la medida de aseguramiento basada en suposiciones sin tener elementos de fuerza probatoria se profirió desde el primero de Agosto de 1991(...)", situación que le impidió obtener el sustento para su señora madre y el de su familia, aunado a que le generó el pago de honorarios a un profesional del derecho.

Así mismo, aduce, que dicha situación le causó al señor Troncoso Maestre y a su señora madre graves perjuicios morales los cuales deben ser reparados en equidad e integralmente, pues fue privado de la libertad injustamente y en su contra proferidas decisiones judiciales constitutivas de error judicial lo que le causó un daño antijurídico a un bien jurídicamente tutelado como es la libertad, su dignidad y su honra.

Finalmente, concreta lo expuesto en que *"se le dictó auto de detención preventiva el primero de agosto de 1991 por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Codazzi y la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar mediante proveído del once (11) de Septiembre precluyó la investigación (...) y le fue notificada el día 23 de octubre de 1998, transcurriendo un tiempo de 85 meses y once (11) días desde la fecha del auto de detención hasta el día 11 de septiembre de 1998, tiempo que debe ser indemnizado en favor del señor Troncoso Maestre"* (fls. 65-72 c. ppal.).

1.2 Pretensiones

Con base en la situación fáctica expuesta, la parte actora impetra las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA: La Nación-Fiscalía General de la Nación es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados al señor LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE y de los perjuicios morales ocasionados a su señora madre REGINA MERCEDES MAESTRE DE TRONCOSO, por la detención preventiva por más de 46 meses y una condena impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito del Distrito

Actor: Roberto Troncoso Maestre y otro
Exp. 30857

Judicial de Valledupar el 15 de febrero de 1994, por el término de 44 meses y posterior detención privándolo de su libertad por espacio de 15 meses y 13 días y de haberse decretado preclusión de la investigación a su favor con motivo de la anulación del proceso penal a partir del auto por el cual se declaró cerrada la Investigación el 7 de enero de 1992.

SEGUNDA: Condenar en consecuencia a la Nación Colombiana Fiscalía General de la Nación a pagar a los accionantes o a quien represente legalmente sus derechos, como reparación o indemnización los perjuicios de orden material y moral, los cuales estimo en la suma de \$62.900.000. o conforme lo que resulte probado dentro del proceso.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada en la forma prevista por el Artículo 178 del C.C.A. y se reajustará en su orden tomando como base para la liquidación la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha la ejecutoria de la Sentencia que el ponga fin al proceso.

CUARTA: El organismo demandado dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Mediante escrito del 15 de enero de 2001, se corrigió la demanda en el sentido de precisar que la cuantía de los perjuicios solicitados asciende a la suma de doscientos treinta y cuatro millones de pesos (\$234.000.000) discriminados así:

“1. Señor *LUIS ALBERTO (SIC) TRONCOSO MAESTRE*

A) INDEMNIZACIÓN CAUSADA:

1 POR PERJUICIOS MATERIALES: \$162.000.000

1.1 Pago de honorarios profesionales \$2.500.000

1.2 DAÑO EMERGENTE: *Si bien es cierto que el accionante no se encontraba laborando al momento de producirse su captura, es procedente una valoración, atendiendo a los principios de reparación integral y equidad, tomando como base el salario mínimo legal mensual, desde el auto de detención hasta la ejecutoria de la providencia que decretó su libertad por preclusión de la investigación, suma que se estimará de acuerdo con el salario mínimo y su incremento anual.*

1.3 LUCRO CESANTE: *Tomando como base desde la fecha a que se contrae la detención preventiva y la fecha de la sentencia de lo Contencioso Administrativo, se produce un interés comercial resultando aproximado del 36% anual.*

Subtotal \$164.500.000.

PERJUICIOS MORALES (subjetivos) en 1.500 gramos de oro fino
\$27.000.000.

RESUMEN DE LOS PERJUICIOS

| | |
|---|----------------------|
| MATERIALES | \$162.000.000 |
| MORALES | \$27.000.000 |
| INDEMNIZACIÓN TOTAL (aproximada) causada al señor LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE | \$189.000.000 |

II. Para la señora madre del señor **LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE** por perjuicios morales subjetivos:
Señora **REGINA MERCEDES MAESTRE TRONCOSO** en 1000 gramos oro (se corrige) **\$18.000.000.**

RESUMEN DE LOS PERJUICIOS

MORALES \$45.000.000

Total perjuicios causados a los accionantes, aproximadamente
\$234.000.000

1.3 La Defensa

1.3.1 La Fiscalía General de la Nación

Luego que mediante auto del 22 de noviembre de 2000 y del 16 de enero 2001 (fls. 73, 78 c. ppal.), el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar admitiera la demanda y ordenara notificar al Fiscal General de la Nación y al Agente del Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación a través de apoderado, se opuso a las declaraciones y condenas deprecadas. Para el efecto consideró que de los hechos que originaron la vinculación a la investigación penal del señor Luis Roberto Troncoso Maestre no se deriva una falla en el servicio, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ni un error judicial que comprometa la responsabilidad del Estado.

Así mismo, advierte que la entidad demandada se circunscribió a lo preceptuado en el marco constitucional específicamente en su artículo 250 y en el Código de Procedimiento Penal, artículo 120, en lo relacionado con la investigación de los delitos y acusación ante la autoridad competente de los presuntos infractores como corresponde a la función jurisdiccional del Estado.

Precisa, que respecto de la falla del servicio, la jurisprudencia ha señalado que ésta *“debe ser de tal magnitud que, teniendo en cuenta las circunstancias en que debe prestarse el servicio, la conducta de la administración sea considerada como anormalmente deficiente (...)”*. Lo anterior, para indicar que dentro del texto de la demanda no se aprecia una falta o falla del servicio, pues el Fiscal se apegó a las normas legales vigentes.

Igualmente, señaló que la medida de aseguramiento impuesta al señor Troncoso Maestre no puede calificarse de injusta, en tanto se fundó en pruebas legalmente aportadas a la investigación que llevaban a estructurar graves indicios de ser partícipe de los delitos de falsedad en documento privado y estafa, comprometiendo su responsabilidad penal. Así las cosas, la medida de aseguramiento impuesta, consistente en la detención preventiva buscaba garantizar la comparecencia del sindicado al proceso a efectos de esclarecer la investigación y no implicaba, necesariamente, certeza jurídica sobre su responsabilidad penal.

Plantea, que no existe daño antijurídico alguno que le resulte imputable, pues la detención del señor Troncoso Maestre no tiene la connotación de ser injusta, en tanto el antes nombrado tenía el deber jurídico de soportarla dado que en su contra existían indicios graves que ameritaban la investigación penal.

Precisa, adicionalmente, que en la demanda no se cita al Director Ejecutivo de Administración Judicial, siendo que la actuación cuestionada cobija igualmente a

la Rama Judicial, por lo que la demanda adolece de falta de integración del contradictorio.

Finalmente, además de llamar en garantía a la señor Josefa Dolores Cotes Torres, quien para el 30 de abril de 1993, fecha en que se profirió la resolución de acusación, se desempeñaba como Fiscal Veintiséis Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, formuló la excepción de ineptitud formal de la demanda, pues no se citó al Director Ejecutivo de la Rama Judicial (fls. 82-99 vía fax y 112-129 personalmente).

1.3.2 La llamada en garantía

Admitido el llamamiento en garantía (fls.138-139 c. ppal.) y notificado (fl.144 c. ppal.), la señora Josefa Dolores Cotes Torres, además de oponerse a las pretensiones, precisó que el llamamiento planteado se torna nugatorio, pues no fue la funcionaria que afectó la situación jurídica del señor Troncoso Maestre.

Indica, así mismo, que es necesario distinguir la responsabilidad del Estado de la responsabilidad del agente, pues esta última sólo procede cuando se ha obrado a título de culpa o dolo.

Respecto del caso en concreto, señaló que *“de las providencias que resolvieron la situación jurídica del procesado y posteriormente calificaron el mérito del sumario, se infiere sin lugar a dudas que existían en el proceso elementos de juicio suficientes para proferir en su contra la medida detentiva (sic) que lo privó de su libertad, pues no otra cosa es lo que se deduce de la serie de indicios que tuvo en cuenta el funcionario instructor para tomar las decisiones”*. Así las cosas, sostiene que la medida impuesta era una carga que el actor debía soportar.

Finalmente, expone que la detención preventiva impuesta al señor Troncoso Maestre no fue injusta, dado que no se evidencia en ella arbitrariedad ni

ilegalidad, razón por la que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar (fls.148-151 c. ppal.).

1.4 Alegatos de Conclusión

1.4.1 Parte actora

En escrito presentado el 13 de enero de 2003, la parte actora, luego de retomar los hechos de la demanda y los elementos probatorios que los soportan, insistió en que el señor Troncoso Maestre fue privado injustamente de la libertad conforme a lo planteado en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época de los hechos y como lo evidenció el fallo de tutela que confirmó la nulidad del proceso penal por violación del derecho de defensa.

Refiere, igualmente que el señor Troncoso Maestre nunca cometió los hechos imputados, tal como se precisó en la decisión de preclusión de la investigación, razón por la que procede la declaratoria de responsabilidad y la correspondiente indemnización integral.

Resalta, además, que con la privación de la libertad del señor Troncoso Maestre se incurrió en una vía de hecho judicial, pues se le denegó en forma absoluta el derecho de defensa, aunado a que permaneció físicamente detenido por 15 meses y 3 días, en cumplimiento de la condena impuesta lo que le ocasionó graves perjuicios materiales y morales.

Así mismo, indica que el argumento esgrimido por la defensa respecto de que todo ciudadano debe someterse a la carga de la investigación penal y de la medida de aseguramiento, es contrario a los principios básicos contenidos en la Convención de Derechos Humanos y en particular al in dubio pro reo.

Sostiene, que en el caso concreto, la presunción de inocencia del investigado penalmente, quedó incólume, al punto que se le precluyó la investigación, razón por la que procede la responsabilidad deprecada, pues se está en presencia de un daño antijurídico que, además, lo colocó en una situación negativa respecto de sus familiares y de la sociedad.

Respecto de la excepción formulada por la demandada, indica que conforme el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, el Fiscal General representa a la Nación en los procesos contenciosos seguidos en su contra y que se ha precisado, jurisprudencialmente, que no se configura ninguna causal de nulidad cuando la Nación que es el centro de imputación procesal demandado, ha estado representada por autoridad diferente al funcionario de mayor jerarquía dentro de la entidad que causó el hecho dañoso. Así las cosas, precisa que en el caso concreto, *“la autoridad que infligió el daño fue la Fiscalía General de la Nación por intermedio de un agente suyo al proferir resolución de acusación en contra del señor LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE, por un delito que no cometió”* (fls. 308-317 c.ppal.).

En escrito presentado el 23 de enero de 2003, la parte actora complementó el alegato de conclusión, en el sentido de resaltar la importancia del derecho sustancial sobre el formal y de transcribir aparte de la resolución de preclusión de la investigación a favor del señor Luis Roberto Troncoso Maestre.

Precisó, igualmente, que la Fiscalía Seccional de Codazzi, no cumplió a cabalidad con la entrega de las pruebas documentales solicitadas, específicamente la copia auténtica de la resolución de preclusión de la investigación penal, ésta fundamental una pieza para esclarecer que el sindicado no cometió el hecho indilgado (fls. 345-347 c. ppal.).

1.4.2 La Fiscalía General de la Nación

Por su parte, la entidad demandada, insistió en que de los hechos narrados en la demanda no puede derivarse responsabilidad para la entidad, en tanto no son constitutivos de una falla en el servicio, error judicial o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Retomó, igualmente, que su actuar se enmarcó dentro de los postulados constitucionales y legales, resaltando que era su deber investigar la defraudación en que se incurrió al cobrar por ventanilla un título valor por parte de un señor identificado como Luis Roberto Troncoso Maestre, *“documento que se aseveró falso y que por demás al final de la investigación y cuando se precluyó no se encontró”*.

Precisó, así mismo, que *“el 30 de abril de 1993 la Fiscalía 26 Delegada en Codazzi profiere resolución de acusación y finalmente el 15 de febrero de 1994 el Juzgado 2 Penal del Circuito de Valledupar pronuncia sentencia condenatoria de 44 meses en contra del hoy demandante LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE”*.

Indicó, igualmente, que en razón de que el juez de tutela que decretó la nulidad de lo actuado, a partir del cierre de la investigación, la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar, el 11 de septiembre de 1998, precluyó la investigación *“al no encontrarse pruebas suficientes en contra de LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE y al extraviarse los cheques con los cuales se cometió la defraudación”*.

Así las cosas, señaló que, como la persona que cobró los cheques se identificó como Luis Roberto Troncoso Maestre existían indicios graves en contra del ahora demandante que determinaron la adopción de la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva.

Finalmente, advirtió que la preclusión de la investigación se decretó “*ante la carencia de estas pruebas fundamentales para la investigación como era la grabación del Banco de Bogotá que identificaba la persona que cobró el cheque y sobre todo el mismo cheque espurio que se utilizó (...)*”. Lo que evidencia que la decisión se adoptó más que por las hipótesis contempladas en el artículo 414 del C.P.P. vigentes para la época de los hechos, por insuficiencia probatoria (fls. 328-337 c. ppal.).

1.4.3 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto, mediante escrito presentado el 27 de enero de 2003, en el que solicitó acceder a las pretensiones. Para el efecto, luego de señalar que no se encuentra acreditada la excepción formulada por la demandada, indicó que, conforme el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder por los daños antijurídicos que le resulten imputables y que el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, señala que quien haya sido privado de la libertad injustamente, podrá demandar la correspondiente indemnización de perjuicios, cuando haya sido exonerado por sentencia judicial ejecutoriada o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible.

Conforme lo anterior, señaló que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre fue privado injustamente de la libertad como lo evidencian las pruebas recaudadas en el proceso penal “*que de haberse advertido desde el principio de seguro hubieran provocado la revocatoria de la medida de aseguramiento dando al sindicado la oportunidad de defenderse que nunca se le dio. Fue evidente que al demandante se lo condenó habiendo sido juzgado en contumacia, como si hubiese evadido la acción de la justicia, cuando en realidad por negligencia o desidia de sus juzgadores inadvertieron la dirección exacta de la residencia*

donde permanecía y podía ser citado. Pero sólo después de condenado se apercibieron las autoridades del lugar de residencia de Troncoso Maestre, para llevar a cabo su captura con el propósito de que purgara la pena que le había sido impuesta en ausencia”.

Así las cosas, luego de transcribir aparte de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar que tuteló el derecho fundamental a la defensa del señor Troncoso Maestre, precisó que es evidente la magnitud del daño, así como su antijuridicidad e imputabilidad a la entidad demandada (fls. 340-344 c. ppal.).

1.5 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2004, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar declaró la responsabilidad de la demandada y la condenó al pago de perjuicios morales y materiales en la modalidad de daño emergente, al tiempo que ordenó el reembolso del 25% de la condena por parte de la señor Josefa Cotes Torres. Para el efecto, luego de hacer el análisis probatorio, señaló que es deber de la administración responder por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la privación de la libertad a que se sometió el señor Luis Roberto Troncoso Maestre.

Entre otros aspectos, precisó el *a quo* que la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar, precluyó la investigación a favor del actor, dada la ausencia de los presupuestos necesarios del artículo 441 del C.P.P., para acusar, pues, aunque según la demandada, se encontraba demostrada la ocurrencia del hecho, no se contaba con elementos probatorios que comprometieran la responsabilidad del imputado, quien para la época de los hechos no estuvo en la población de Codazzi, no fue reconocido por ninguno de los empleados del banco como la persona que cobró el título valor. Aunado a que se le extravió la cédula de ciudadanía.

En lo relacionado con la llamada en garantía, además de resaltar las consideraciones del fallo de tutela en el sentido de que el actor fue juzgado en contumacia, precisó que la señora Cotes Torres profirió la resolución de acusación en contra del señor Troncoso Maestre, por los punibles de estafa y falsedad, decisión que se ordenó difundir por la emisora “VOZ GUATAPURÍ” de Valledupar, a efectos de lograr su comparecencia, pese a que se tenía conocimiento de la dirección del sindicato y donde luego de la sentencia fue capturado.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, señaló que, acreditado el parentesco, procede el reconocimiento del daño moral y el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por las sumas de dinero que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre dejó de percibir por concepto de salarios por parte del, durante el tiempo recluso en la cárcel, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia. Por esta misma modalidad reconoció lo pagado por concepto de honorarios al defensor penal (fls. 360-379 c. ppal.).

II. SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recuso de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, la parte actora y la llamada en garantía interponen recurso de apelación (fl. 381-383; 384-386 c. ppal.)¹.

2.1.1 La parte actora

¹ El recurso se interpuso el 28 de enero y el 2 de febrero de 2005, respectivamente, se concedió el 24 de febrero de 2005 (fl. 388 c. ppal.) y se admitió el 9 de septiembre de la misma anualidad (fl. 395 c. ppal.). Como el 27 de enero de 2005 la entidad demandada presentó escrito mediante el cual interponía recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el 18 de noviembre de 2005 fue declarado desierto por inoportuno (fl. 397 c. ppal.). Contra la anterior decisión la Fiscalía General de la Nación interpuso el recurso de reposición (fl. 398 c. ppal.), el cual se rechazó por improcedente (fls. 402-403 c. ppal.).

La parte actora solicitó modificación de la providencia, especialmente en lo relacionado con la indemnización de perjuicios materiales y morales. Para el efecto, señaló que el periodo que se indemniza no corresponde con el que en efecto duró el daño, que en su sentir fue de “85 meses y 11 días”, tiempo transcurrido entre la fecha del auto de detención preventiva (1 de agosto de 1991) y la de notificación de preclusión de la investigación (23 de octubre de 1998).

Señala, que el periodo liquidado de 15 meses y 13 días corresponde únicamente, al tiempo en que el señor Troncoso Maestre estuvo privado físicamente de la libertad en la cárcel judicial de Santa Marta, siendo que los efectos del daño se retrotraen al 1 de agosto de 1991, cuando se profirió auto de detención preventiva por el delito de falsedad en documento privado y estafa.

Señala, igualmente, que a efecto de reconocer una reparación integral, debe considerarse que al señor Troncoso Maestre se le impuso injustamente una condena de 44 meses.

Indica, que “desde la imposición de la detención preventiva le fue imposible conseguir trabajo en entidades públicas o privadas, debido a los antecedentes penales que en forma injusta figuraban en las dependencias del DAS, que lo tuvieron inerte para salir en busca de trabajo, porque se lo impedía el señalamiento que había en contra de su honra y buen nombre (...)”.

2.1.2 La llamada en garantía

A su vez, la señora Josefa Cotes Torres encuentra la decisión contradictoria, pues le imputa culpa grave “al no citar en la dirección allegada al proceso a TRONCOSO MAESTRE, lo cual según esa Corporación redundó en la privación injusta de la libertad del mencionado procesado”.

Expone varios reparos a la decisión de primera instancia: *i)* la orden de captura y la medida de detención preventiva en contra del señor Luis Roberto Troncoso Maestre fueron proferidas por el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Codazzi, el 17 de mayo y el 1 de agosto de 1991 y su actuación en dicho proceso penal comenzó el 30 de abril de 1993, con la resolución de acusación, providencia que no afectó la libertad del señor Troncoso Maestre, *ii)* desde el 17 de mayo de 1991 pesaba sobre el último de los nombrados orden de captura, la que se hizo efectiva el 30 de noviembre de 1993, razón por la que no procedía su citación para efectos de notificarle la resolución de acusación, sino su captura y *iii)* no existe responsabilidad del Estado sino en aquellos eventos en que *“no esté habilitado por un título jurídico válido para establecer o imponer la carga o sacrificio que el particular padece, o sea cuando éste no tiene la obligación jurídica de soportar dicho menoscabo a sus derechos y patrimonio, independientemente de la legalidad o ilegalidad del acto estatal, o de que la conducta del agente del Estado, causante del daño, haya sido dolosa o culposa”*.

2.2 Alegatos Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación, en esta instancia y bajo la denominación de alegatos de conclusión, solicitó declarar a la llamada en garantía responsable del 100% de la condena impuesta, en consideración a que como funcionaria instructora dentro del proceso penal adelantado en contra del señor Troncoso Maestre, omitió la correspondiente citación, vulnerándole el derecho de defensa, conllevando esto la declaratoria de detención injusta.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del asunto de la referencia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso

de doble instancia, seguido ante el Tribunal Administrativo del Caquetá, tal como lo dispone el art. 129 del C.C.A.

Sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, desde el 9 de septiembre de 2008², tiene sentado que, en aplicación de los artículos 73 de la Ley 270 de 1996 y 31 constitucional, la primera instancia de los procesos de reparación directa, fundamentados en error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se surten ante los Tribunales Contenciosos.

3.2 Asunto que la Sala debe resolver

Corresponde a la Sala analizar los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por la llamada en garantía, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y Cesar, en aras de establecer si existe responsabilidad de la demandada como consecuencia de los perjuicios sufridos por la medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva a que estuvo sometido el señor Luis Roberto Troncoso Maestre, de ser ello así se pasará a analizar el periodo y monto reconocido como reparación, para finalmente se determinar si hay lugar al reembolso impuesto en contra de la llamada en garantía.

3.2.1 Juicio de Responsabilidad

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, radicación 11-001-03-26-000-2008-00009-00 (IJ), M.P. Mauricio Fajardo Gómez. La Sala Plena se pronunció en el sentido de señalar que la cuantía no determina la competencia en asuntos de responsabilidad del Estado por hechos de la administración de justicia (error jurisdiccional, privación injusta de la libertad, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia) ya que en aplicación de la normativa estatutaria debe observarse un factor orgánico que confiere competencias en primera instancia a los tribunales administrativos y en segunda instancia a esta Corporación.

La parte actora concreta el daño a partir de los perjuicios sufridos como consecuencia de la investigación penal iniciada mediante auto del 1 de agosto de 1991, la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad a que estuvo sometido el señor Troncoso Maestre, entre el 24 de marzo de 1994 y el 7 de julio de 1995 y la condena impuesta de 44 meses, medidas que considera injustas en tanto la investigación culminó con la preclusión.

En virtud de lo expuesto, pasa la Sala a establecer el daño, su antijuridicidad y a determinar si le resulta imputable a la Fiscalía General de la Nación; porque de ser ello así será menester confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad de la demandada y la condenó al pago de perjuicios materiales y morales.

3.2.3 Hechos probados

Serán tenidos en cuenta los elementos probatorios aportados por las partes en las oportunidades legales, al igual que los allegados al plenario por disposición del *a quo* y los decretados en esta instancia que acreditan los siguientes hechos:

3.2.3.1 El 12 de junio de 1991 el Juez Quinto de Instrucción Criminal del municipio de Codazzi, mediante edicto, “*LLAMA, CITA Y EMPLAZA A LUIS R. TRONCOSO M. de anotaciones civiles y personales desconocidas en autos para que en el término de cinco (5) días hábiles (...) se presente a rendir declaración indagatoria que le resulta dentro de la presente investigación*”, advirtiéndole que “*si dentro de dicho término se presenta, se le administrará justicia (sic) que le asiste, pero si transcurrido dicho término no compareciere se le declarará PERSONA AUSENTE, y se le designará defensor de oficio que lo asista (...)*”. El edicto se fijó durante los días 12 de junio de 1991 a 18 de junio del mismo año (fl. 219 c. ppal.). El 20 de junio de 1991, se resolvió declarar persona ausente al señor “*LUIS R. TRONCOSO M.*” y designarle defensor de oficio (fl. 260 c. ppal.) y el 1 de agosto de 1991, decretarle medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva (fls. 262-265 c. ppal.).

3.2.3.2 El 16 de septiembre de 1991, el Juez Quinto de Instrucción Criminal del municipio de Codazzi ordenó oficiar a la Registraduría del Estado Civil de Santa Marta y de Bogotá dado que el sindicato LUIS R. TRONCOSO M. firmó el cheque utilizando para la estafa el número de cédula “12.548.064 o 12.548.069 de la ciudad de Santa Marta (...) a fin de que informe en qué fecha fue expedido el documento; qué lugar de residencia anotó al momento de la solicitud para la obtención de dicha cédula (...)” (fl. 275 c. ppal.). Obra en el expediente la cartilla decadactilar correspondiente a la cédula de ciudadanía No. 12.548.064 que pertenece al señor Luis Roberto Troncoso Maestre, en la que se consignó la siguiente dirección: departamento del Magdalena, municipio de Santa Marta, Calle 18 # 16-30 (fl. 291 c. ppal.).

3.2.3.3 El 30 de abril de 1993, la Fiscal Seccional Veintiséis de Codazzi, Josefa Cotes Torres, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en contra del señor Luis Roberto Troncoso Maestre, por los punibles de estafa y falsedad (fls. 295-301 c. ppal.). En esta misma fecha, la secretaria común de la Unidad Codazzi (E) le solicitó al Director de la Emisora Voz Guatupuri difundir el nombre de Luis Roberto Troncoso Maestre “para que se presente a la Fiscalía Veintiséis Unidad Codazzi en el término de ocho días hábiles a partir de la fecha para notificarle una RESOLUCIÓN expedida por dicha Fiscalía” (fl. 302 c. ppal.). Es de anotar que para entonces ya se conocía el lugar de residencia del inculpado.

3.2.3.4 El 15 de febrero de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar profirió sentencia condenatoria contra el señor Luis Roberto Troncoso Maestre por los delitos de falsedad en documento privado y estafa, estableciendo la pena principal de 44 meses de prisión y multa de \$50.000. Así mismo, reiteró la orden de captura vigente en su contra (fls. 39-63 c. ppal.).

3.2.3.5 El 16 de junio de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar tuteló el derecho fundamental a la defensa material al

accionante Luis Roberto Troncoso Maestre, procesado por los delitos conexos de falsedad en documento privado y estafa, cuyo juicio se adelantó en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar. Como consecuencia de dicha decisión anuló el proceso penal a partir del auto del 17 de enero de 1992, por el cual se declaró cerrada la investigación, inclusive. Así mismo, remitió el expediente contentivo del proceso penal adelantado al accionante a la Fiscalía a efectos de dar cumplimiento al fallo y practicar todas las pruebas encaminadas a demostrar tanto la responsabilidad como la inocencia del sindicado (fls. 15-38 c. ppal.).

3.2.3.6 El 11 de septiembre de 1998, la Fiscalía Veintisiete, Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar calificó el sumario en la investigación adelantada en contra del señor Luis Roberto Troncoso Maestre, por los delitos de estafa y falsedad con resolución de preclusión de instrucción, por considerar que no incurrió en las conductas delictivas endilgadas. Así mismo dispuso revocar la medida detentiva proferida el 1 de agosto de 1991, cancelar las órdenes de captura impartidas en su contra y declarar extinguida la acción penal (fls. 7-14 c. ppal.).

3.2.3.7 El 15 de Septiembre de 2000, el Dactiloscopista de la Cárcel Judicial de Santa Marta certificó que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre ingresó a dicha dependencia el *“24 de marzo del año 1994, a órdenes del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar; por el delito de falsedad y se dio libertad mediante boleta # 055 de fecha 7 de julio de 1995, emanada de la Fiscalía 27 Delegada ante Juzgados Penales del Circuito de Valledupar (...)”* (fl. 64 c. ppal.).

3.2.3.8 El 14 de septiembre de 2000, el abogado Víctor Manuel Barrios Diazgranados hizo constar que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre le canceló *“la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2'500.000) por concepto de honorarios como defensor en el proceso penal que lo llevó a*

permanecer 15 meses recluido en el Centro Penitenciario del Distrito de Santa Marta” (fl. 3 c. ppal.).

3.2.3.9 El señor Luis Roberto Troncoso Maestre es hijo de la señora Regina Mercedes Maestre Yeris (fl. 4,6 c. ppal) persona que también figura como madre en la cartilla decadactilar (fl. 291 c. ppal.).

3.2.4 Análisis del caso

Como lo relatan los antecedentes, la parte actora solicita declarar responsable a la Fiscalía General de la Nación, por considerarla responsable de los perjuicios sufridos como consecuencia de la investigación penal iniciada mediante auto del 1 de agosto de 1991, la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad a que estuvo sometido entre el 24 de marzo de 1994 y el 7 de julio de 1995 y la condena impuesta de 44 meses. Medidas que considera injustas en tanto la investigación culminó con preclusión a su favor.

Para lo cual es menester precisar, tal como lo viene sosteniendo la jurisprudencia de esta corporación:

“(…) en los eventos en los que se demuestre que la privación de la libertad fue injusta, y ésta lo será siempre que se acredite en el proceso que el afectado con la medida restrictiva no tenía porque soportarla, se está ante un daño imputable al Estado, que debe ser indemnizado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, así las razones de absolución o de preclusión de la investigación no obedezcan a ninguna de las causales previstas por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal ya derogado. Cabe destacar que frente a casos como este corresponde a la parte actora acreditar cuál fue la actuación del Estado, y que dicha actuación produjo un daño antijurídico, además de que existe nexo de causalidad entre la primera y el segundo...”³.

³ Consejo de Estado. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Consejo de Estado. MP. Myriam Guerrero de Escobar.

En el *sub lite*, se evidencia que al señor Luis Roberto Troncoso Maestre el 1 de agosto de 1991, se le decretó medida de aseguramiento consistente en la detención preventiva dentro del proceso penal seguido en su contra. Para el efecto se sostuvo:

“(…)

Hay un hecho cierto, con las plenarios que el cheque número J2153691 por la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS PESOS (sic) (\$2.700.000.00) del Banco de Bogotá fue presentado y cobrado a institución (sic), por el procesado LUIS R. TRONCOSO, de fondos pertenecientes a la cuenta corriente (...). Es este el indicador que nos permite inferir en forma lógica la existencia de otro hecho el cual consiste que el autor del ilícito es el procesado LUIS R. TRONCOSO, quien fue la persona que endosó el cheque por el valor de (...) se constituye esta circunstancia en un indicio grave de responsabilidad, motivo que tendrá en cuenta el despacho para decretar medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva (...)

Medida adoptada una vez declarado persona ausente y designado defensor de oficio.

Se probó, también, que el 30 de noviembre de 1993, la Fiscal Seccional Veintiséis de Codazzi, resolvió proferir resolución de acusación en contra del señor Luis Roberto Troncoso Maestre, por los punibles de estafa y falsedad (fls. 295-301 c. ppal.). Señaló:

“(…)

En lo tocante a la responsabilidad, se tiene que esto (sic) recae en cabeza de LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE, pues es la persona que presentó al Banco y ejerciendo la acción cambiaria presentó el cheque que finalmente le fue pagado, entregando su cédula de ciudadanía de quienes se hicieron retratos hablados guardando similitud con la cartilla decadactilar lo que nos sirve para establecer identificación y al propio tiempo comprometerlo en calidad de autor en los delitos en mención, que al realizar tal acto, no solo quiso sino que logró su realización por eso se infiere el dolo suficiente para luego asignarle culpabilidad por los restos criminosos debiendo responder penalmente por tal conducta desplegada.

Llevándonos también a establecer que ese resultado fue producto de ese accionar delictivo (...)”.

El 15 de febrero de 1994, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar condenó a la pena principal de 44 meses de prisión y multa de \$50.000 al señor Luis Roberto Troncoso Maestre por los delitos endilgados y reiteró la orden de captura vigente en su contra.

En dicha sentencia se consideró:

“(…)

Todos los elementos de análisis que antes hemos expuesto nos sirven de fundamento para concluir que todo apunta hacia LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE como autor responsable tanto del punible de falsedad en documento privado como del delito de estafa, del que resultó afectado el Banco de Bogotá de Codazzi. De desarrollo de este análisis buye (sic) sin mayor esfuerzo la tipicidad y la antijuridicidad componentes que unidos a la culpabilidad arroja como resultado el hecho punible, de ellos no ha hecho mayor referencia porque nadie se atrevería a dudar que la conducta que ocupa nuestra atención es a todas luces típica y antijurídica y hemos tratado de ahondar más en cuanto al tercer aspecto que lógicamente está muy ligado a la identidad y al resultante de responsabilidad del sindicado.

(…)

Estamos de acuerdo en que si hubiera sido posible la aprehensión de TRONCOSO MAESTRE, la labor de identificación hubiera sido mucho más fácil y se hubiese llegado a este momento procesal por un camino expedito, no obstante como ya lo hemos plateado con este mismo fin corresponde hacer uso de otro tipo de abstracciones, de deducciones y análisis, que sin duda implica mayores dificultades para llegar a la conclusión a que hemos llegado, de ello puede deducirse entonces el porqué diferimos de la apreciación de la defensa y contrario a su petito el fallo ha sido condenatorio.

Así mismo, se demostró que el 16 de junio de 1995, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar tuteló el derecho fundamental a la defensa material del señor Luis Roberto Troncoso Maestre, procesado por los

delitos conexos de falsedad en documento privado y estafa, cuyo juicio se adelantó en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Valledupar y que como consecuencia de dicha decisión anuló el proceso penal a partir del auto del 17 de enero de 1992, por el cual se declaró cerrada la investigación, inclusive. Así mismo, remitió el expediente contentivo del proceso penal adelantado al accionante a la Fiscalía, a efectos de dar cumplimiento al fallo y practicar todas las pruebas encaminadas a demostrar tanto la responsabilidad como la inocencia del sindicado. En dicha providencia se estableció que:

“(...) se ve con hialina claridad que el procesado Troncoso Maestre estuvo huérfano de defensa a lo lardo de todo el proceso que culminó con su condena. En efecto, en un momento dado del proceso se justificó el impartimiento de órdenes captura contra el inculpinado en forma imprecisa e indeterminada, en lo que a su dirección se refería; sin embargo, una vez que el Juez Quinto de Instrucción Criminal obtuvo la dirección exacta del sindicado, le resultaba un imperativo procesal la emisión de nuevas órdenes de captura indicando en ellas la referida dirección residencial. Con este sencillo y lógico proceder no solo se lograría la comparecencia del inculpinado al proceso para que rindiera los descargos que a bien tuviese, sino que de igual manera se le garantizaba el intangible derecho de defensa; derecho fundamental éste que no podía ejercitar hasta tanto él no estuviese enterado de que en su contra cursaba un proceso penal por los delitos de falsedad y estafa.

(...) queda claro pues, que toda persona a quien se le haga una imputación delictual tiene derecho a la defensa, tanto material como técnica, no solo en la etapa del juzgamiento sino en el periodo importante de la investigación. Pero este derecho fundamental principal no puede ejercitarlo el imputado, o el sindicado, si él no es enterado en forma oportuna de la investigación que se adelanta en su contra, existiendo los medios procesales para lograr tal cometido, cual ocurrió en el proceso adelantado contra Troncoso Maestre. Resulta oportuno destacar que la concepción del derecho de defensa plasmada en el art. 29 de la Carta ha zanjado, de una vez por todas, la añosa polémica doctrinaria y jurisprudencial en el sentido de si el derecho de defensa adquiría verdadera relevancia procesal en la etapa postrera del juzgamiento, o si, por el contrario, también surgía, e igualmente, debía ser tutelado en la fase instructiva del sumario. Del claro texto del artículo en mención no cabe la más tenue duda que el sacro derecho de defensa adquiere vida jurídica en el momento mismo en que una persona es vinculada a un proceso penal como imputado.

En el caso del proceso contra el accionante Troncoso Maestre es cierto que él fue juzgado en contumacia, mas no porque hubiera evadido deliberadamente la acción de la justicia, sino por la evidente desidia de los funcionarios judiciales que intervinieron en el proceso, los cuales no obstante que tuvieron conocimiento oportuno del lugar de residencia del sindicato rehusaron enviarle allí alguna boleta de comparendo, o una orden de captura, como lo hizo el juez de la causa después de haber proferido la sentencia condenatoria y una vez que este pronunciamiento se hallaba ejecutoriado, lo cual imposibilitó, en forma absoluta, el ejercicio del derecho de la defensa. En conclusión, como la no comparencia al proceso no obedeció a la renuencia, o a la actitud elusiva del sindicato, sino a la negligencia de los funcionarios judiciales, como se ha reiterado hasta el agotamiento, de allí se infiere que a él se le negó por parte de dichos funcionarios el legítimo ejercicio de su derecho de defensa, lo cual se habría logrado si por los medios procesales estimados conducentes se le hubiera hecho comparecer al proceso, citándolo, o librando una orden de captura a la dirección tantas veces mencionada.

(...)

En el presente proceso penal el accionante Troncoso Maestre solo tuvo conocimiento del proceso penal que con él se adelantó en el momento en que fue capturado en cumplimiento de la sentencia condenatoria y cuando ésta se hallaba debidamente ejecutoriada. En estas circunstancias aparentemente le quedaba aún expedito el camino procesal ordinario de la acción de revisión para enmendar lo que a su juicio ha sido un evidente entuerto procesal. En consecuencia, intentó la acción de revisión del proceso penal ante esta Corporación, en la cual con ponencia del mismo Magistrado conductor de esta acción fue denegada dicha revisión por deficiencias formales del libero introductorio, o lo que es lo mismo por fallas de índole técnica en la incoación de la acción. En estas circunstancias solo le quedaba al accionante en este proceso, como ultima ratio en la tuición de su derecho de defensa la utilización de la acción de tutela, la cual precisamente fue excogitada por el constituyente del 91 como mecanismo excepcional cuando en el caso de que se trata no exista ningún otro medio jurídico-procesal para hacer valer el derecho fundamental constitucional pretensamente vulnerado, como ha ocurrido en este proceso (...).

(...) así se ha dicho hasta la tautología, que el accionante Troncoso Maestre no tuvo ninguna oportunidad procesal para controvertir dentro del proceso penal que se le adelantó ninguna de las imputaciones que se le formularon, desde luego que él las desconoció en absoluto, debiendo conocerlas ya que en el folio 124 del proceso penal referido aparecía su dirección residencial a la cual se le podía comunicar cualquier

determinación que los funcionarios judiciales intervinientes en dicho proceso tomaran.

(...)

De las anteriores transcripciones se entiende, con fulgente claridad, que las vías de hecho en que incurra un funcionario judicial en evidente desmedro de un derecho fundamental procesal, puede originar la revisión o la modificación de tal actuación irregular de dicho funcionario, así ésta se encuentre en firme, tanto más si esa actuación, como ocurre en el presente proceso, se concreta en “la omisión de una actuación judicial de la cual depende el ejercicio de un derecho fundamental.

En el presente caso es incuestionable que de la cita personal del procesado Troncoso Maestre, o de su captura en su residencia en Santa Marta, dependía de manera absoluta el ejercicio de su derecho fundamental a la defensa procesal y que, como ninguno de los funcionarios que actuaron en el proceso decidieron cumplir con tal deber, con esa omisión quebrantaron, de manera irreparable, al accionante en este proceso el derecho que tenía de saber cuáles eran los cargos que contra él se hacían y cuáles eran los medios que tenía a su alcance para defenderse de ellos.

(...)

(...) entiende esta Sala que la repudiable omisión en que incurrieron los funcionarios judiciales en el proceso adelantado contra Troncoso Maestre, puede ser citado como paradigma de comportamiento omisivo procesal, de “los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho...” y fueron tan nocivas las consecuencias de tal reiterada omisión, que merced a ella el accionante fue condenado y la sentencia respectiva se ejecutorió a sus espaldas, ya que él nunca supo que en su contra se adelantaba proceso alguno. En conclusión, no se le cercenó, sino que por una reprobable vía de hecho judicial se le denegó en forma absoluta su derecho de defensa.

(...)

(...) que decir de la situación procesal del accionante quien no solo no tuvo la indeficiente oportunidad de solicitar pruebas, sino, y lo que es más grave, ni siquiera tuvo la oportunidad de saber que contra él se adelantaba un proceso, debido a la perniciosa incuria de los funcionarios instructores y en menor parte del juez de la cauca? (sic) Para la Sala es claro que si la violación del derecho de defensa admitiera gradación, o estratificaciones jurídicas, no habría duda de que la comprobada en este proceso es de

magnitud suma, quebrantamiento este que amerita la tutela del derecho menospreciado.

(...) entonces se plantea como única alternativa procesal y fructífera para los fines propuestos en la presente acción, la anulación del proceso penal adelantado contra Troncoso Maestre, desde el auto que declaró cerrada la investigación y que obra a folio 125 del cuaderno original, para que una vez reactivada la fase investigativa del proceso se practiquen todas las pruebas que solicite el sindicato en su defensa, así como las que ex officio estime pertinentes el Fiscal a quien corresponda el negocio. Entre otras pruebas no podría faltar el reconocimiento en fila de personas del imputado, por parte de las personas, o los empleados del banco que estuvieron presentes al momento del cobro del cheque, el cotejo grafotécnico entre las huellas dactilares del accionante Troncoso Maestre y la huella al parecer del índice derecho que se encuentra en el reverso del cheque Nro. J21153691, por valor de \$2.700.000 pesos, girado a favor de Luis Troncoso (...). También se debe practicar prueba grafotécnica entre los signos escriturales del accionante Troncoso Maestre y la firma que aparece en el envés del cheque antecitado (sic). Para estas dos pruebas se requiere el original del cheque, que el banco girado debe poner a órdenes de la Fiscalía (...).

Existe un aspecto importante que no puede eludir este fallo, como lo es el atinente a la libertad del accionante. En efecto, como la anulación del proceso se ordenará a partir del auto de clausura de la investigación, (...) retrotraída la actuación a la etapa sumarial, de allí se seguirá que el accionante Troncoso Maestre tendría más de ciento veinte días de estar privado de su libertad, como consta de autos (...) sin que sobre él pese resolución acusatoria, por tal virtud se haría merecedor de la libertad provisional, de conformidad con el numeral 4 del art. 415 del C.P.P. sin embargo, estima la Sala que esta es una decisión que debe tomar el Fiscal Instructor cuando el proceso llegue a su despacho, bien de oficio, o por solicitud del procesado en el proceso penal. Y ello es así, ya que el juez de tutela sólo puede tomar, y de modo excepcional, determinaciones encaminadas a restaurar los derechos fundamentales vulnerados, empero no puede, so pretexto de salvaguarda de esos mismos derechos arrogarse atribuciones procesales que sólo incumben a la Fiscalía o al Juez de la causa, dada su naturaleza intrínseca, como es la concesión de la libertad provisional caucionada, la cual está sometida a un ritual especial en el C. de P.P., el que no puede aplicar el juez de tutela.

(...)”.

Se encuentra acreditado, igualmente, que mediante boleta # 055 de fecha 7 de julio de 1995, emanada de la Fiscalía Veintisiete, Delegada ante Juzgados

Penales del Circuito de Valledupar, se ordenó la libertad del señor Troncoso Maestre.

El 11 de septiembre de 1998⁴, la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar en orden a calificar el sumario en la investigación adelantada en contra del señor Luis Roberto Troncoso Maestre, precluyó la investigación en su favor por considerar que el sindicado no cometió los delitos endilgados, además revocó la medida detentiva proferida el 1 de agosto de 1991, canceló las órdenes de captura impartidas en su contra y declaró extinguida la acción penal. Tal decisión se fundamentó en que:

“ (...)

En el evento que nos ocupa no se dan los presupuestos indicados en el artículo 441 el Estatuto Procesal Penal en su actualidad, porque si bien es cierto que se encuentra demostrada la ocurrencia del hecho, no es menos cierto que se adolece de la prueba necesaria que compromete la responsabilidad del imputado LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE, porque su presencia en la ciudad de Codazzi el día 23 de abril de 1991, resulta difícil de aceptar o tener como cierta y antes por el contrario aparecen graves indicios de que no tuvo ninguna participación en los hechos por los cuales fue investigado, juzgado y sentenciado, sentencia que se anuló a través de la vía de tutela y porque las apreciaciones que hizo el magistrado disidente cuando el hoy procesado instauró la acción de revisión ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar tiene su fundamentación lógica para deducir que TRONCOSO MAESTRE no estuvo para la época de los hechos en esta población y que no fue la persona que el día 23 de abril de 1991, cobró por ventanilla el cheque Nro. J21153691 de la agencia del Banco de Bogotá, pues también se le había perdido o extraviado su cédula de ciudadanía y no fue reconocido por ninguno de los empleados de la Entidad crediticia como la persona autora de los hechos.

En su injurada TRONCOSO MAESTRE es claro en señalar que no había estado en la población de Codazzi y que jamás ha cambiado cheque en el Banco de Bogotá y niega que la letra de la firma y la huella dactilar que tenía el título valor fuese de él y si observamos detenidamente la declaración de RAMIRO QUINTERO CRISTANCHO rendida el 26 de abril

⁴ Dicha providencia se notificó personalmente al señor Luis Roberto Troncoso Maestre el 23 de octubre de 1998.

de 1991, (...) quien se desempeñaba como Jefe de Operaciones del Banco de Bogotá dice quien cobró el cheque es un señor gordo, de baja estatura, pelo achinado, moreno y que el compañero era alto, delgado y más negro, cabellos crespos, vemos que esas características no coinciden en su totalidad con las del procesado TRONCOSO MAESTRE, como tampoco las que señala (ilegible) LEONOR ÁVILA PEÑALOSA en su declaración de fecha 24 de abril de 1991 (...) en la que advierte que el tipo que fue a cobrar el cheque era moreno, bajito, cabello liso, de color negro, pues la persona que este Despacho escuchó en indagatoria, no es de cabello liso, sino ondulado, de crespos y si observamos lo que dice CARLOS BAUTISTA (ilegible) en su testimonio (...) de fecha 26 de abril de 1991, éste señala que la persona que cobró el cheque o a quien se lo pagaron tenía el cabello un poco (ilegible) y largo como afro.

De estos declarantes se tiene como conclusión que ninguno de ellos con las características morfológicas de la persona que cobrara o hiciera efectivo el cheque y ninguna de ellas describe acertadamente al señor LUIS ROBERTO TRONCOSO MAESTRE y como quiera que la foto identificación tomada a la persona que cobró el título valor no quedó legible, mal podría esta Fiscalía atribuirle responsabilidad penal al señor TRONCOSO MAESTRE para proferir RESOLUCIÓN ACUSATORIA y antes por el contrario, precluir la investigación es lo más ajustado a derecho, toda vez que, no existe prueba alguna que controvierta su dicho consistente en habersele perdido la cédula de ciudadanía en la ciudad de Santa Marta, antes de la ocurrencia de los hechos, no haber estado en la población de Codazzi, cuando los mismos sucedieron, no haberse demostrado que la huella o la firma que fue implantada en el título valor corresponda al señor Troncoso Maestre, a más de que en este momento ni siquiera el original del título valor que dio inicio al presente asunto, milita en autos, siendo una prueba fundamental para establecer la falsedad y además las huellas y firmas que se estamparon en tal documento, las cuales no pueden confrontarse con las fotocopias que le fueron tomadas al original del título valor.

(...)

Es imperativo del Estado de Derecho y de los funcionarios judiciales reconocer en cualquier momento la presunción de inocencia que todo procesado tiene y que solo puede ser desechada cuando existan pruebas contundentes y serias y no meras suposiciones, sospechas y conjeturas, pues endilgarle responsabilidad penal a una persona a quien se le ha extraviado o perdido un documento de identificación, resulta absurdo y puede dar lugar a que se comentan injusticias, pues fácilmente ello ocurre a diario con los ciudadanos colombianos de buenas costumbres y quienes precisamente se benefician de tal situación, son quienes permanentemente delinquen y son los infractores continuos de la ley los

que llegan a despojar a las gentes de bien de sus documentos personales o de identificación para cometer ilícitos y despistar a las autoridades.

(...)"

Se encuentra acreditado que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre ingresó a la cárcel de Santa Marta el 24 de marzo de 1994 y egresó el día 7 de julio de 1995 y que se mantuvo vinculado a la investigación penal hasta el 23 de octubre de 1998. Día en que se le notificó la providencia que precluyó la investigación antes transcrita.

De acuerdo con lo anterior, no existe duda de que el Estado debe responder por el daño causado *i)* como consecuencia de la privación de la libertad que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre, no tenía que soportar, pues la Fiscalía General de Nación, profirió medida de detención preventiva, sin que los hechos que se le endilgaban se hubiesen demostrado y por lo mismo sin haber desvirtuado la presunción de inocencia y *ii)* tres años más tarde precluyó la investigación.

Es que tratándose de responsabilidad extracontractual en nuestro ordenamiento rige el principio según el cual la reparación persigue la indemnidad de la víctima, en eventos como en el *sub lite* en que la misma no tenía que soportar el daño, como quiera que contrario a lo que sostiene la entidad demandada, no se acreditaron los elementos necesarios para estructurar la responsabilidad penal endilgada.

Se encuentra suficientemente acreditado en el plenario, por la certificación expedida en la cárcel de Santa Marta, que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre estuvo privado de la libertad entre el 24 de marzo de 1994 y el 7 de julio de 1995. Y es evidente que tal detención le causó un daño, como consideró el *a quo*. Aunado a que aquello no fue lo único, pues el inculpado siguió vinculado a la investigación de los hechos, si se considera que aunque fue dejado en libertad el 7 de julio de 1995, solo tres años más tarde le fue precluida la investigación;

conforme el criterio que ha sido adoptado por la Sala desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 –expediente No. 13.232-, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado, se ha reconocido una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, esta Corporación ha reiterado que⁵:

“(...) en casos de privación injusta de la libertad y con apoyo en las máximas de la experiencia, hay lugar a inferir que esa situación genera dolor moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto afectada o limitada su libertad⁶; en la misma línea de pensamiento se ha considerado que dicho dolor moral también se genera en sus seres queridos más cercanos, tal como la Sala lo ha reconocido en diferentes oportunidades⁷, al tiempo que se ha precisado que según las aludidas reglas de la experiencia, el dolor de los padres es, cuando menos, tan grande como el del hijo que fue privado injustamente de su libertad, cuestión que cabe predicar por igual en relación con el cónyuge, compañera o compañero permanente o estable o los hijos de quien debió soportar directamente la afectación injusta de su Derecho Fundamental a la libertad⁸.

Asimismo, en relación con la acreditación del perjuicio en referencia, se ha dicho que con la prueba del parentesco o del registro civil de matrimonio se infiere la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes cercanos⁹, según corresponda.

Respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, según la jurisprudencia de la Sala que aquí se reitera, se encuentra suficientemente establecido que el Juez debe tener como fundamento el arbitrio judicial y debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto¹⁰.

⁵ Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, exp. 36149. MP. Hernán Andrade Rincón.

⁶ Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12.076. M.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

⁷ Sentencia de 20 de febrero de 2.008, exp. 15.980. M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸ Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23.688. M.P. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada recientemente en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24.296.

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 1° de marzo de 2006. Expediente 15440. MP: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 27 de junio de 2013. Expediente 31033.

Actor: Roberto Troncoso Maestre y otro
Exp. 30857

Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa –radicación No. 25.022– y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

| | NIVEL 1 | NIVEL 2 | NIVEL 3 | NIVEL 4 | NIVEL 5 |
|---|--|--|--|---|--|
| Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad | Víctima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1º de consanguinidad | Parientes en el 2º de consanguinidad | Parientes en el 3º de consanguinidad | Parientes en el 4º de consanguinidad y afines hasta el 2º | Terceros damnificados |
| Término de privación injusta en meses | | 50% del Porcentaje de la Víctima directa | 35% del Porcentaje de la Víctima directa | 25% del Porcentaje de la Víctima directa | 15% del Porcentaje de la Víctima directa |
| | SMLMV | SMLMV | SMLMV | SMLMV | SMLMV |
| Superior a 18 meses | 100 | 50 | 35 | 25 | 15 |
| Superior a 12 e inferior a 18 | 90 | 45 | 31,5 | 22,5 | 13,5 |
| Superior a 9 e inferior a 12 | 80 | 40 | 28 | 20 | 12 |
| Superior a 6 e inferior a 9 | 70 | 35 | 24,5 | 17,5 | 10,5 |
| Superior a 3 e inferior a 6 | 50 | 25 | 17,5 | 12,5 | 7,5 |
| Superior a 1 e inferior a 3 | 35 | 17,5 | 12,25 | 8,75 | 5,25 |
| Igual e inferior a 1 | 15 | 7,5 | 5,25 | 3,75 | 2,25 |

Conforme lo anterior, corresponde la suma equivalente a 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los actores, considerando que el señor Troncoso Maestre estuvo privado de la libertad desde el 24 de marzo de 1994 hasta el 7 de julio de 1995, esto es 15 meses y 13 días, por lo que se aplicaría el criterio correspondiente a “cuando supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses”. No obstante, teniendo presente que el *a quo* reconoció por daño moral el equivalente 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Luis Roberto Troncoso Maestre y que no se trata de un caso de apelante único, pues la llamada en garantía también interpuso recurso, se puede disminuir lo reconocido en primera instancia en diez (10) salarios mínimos para el señor Troncoso e incrementar conforme el criterio, lo reconocido a la señora Regina Mercedes Maestre de Troncoso (madre del señor Luis Roberto) en cuarenta (40) salarios mínimos, para un total de noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

No obstante, se duele la parte actora de que el periodo a indemnizar reconocido en primera instancia, no corresponde con el que en efecto duró el daño, que en su sentir fue de “85 meses y 11 días”, tiempo transcurrido entre la fecha del auto de detención preventiva (1 de agosto de 1991) y la de notificación de preclusión de la investigación (23 de octubre de 1998).

Al respecto es importante precisar que, el juez de tutela el 16 de junio de 1995, anuló del proceso desde el auto del 17 de enero de 1992, por el cual se declaró cerrada la investigación, inclusive, y remitió el expediente contentivo del proceso penal a la Fiscalía, entre otros, a efectos de practicar todas las pruebas encaminadas a demostrar tanto la responsabilidad como la inocencia del sindicado. Así, según la constancia expedida por la cárcel de Santa Marta, el señor Troncoso Maestre fue dejado en libertad el día 7 de julio de 1995, por orden de la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar y solo hasta el 11 de septiembre de 1998, la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Valledupar precluyó la investigación en su favor por considerar que el sindicado no cometió los delitos endilgados, además revocó la medida detentiva proferida el 1 de agosto de 1991, canceló las órdenes de captura impartidas en su contra y declaró extinguida la acción penal.

Conforme lo anterior, es importante aclarar que la demora de la entidad demandada en adelantar la nueva investigación penal que llevaría a identificar la responsabilidad del señor Troncoso Maestre en los delitos endilgados (desde el 16 de junio de 1995 hasta el 11 de septiembre de 1998), estando el señor Troncoso Maestre *sub judice*, vulneró su derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, pues, no se corresponde con los términos establecidos en el ordenamiento¹¹, perentorios, particularmente cuando ponen en entre dicho

¹¹ En el Decreto 2700 de 1991, vigente para la época de los hechos, se establecía:

la inocencia, la honra y la dignidad de los implicados, que una investigación tarde más de tres años, si se considera que precluyó el 11 de septiembre de 1998, luego de que en julio de 1995 se le diera la libertad.

Conforme lo anterior, se incrementará lo reconocido por daño moral a favor de la víctima directa, por la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia en treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, en lo relacionado con los perjuicios materiales en el escrito de corrección de la demanda la parte actora solicitó el reconocimiento de una indemnización pecuniaria por concepto de daño emergente y de lucro cesante. El *a quo* accedió al reconocimiento de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$10.429.277), a favor del señor Luis Roberto Troncoso Maestre, por concepto de daño

“ARTICULO 329. Término para la instrucción. (...) La instrucción podrá realizarse mientras no prescriba la acción penal.

ARTICULO 438. Cierre de la investigación. En ningún caso podrá cerrarse la investigación si no se ha resuelto la situación jurídica del imputado. Cuando no hubiere pruebas necesarias para calificar la investigación, el fiscal se abstendrá de cerrarla (...).”

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia 411 de 1993 declaró la inexecutable de las normas transcritas precisando *“Declarada por esta providencia la inexecutable de los apartes acusados de los artículos 329, 438 y 439, como se hará en la parte resolutive, el país quedará -hasta que el Congreso expida el Código de Procedimiento Penal que actualmente debate-, bajo la vigencia de una ley procesal penal que no estipula un plazo cierto para el cierre de la instrucción, diferente al de la prescripción de la acción penal.*

Así las cosas, podría pensarse que la Corte Constitucional, al pretender corregir una violación de la Constitución, declarando inexecutable los apartes acusados de los artículos 329, 438 y 439, de hecho deja a los ciudadanos cuyos derechos y garantías se vulneraban, en situación de no poder escapar de esa violación, hasta tanto el legislador expida el nuevo Código de Procedimiento. Sin embargo, las personas a quienes se vincule a una investigación y no obtengan de la Fiscalía la calificación del proceso en un término razonable, podrán hacer uso de los instrumentos que para la defensa de los derechos fundamentales, establece el ordenamiento.

La mayor o menor amplitud del término judicial deberá condicionarse a factores tales como: la naturaleza del delito imputado, su mayor o menor gravedad el grado de complejidad que su investigación comporte, el número de sindicados, los efectos sociales nocivos que de él se desprendan, etc.” Sentencia del 28 de septiembre de 1993. MP. Carlos Gaviria Díaz.

emergente y sostuvo que correspondía “*al pago de las suma de dinero que dejó de percibir (...) por concepto de salarios, durante el tiempo que permaneció recluido en la cárcel del distrito judicial de Santa Marta (...)*”. Así mismo precisó que “*al no probarse que salario devengaba el demandante el momento de ser capturado y por ser una persona económicamente productiva estos perjuicios se liquidarán tomando como base el salario mínimo legal vigente para la fecha de la sentencia, aumentado en un 30% por factor prestacional (...)*”.

De acuerdo con lo anterior, es importante precisar que lo reconocido por el *a quo* corresponde al concepto de lucro cesante, no de daño emergente, pues aquel hace referencia a lo dejado de percibir como consecuencia del daño, como es el caso de los salarios, mientras que éste cobija todo aquello que salió por igual circunstancia del patrimonio de la víctima.

Esta Corporación, en eventos como en el que ocupa la atención de la Sala, cuando no se tiene prueba de la actividad económica desempeñada por la víctima, indemniza por concepto de lucro cesante, pues ello no tendría que desconocerse, en atención a que es lo que ordinariamente ocurre, de suerte que ha tenido como base para la liquidación de este perjuicio el salario mínimo, adicionado en un 25%¹² por concepto de prestaciones sociales. Así mismo, se considera procedente extender el periodo de tiempo indemnizado por el término en que el señor Troncoso Maestre debió quedar cesante una vez recuperó su libertad definitiva, el cual se estima en un período adicional de 35 semanas (8,75 meses), que corresponden al tiempo que, en promedio, puede tardar una persona en edad económicamente activa para encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, como lo ha considerado la Sala en oportunidades anteriores, con fundamento en la información ofrecida por el Observatorio

¹² Aunque el *a quo* realizó un incremento del 30% por prestaciones sociales, la Sala aplicará el criterio que usualmente tiene en cuenta en casos similares, es decir se incrementará el 25% sin que con ello se afecte al apelante único, pues el periodo a indemnizar será mayor.

Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)¹³.

Para el caso concreto habrá de tomarse como base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente para esta sentencia, en razón a que si se actualiza el vigente para la época de los hechos¹⁴, arroja un resultado menor¹⁵.

En consecuencia, al salario base de liquidación, es decir a la suma de \$616.000 de conformidad con la posición de la Sala, se le se adicionará un 25% por concepto de prestaciones sociales. De lo que se sigue que:

Salario base de liquidación = \$616.000+ 25% = \$770.000

Así las cosas, la liquidación de la indemnización por lucro cesante a favor de Luis Roberto Troncoso Maestre, comprenderá el periodo desde la fecha de la privación de la libertad (24 de marzo de 1994), hasta la fecha en que la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar emite la boleta de libertad No. 055 (7 de julio de 1995). Es decir, 15 meses y 13 días, que equivale a 15,43 meses, periodo extendido en 35 semanas (8,75 meses), por lo que el período total a indemnizar será de 24,18 meses.

Indemnización debida o consolidada

n

¹³ Uribe G., José Ignacio y Gómez R., Lina Maritza, Canales de búsqueda de empleo en el mercado laboral colombiano 2003, en *Serie Documentos Laborales y Ocupacionales*, N° 3, Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, SENA-Dirección General de Empleo y Trabajo, Bogotá, junio de 2005, p. 22. Fuente citada por la Sala en sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ El SMMLV para el año de 1994 era \$98.700 que actualizado arroja un total de \$259.540,35

¹⁵ El SMMLV para el 2014 es \$616.000

$$S = Ra \times \frac{(1 + 0,004867)^n - 1}{0,004867}$$

Donde:

S = La suma que se busca al momento de la condena

Ra= constituye la renta actualizada (base de liquidación)

n= número de meses a indemnizar (desde la fecha de la privación de la libertad (24 de marzo de 1994), hasta la fecha en que la Fiscalía Veintisiete Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Valledupar emite la boleta de libertad No. 055 (7 de julio de 1995), 15,43 meses, más el periodo en que quedó cesante según estudio del SENA. Total: 24,18 meses)

i= interés técnico legal mensual (0,004867)

$$S = \$770.000 \times \frac{(1,004867)^{24,18} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$19'707.632,64$$

Ahora bien, en cuanto al daño emergente existe prueba de que el señor Luis Roberto Troncoso Maestre le canceló al abogado Víctor Manuel Barrios Diazgranados “la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2'500.000) por concepto de honorarios como defensor en el proceso penal que lo llevó a permanecer 15 meses recluido en el Centro Penitenciario del Distrito de Santa Marta”, razón por la que la Sala accederá a actualizar y reconocer dicha suma así:

$$RA = S \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

$$RA = \$2`500.000 \times \frac{117.49^{16}}{57.47^{17}}$$

$$RA = 5.110.927,44$$

3.2.5 Del llamamiento en garantía

Como quedó señalado, la llamada en garantía, dada la condena al 25% de lo que la demandada debe reconocer, interpuso recurso de apelación por considerar que las decisiones que afectaron la libertad del señor Troncoso Maestre fueron emitidas con anterioridad a su participación en el proceso penal, pues la orden de captura y la medida de detención preventiva las profirió el Juzgado Quinto de Instrucción Criminal radicado en Codazzi, el 17 de mayo y el 1 de agosto de 1991 respectivamente y su actuación en dicho proceso se dio a partir del 30 de abril de 1993, con la resolución de acusación.

Al respecto, es importante previamente recordar que el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 señala:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.

Con el fin de analizar el factor subjetivo del comportamiento del agente estatal, en ejercicio de sus funciones, en el momento en que ocurrieron los hechos o actuaciones que dieron lugar al llamamiento en garantía y considerando que los mismos tuvieron lugar con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001, es necesario remitirse al criterio de culpa grave y dolo definidas en el Código Civil:

¹⁶ Índice de Precios al Consumidor septiembre 2014

¹⁷ Índice de Precios al Consumidor julio 1995

“ARTÍCULO 63. CLASES DE CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

(...)

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

No obstante esta Corporación¹⁸ ha precisado que para determinar la culpa grave o el dolo, es menester tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Así mismo, en cuanto a los aspectos que deben tenerse en cuenta cuando se trata de determinar la responsabilidad del agente, se ha expuesto:

“En consideración a lo anterior, la Sala¹⁹ ha explicado que, para establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y, si respecto de ellas, se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas - actuación dolosa -, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.”

¹⁸ Sentencia que dictó la Sección Tercera el 31 de agosto de 1999. Exp. 10.865. Actor: Emperatriz Zambrano y otros. Demandado: Nación, Ministerio de Defensa. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁹ Sentencia de 27 de noviembre de 2006, exp. 23.049

Es claro entonces, que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la que juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico, permite deducir su responsabilidad y resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.

Dado lo anterior, no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional haya estipulado expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios sólo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo que podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública^{20,21}.

Analizadas las pruebas aportadas al proceso, la única evidencia que se encuentra de la participación de la señora Josefa Cotes Torres en el proceso penal adelantado en contra del señor Luis Roberto Troncoso Maestre es la resolución de acusación, la cual se profirió el 30 de abril de 1993 por dicha funcionaria como Fiscal Seccional Veintiséis de Codazzi sin que se conozca porque no fue aportada la evidencia a la litis el término que la investigación estuvo bajo la responsabilidad de la funcionaria.

Ahora bien, ante la solicitud realizada el 16 de septiembre de 1991 por el Juez Quinto de Instrucción Criminal del municipio de Codazzi, William R. Diazgranados, la Registraduría aportó la cartilla decadactilar del señor Luis Roberto Troncoso Maestre en la que se consignó la siguiente dirección: departamento del Magdalena, municipio de Santa Marta, Calle 18 # 16-30, lugar de residencia del sindicato. No obstante, no se tiene evidencia de la fecha en que se allegó dicho documento al expediente, aunque por el folio asignado en el

²⁰ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, exp. 26.708

²¹ Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2009. Exp. 16820. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

proceso penal (fl.123) pareciera que antecede a la providencia emitida por la señora Josefa Cotes Torres (fl.127-133), razón por la que como funcionaria investigadora, podía haber ubicado al señor Troncoso Maestre, a efectos de lograr su comparecencia al proceso penal, garantizándosele su defensa material.

No obstante, dichos elementos resultan insuficientes, para analizar el factor subjetivo del comportamiento de la llamada en garantía y calificar dicho comportamiento a título de dolo o de culpa grave, razón por la que la Sala absolverá a la llamada en garantía de la condena impuesta por el *a quo*.

Finalmente, estructurada como se encuentra la responsabilidad del Estado por el daño causado a la parte actora, como consecuencia de la privación injusta de la libertad y de los derechos constitucionales vulnerados al señor Luis Roberto Troncoso Maestre y atendiendo al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y la llamada en garantía no queda sino modificar la sentencia de primera instancia, conforme las consideraciones expuestas.

No se condenará en costas, puesto que, de conformidad con el artículo 55 de la ley 446 de 1998, hay lugar a ello cuando la conducta de alguna de las partes así lo amerite y, en el *sub lite*, no se encuentra elemento que permita deducir tal aspecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2004 por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de

Santander y Cesar que declaró la responsabilidad de la entidad demandada y la condenó al pago de perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante, conforme las precisiones de la parte motiva. Así mismo, condenó a la llamada en garantía a reembolsar el 25% de la condena impuesta a la demandada.

De modo que la sentencia quedará así:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación de los daños y perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión privación injusta de la libertad a que fue sometido el señor Luis Roberto Troncoso Maestre, entre el 24 de marzo de 1994 y el 7 de julio de 1995 y de la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia.

SEGUNDO: CONDENAR, conforme lo anterior, a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de perjuicios morales, a favor del señor Luis Roberto Troncoso Maestre (sindicado) la suma equivalente a CIENTO VEINTE (120) salarios mínimos legales mensuales y a favor de la señora Regina Mercedes Maestre de Troncoso (madre) la suma equivalente a NOVENTA (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar al señor Luis Roberto Troncoso Maestre, la suma de DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS MCTE (**\$19`707.632,64**) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

CUARTO: CONDENAR a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar al señor Luis Roberto Troncoso Maestre la suma de CINCO MILLONES CIENTO DIEZ MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE PESOS CON CUARENTA Y CUATRO

CENTAVOS MCTE (**\$5.110.927,44**) por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía.

SEXTO: SIN COSTAS por no aparecer causadas.

En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente de la Subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada