



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente: SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

Bucaramanga, treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Exp.686793333003-2017-00195-01

Parte Demandante: ALBERTO ARANGO, con cédula de ciudadanía No.94'463.542 (víctima directa)

Parte Demandada: RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Medio de Control: Reparación Directa

Tema: Privación injusta de la libertad / El demandante afrontó la privación de su libertad en virtud de dos decisiones judiciales: el auto de detención preventiva y la sentencia de primera instancia emitida con sentido condenatorio / No se prueba que la primera de esas decisiones le haya causado un daño antijurídico, pues los errores advertidos por el *A Quem* penal no excluían la posibilidad de inferir la posible autoría del homicidio por el cual fue investigado en una fase inicial de la investigación penal / Sí se prueba que la condena penal contenida en la sentencia de primera instancia fue proferida sin acreditarse más allá de toda duda la autoría del delito: los testimonios recaudados en la audiencia de juicio oral no permitían establecer los indicios con los que el *A Quo* penal condenó al señor Alberto Arango. Así, se prueba que la privación de la libertad es injusta durante el lapso en el que tramitó la apelación por él interpuesta en contra el fallo condenatorio, el que resulta imputable a la parte demandada a título de falla del servicio pues el desconocimiento del contenido obligacional previsto en el art. 7.2: toda duda se resuelve a favor del procesado / Según la SU 18.07.2019 quien fue privado injustamente de la libertad debe acreditar que realizaba una actividad productiva lícita para que sea posible indemnizarse el lucro cesante

Se deciden los **recursos de apelación** interpuestos por la Fiscalía General de la Nación y por la Rama Judicial contra la sentencia proferida en el proceso de la referencia **el diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)** por el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil**, en la que se **accede parcialmente a las pretensiones**, previa la siguiente reseña:

I. LA DEMANDA

(Fls.1 a 8)

En síntesis **pretende**, se declare la responsabilidad patrimonial de las demandadas por los perjuicios sufridos por el demandante (100 SMMLV por perjuicio moral y \$45'876.691 por lucro cesante y daño emergente), con ocasión

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

de la privación de la libertad de la que fue objeto **desde el 04.04.2013 hasta el 11.03.2014** en cumplimiento de una orden de detención preventiva solicitada por la Fiscalía Quinta Seccional de Vélez acusado injustamente como autor del delito de homicidio agravado, y se las condene en costas. **Como fundamento de las pretensiones**, se afirma en la demanda que: **i)** el 04.04.2013 el señor Arango fue capturado realizándose las audiencias preliminares de legalización de captura, imputación e imposición de detención preventiva como posible responsable del delito de homicidio agravado, **ii)** el 27.05.2013 la Fiscalía presentó escrito de acusación en su contra y el 23.07.2013 se hizo la audiencia respectiva, para el 19.03.2014 llevarse a cabo la audiencia preparatoria, **iii)** la audiencia de juicio oral se celebró los meses de mayo, julio y agosto de 2014, para emitirse sentencia condenatoria el 20.11.2014, **iv)** la que fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil en fallo del 11.03.2015. Se sostiene que al momento de impartir la orden de detención preventiva las autoridades judiciales omitieron dar aplicación al art. 308 del CPP y las Sentencias 774 de 2001 y 805 de 2002 de la Corte Constitucional, pues por su capacidad económica y la actividad de agricultor que desarrollaba en ese momento era posible saber que no iba a continuar con la actividad delictual, ni iba a entorpecer la investigación o la actividad probatoria, además se debió deducir que él no era el autor del homicidio investigado, al punto que su comparecencia al proceso se hubiera garantizado mediante caución prendaria sin ser necesario la privación de su libertad, que le causó perjuicios materiales y morales. Por lo anterior, considera que se dan los supuestos del art. 68 de la Ley 270 de 1996 para considerar que esa privación fue injusta.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

A. La Fiscalía General de la Nación (Fis. 116 a 145), por intermedio de apoderado judicial, dice no constarle alguno de los hechos de la demanda aunque se opone a que sus actuaciones sean consideradas como ilegales pues, dice, se respetaron las previsiones de la Ley 906 de 2004, recordando que la imputación y la detención preventiva no consisten en pronunciamientos sobre la responsabilidad que le cabía al señor Alberto Arango, y que la absolución se fundó del análisis de las pruebas realizadas por el juez penal de segunda instancia. Así, considera que no deben prosperar las pretensiones. Excepciona el cumplimiento del deber legal, la inexistencia de falla del servicio, la ausencia de nexo causal y la falta de legitimación material en la causa por pasiva en atención a que la privación de la libertad tuvo origen en una inferencia sobre la

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

posible responsabilidad realizada por el juez de control de garantías, en quien recae la competencia para adoptar dicha decisión la que ejerce de manera autónoma e independiente a la actividad de la Fiscalía, tal y como ha reconocido el Consejo de Estado que en privaciones injustas de la libertad causadas bajo la Ley 906 de 2004 ha condenado en el 100% a la rama judicial. Alega también que la parte demandante no prueba la antijuridicidad del daño pues sí se reunían los requisitos exigidos por la ley para imponer la detención preventiva de la libertad. Respecto a los perjuicios morales dice que eventualmente deben ser reconocidos según las circunstancias que se prueben en el presente caso, y que no debe otorgarse algún valor por concepto de lucro cesante pues en la demanda no se especifica la actividad productiva desarrollada ni se allega alguna prueba.

2. La Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial Seccional Santander (Fls.156 a 162Vto), por intermedio de apoderado judicial, frente a los hechos dice no constarle alguno de los relacionados con la investigación adelantada por la Fiscalía en la que no tuvo alguna injerencia, ni con las circunstancias personales del demandante y se atiene a lo probado respecto a los demás. **Se opone a las pretensiones** argumentando que las actuaciones y decisiones tanto de la Fiscalía como de los jueces que intervinieron en el proceso penal se emitieron en cumplimiento de la Constitución y la ley, *“correspondiéndole al juez de lo contencioso administrativo realizar en el marco de su competencia, un análisis crítico del material probatorio recaudado y así determinar si los argumentos que sustentan la exoneración penal como podría ser la aplicación del principio de la in dubio pro reo, esconde deficiencias en la actividad investigativa, de recaudo o de valoración probatoria de las autoridades judiciales intervinientes, que en últimas son las que constituyen la razón verdadera que llevó a absolver al sindicado o a precluir la investigación penal a su favor”* destacando que en el proceso la falla en el servicio que se alega ocurrió durante la investigación penal por parte de la Fiscalía General de la Nación como se advirtió por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil: faltó un informe de balística, no se incorporaron las balas que cegaron la vida de la víctima del homicidio, ni se le hizo prueba dactiloscópica a la bicicleta en la que el homicida habría huido, lo que llevaron a plantear la duda procesal ante la cual debió absolvérsele. Hace notar que el proceso penal objeto de reproche **se inició en vigencia de la ley 906 de 2004**, según la cual, compete a la Fiscalía **solicitar la medida de aseguramiento**; al juez de control de garantías verificar que esta tienda a asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, la conservación de la prueba y la

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

protección de la comunidad y velar por el estricto cumplimiento del art.308 Ib. y que en el caso que aquí nos ocupa, la actuación del juez de garantías se concretó en decretar en audiencia la medida solicitada por la Fiscalía, **correspondiéndole procesalmente a la parte demandante, demostrar que la privación de libertad a que fue sometido fue ilegal, errada, arbitraria o injusta para predicar que se le irrogó un daño antijurídico que deba ser resarcido por el Estado**, circunstancias que dice, no se dan en el presente caso.

III. DECISIONES RELEVANTES ASUMIDAS EN LA AUDIENCIA INICIAL

(Fls. 218 a 220Vto)

Es celebrada el 06.02.2018. En ella, el señor Juez Tercero Administrativo del Circuito de San Gil: **i) Declara no existir vicio alguno por sanear; ii) Difiere** la resolución de la falta de legitimación material en la causa por pasiva planteada por la Fiscalía a la sentencia, **iii) Fija el litigio:** Centrándolo en determinar si la detención preventiva del demandante se constituye en un daño antijurídico y si es posible que sea imputado a la parte demandada en los términos del art. 90 constitucional, **iv) Decreta las pruebas** y fija fecha para celebrar audiencia para su práctica.

IV. LA SENTENCIA APELADA

(Fls. 356 a 365)

Como ya se dijo, es proferida el 17.09.2018. En ella, se **resuelve: Declarar a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama Judicial**, responsables solidarios de la privación injusta de la que fue objeto el demandante, condenarlas a pagarle: 50 SMMLV por concepto de perjuicio moral y \$5'403.590 por concepto de lucro cesante, deniega las demás pretensiones y condena a la parte demandada a pagar las costas procesales. Como fundamento de estas decisiones, recrea que en la SU del 15.08.2018 el Consejo de Estado estableció las reglas a partir de las cuales se deben resolver las demandas de privación injusta de la libertad dejando atrás la SU del 17.10.2013, según las cuales para que se configure la responsabilidad del Estado no basta demostrar que no hubo condena, pues debe establecerse si esa privación es o no un daño antijurídico y el juez debe aplicar cualquiera de los títulos de imputación, según el principio *iura novit curia* a fin de decidir cuál es el que mejor conviene según el caso. Tiene por probado que: (i) el señor Alberto Arango permaneció privado de la libertad en dos períodos: el 04.04.2013 hasta el 19.07.2013 y el 16.01.2015 hasta el 16.03.2015 según certificación expedida por el INCPEC lo que es un

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

daño cierto y personal, (ii) ese daño es imputable a las demandadas pues tuvo origen en actuaciones conjuntas realizadas por la Fiscalía General de la Nación y la Rama judicial pues la privación de la libertad se dio en un proceso penal seguido por la muerte de una mujer ocurrida el 10.06.2009 en el Municipio de Cimitarra en el cual testigos señalaron al hoy demandante como su autor, por lo que fue capturado el 04.04.2013 fecha en la que se impuso la detención preventiva por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías de Valledupar, (iii) el proceso penal se adelantó hasta proferirse Sentencia de Segunda instancia en la que la Sala Penal del Tribunal de San Gil advierte la existencia de la duda probatoria y destacó varias irregularidades tanto en el Juez Penal que profirió la sentencia condenatoria de primera instancia como de la Fiscalía General de la Nación. Así el *A Quo* de esta reparación directa destaca que la Sala Penal del Tribunal de San Gil expuso que la juez de primera instancia “no realizó un juicioso análisis probatorio, en tanto concluyó que las pruebas aportadas por el ente investigador eran suficientes para determinar más allá de toda duda” la autoría del homicidio investigado pese a que “lo único cierto es que las pruebas practicadas a lo largo del juicio no descartan ninguna de las dos hipótesis” lo que es un yerro en el análisis probatorio, por lo que entiende que la condena penal no estuvo soportada en un análisis probatorio. Y registra como falencias de la Fiscalía: a) no realizar prueba dactiloscópica a una bicicleta en la que los testigos señalaron que había huido el asesino ni probar que era propiedad del acusado, b) tampoco se tomaron huellas del cuarto en donde ocurrió el homicidio ni a sus alrededores, c) no se estableció la visibilidad de ese lugar pese a que el homicidio sucedió en horas de la madrugada, lo cual era necesario para establecer si para un testigo era posible identificar al responsable, d) no se hizo prueba de absorción atómica, e) obviar que el cuerpo de la occiso había sido movido a la sala de la casa. Tales yerros, a juicio del *A Quo* permiten calificar a la privación de la libertad como injusta pues le otorga al daño probado la connotación de antijurídico que es imputable a las entidades demandadas a título de falla del servicio pues “se privó de la libertad al actor sin los soportes probatorios suficientes y contundentes exigidos por la ley procesal para hacer de la detención, una decisión consecuente con la realidad probatoria, además de razonable, necesaria y justa, destacándose por el tribunal de segunda instancia una multiplicidad de yerros cometidos en el proceso penal por el ente investigador y juzgador”. Destaca que esta falla compromete a las dos entidades demandadas pues el ejercicio concurrente de las competencias otorgadas por la Ley 906 de 2004 son las que permiten causar el daño, estando

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

obligadas solidariamente a indemnizarlo. Reconoce 50 SMMLV vigentes al momento de la ejecutoria del fallo en atención a la duración de la detención y sus características, según la jurisprudencia del Consejo de Estado¹. Niega el daño emergente por falta de prueba y liquida el lucro cesante presumiendo que devengaba un salario mínimo para la época aumentado un 25% por concepto de prestaciones sociales durante los 166 días en que permaneció privado de la libertad. Niega el lucro cesante por el tiempo en que se presume que el demandante demoró en conseguir empleo pues no se probó que al momento de la detención tuviera uno estable.

V. LAS APELACIONES

A. La Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Santander (Fls. 369 a 392) centra su alzada en que el *A Quo*: **i)** desconoció la SU del 18.05.2018 del Consejo de Estado pues en ella se enseña que la imposición de una medida de aseguramiento no está supeditada a la existencia de una prueba categórica de responsabilidad penal y que sólo en caso que sea ilícita – por no cumplir con los requisitos legales– surge la responsabilidad patrimonial del Estado pues de observar las exigencias jurídicas la privación no deviene en injusta, **ii)** omite aplicar la SU 072 de 2018 de la Corte Constitucional que restringe la aplicación del título objetivo de responsabilidad por privación injusta; **iii)** pasa por alto que está probada que la privación de la libertad tuvo origen en una culpa exclusiva de la víctima, pues en el proceso penal se probó testimonialmente que el señor Alberto Arango semanas antes de que ocurriera el homicidio por el cual se investigó expresó a la víctima y a su cónyuge que “hasta aquí fueron felices” luego que fuera despedido de una finca lo que en su criterio es un actuar descuidado e irresponsable el cual si bien es insuficiente para proferir una condena sí constituye “un indicio probable de autoría”, sumado a que habían antecedentes de asedio del aquí demandante a la víctima, circunstancias estas que hacían posible inferir su posible responsabilidad. Destaca que la validez de esa inferencia se prueba con que el señor Arango hubiera sido condenado en primera instancia y absuelto por duda, lo que muestra que sí habían pruebas incriminatorias y que se dio cumplimiento al art. 308 del CPP, de allí que sostenga que la obligación de reparar no surja pues se rompe el hecho dañoso y la imputación de responsabilidad efectuada por el *A Quo*; **iv)** no tiene por probado el hecho exclusivo y determinante de un tercero

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sala Plena. CP. Hernán Andrade Rincón, 28 de agosto de 2014. Exp.36149.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

el cual considera que se configura pues fueron 4 particulares quienes en las entrevistas recaudadas durante la investigación penal dijeron reconocer al hoy demandante como el responsable del homicidio ocurrido y quienes manifestaron que la bicicleta en la que huyó el asesino era de propiedad del señor Alberto Arango, siendo irresistible, imprevisible y exterior el actuar de esos 4 ciudadanos declaraciones que presentaron falencias durante el juicio oral; **v)** reitera que el daño es imputable únicamente a la Fiscalía General de la Nación pues la falla del servicio se materializó durante la fase de investigación penal que es de exclusiva competencia suya y a partir de ella elaboró una teoría del caso que llegó hasta juicio oral que no pudo probar; **vi)** la Rama Judicial no incurre en responsabilidad alguna pues la competencia para solicitar la medida de aseguramiento recae únicamente en la Fiscalía y los jueces penales dieron estricta aplicación a la Ley 906 de 2004 con base en los elementos materiales probatorios allegados por dicha entidad, sin que la parte actora demostrara que la orden de detención preventiva fue ilegal, arbitraria o injusta. Por todo lo anterior solicita que se revoque el fallo de primera instancia y se denieguen las pretensiones.

B. La Fiscalía General de la Nación (Fls. 393 a 432) coincide con el otro recurrente en que el *A Quo* no aplicó debidamente las SU del 15.08.2018 del Consejo de Estado y la SU 072 de 2018 de la Corte Constitucional pues para determinar la antijuridicidad del daño olvidó que la privación de la libertad del hoy demandante ocurrió en dos etapas diferentes del proceso penal. Así recrea que la detención preventiva se impuso al señor Alberto Arango al agotarse labores investigativas en las que 3 personas lo señalaron como el autor de un homicidio, quienes con anterioridad habían escuchado decirle a la víctima y a su compañero sentimental que “hasta hoy fueron felices” y que luego del hecho encontraron una bicicleta en la orilla de la vía que era propiedad del señor Arango, elementos con los que era posible inferir su probable autoría frente a ese ilícito, lo cual unido a la necesidad de garantizar su comparecencia al proceso justifican la detención impuesta, es decir que el aquí demandante estaba en la obligación de soportarla, dando entonces plena observancia a las exigencias del art. 308 de la Ley 906 de 2004. Hace notar que entre las fechas que se recaudaron las entrevistas y se realizó la audiencia de juicio oral pasaron varios años, y que el fundamento de la absolución ordenada por el Juez de Segunda instancia fue la aplicación del *in dubio pro reo* el cual fue desconocido por el juez penal de primera instancia; y que dicho fallo por sí sólo

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

no da lugar a comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. Enseguida plantea la excepción de hecho de un tercero en atención a que fueron las entrevistas rendidas por 3 personas el 10.06.2009 las que dieron lugar a que se vinculara al proceso penal al señor Alberto Arango y a que en su contra se impusiera una detención preventiva, por lo que estima que el daño alegado tuvo origen no en un actuar ilegal ni arbitrario de la administración de justicia sino en los señalamientos que aquellos hicieron en contra del aquí demandante. Reitera lo dicho al contestar la demanda: que actuó en cumplimiento de un deber legal, la inexistencia de falla del servicio, la ausencia de nexo causal con el daño y la falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que la competencia para privar de la libertad en la Ley 906 de 2004 recae únicamente en los jueces penales. Finalmente sostiene que no puede haber reconocimiento del lucro cesante pues la parte demandante no allegó alguna prueba que demostrar la actividad productiva que realizaba al momento de su captura; y que deben revocarse la condena en costas de primera instancia pues se accedió a las pretensiones de manera parcial.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente ingresa al Despacho Ponente de esta providencia el 18.01.2019 (Fl.441), admitiéndose la apelación en esa misma fecha, ordenándose las notificaciones de rigor, que son cumplidas (Fls. 442-446). El 30.10.2016 reingresa el expediente al Despacho Ponente (Fl.446Vto) y ese mismo día se ordena el traslado a las partes para alegar en forma escrita y al Ministerio Público para su respectivo concepto (Fl.447). El 13.05.2020 se somete en modo virtual – herramienta Microsoft Teams– a estudio de la Sala de Decisión, cumpliendo así lo ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura en el art. 5.5 del Acuerdo PCSJA20-11556 del 22.05.2020. De este trámite se destacan las **alegaciones y el concepto del Ministerio Público**, así:

A. La parte demandante (Fls.451 a 454) solicita que se confirme el fallo recurrido pues el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil demostró que el juez penal de primera instancia hizo una valoración inadecuada de las pruebas conforme a la sana crítica, al punto que si las hubiera atendido habría emitido un fallo absolutorio. Destaca que ello lo pudo haber advertido ante las deficiencias de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación. Insiste también en que la detención preventiva no era necesaria pues “no existían pruebas para haber endilgado y sentenciado a un delito que no cometió”.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

B. La Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Santander (Fls. 455 a 477) reitera sus argumentos de apelación y agrega que no se puede reconocer el lucro cesante pues no se probó la actividad económica realizada para el momento de la privación de la libertad.

C. Fiscalía General de la Nación (Fls.478 a 492) reitera los argumentos de su apelación.

La **agente del Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa procesal.

VII. CONSIDERACIONES

A. Acerca de la Competencia

Recae en esta Corporación – Sala de Decisión- con base en los Arts. 152, 156 y 157 del CPACA., competencia que se circunscribe, en orden a lo dispuesto en el Art.228 del CGP, a los argumentos expuestos en la apelación.

B. Los problemas jurídicos

Teniendo en cuenta que la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Alberto Arango tuvo origen en dos decisiones judiciales: el auto de detención preventiva proferido el 04.04.2013 y la Sentencia condenatoria de primera instancia del 20.11.2014, la Sala aborda el análisis de la antijuridicidad del daño desde las diferentes exigencias previstas en la Ley 906 de 2004 para proferir dichas providencias. Por ende, la Sala los plantea y resuelve los siguientes problemas jurídicos, así:

Pj1: ¿La parte demandante prueba que con ocasión al auto de detención preventiva impuesto sufrió un daño antijurídico?

Tesis1: No.

Fundamento Jurídico1: La parte demandante no explica las razones por las cuáles no era posible inferir la posible autoría del señor Alberto Arango en el homicidio por el cual fue investigado –como exige el art. 308 del CPP–, ni desvirtúa la falta de arraigo para el momento en que la detención preventiva fue impuesta. La Sala hace notar que los errores advertidos por el *Ad Quem* penal y que llevaron al *A Quo* de esta reparación directa a concluir la falla del servicio no excluyen la posibilidad que en una fase preliminar del proceso penal –en la que no se exige prueba irrefutable de la responsabilidad del imputado–.

La prueba de absorción atómica es relevante en casos de homicidio en donde la captura se da en flagrancia, lo que no ocurrió en el caso bajo análisis, pero junto con la prueba dactiloscópica no son definitivas para absolver pues mediante barreras físicas a un pistolero puede evitar dejar huellas físicas del accionar de un arma o de su presencia en un lugar. Por ende, no se prueba que

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

el demandante sufrió un daño antijurídico en el lapso comprendido entre el auto de detención preventiva y la fecha en la que se profirió la sentencia de primera instancia. ¿?

Pj2: ¿La parte demandante prueba que en virtud de la sentencia condenatoria de primera instancia sufrió un daño antijurídico?

Tesis2: Sí.

Fundamento Jurídico2: Esa condena penal fue proferida con base en prueba indiciaria construida a partir de hechos indicadores que el A Quo penal tuvo como ciertos con apoyo en testimonios recaudados en la audiencia de juicio oral. La Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil al desatar la apelación demostró que con lo declarado por los testigos no es posible establecer los indicios suficientes para establecer más allá de toda duda —como lo exige el art. 7.3 del CPP— la responsabilidad penal del señor Alberto Arango, pues sólo hacían emerger la duda procesal. Por ende, sí se prueba que el demandante sufrió un daño antijurídico en el lapso comprendido entre la fecha en la que se profirió la sentencia de primera instancia y el cumplimiento de la orden de libertad inmediata proferida por el Tribunal Superior de San Gil.

Pj3: ¿La privación injusta de la libertad que origina la sentencia condenatoria de primera instancia es imputable a la parte demandada?

Tesis3: Sí.

Fundamento Jurídico3: El daño antijurídico probado resulta imputable a la parte demandada a título de falla del servicio por el desconocimiento del contenido obligacional previsto en el art. 7.2: toda duda se resuelve a favor del procesado. Esta duda sobre la autoría del señor Alberto Arango respecto al homicidio por el cual se le investigó surgió luego de practicarse la contradicción de los testimonios en el juicio oral, pese lo cual el juez penal de primera instancia procedió a imponerle al señor Alberto Arango una condena penal sin contar con pruebas que desvirtuaran su inocencia. En esta falla incurre también la Fiscalía General de la Nación pues el fiscal del caso se abstuvo de apelar la sentencia, criterio este utilizado por el H. Consejo de Estado en la Sentencia del 20 de febrero de 2020 (Rad. Int. 48853) para establecer la responsabilidad del ente acusador de la Fiscalía General de la Nación en el caso que allí resuelve.

C. Marco Jurídico

La Sala recuerda que para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado en el proceso de reparación directa es necesario, a la luz del art. 90 superior,

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

que la parte demandante pruebe dos hechos: **(i)** que ha sufrido un daño antijurídico, entendido como toda lesión corporal, patrimonial o extrapatrimonial que no está obligada a soportar y **(ii)** que sea imputable a las entidades públicas demandadas, es decir que sus actuaciones se puedan considerar como la causa eficiente del daño y exista además un título de imputación con el cual surja en ellas el deber jurídico de reparar el daño.

En el ámbito de la responsabilidad del Estado Juez por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia y doctrinan enseñan que:

1. El daño antijurídico que se irriga con la privación injusta de la libertad consiste en la afectación “de la libertad personal, de locomoción o en cualquier medida de aseguramiento que obligue al sindicado o acusado a comparecer en el proceso penal”² y de ordinario lesiona “a otros derechos, como el de la dignidad y la integridad moral de las personas, por las condiciones en las que se produce, las autoridades deben ser cuidadosas al momento de ordenarla”³. Sin embargo, **en atención a que la privación de la libertad puede ser justa, esto es cuando exista un título jurídico que habilite la restricción de la libertad**, la parte demandante debe demostrar que este no existía, debido a que es ella quien afirma la antijuridicidad del daño.

1.1. La simple absolución penal no prueba la antijuridicidad de la privación injusta de la libertad, es necesario acreditar que la detención preventiva no fue legal, necesaria ni proporcionada. Es necesario recordar que históricamente la Corte Constitucional ha enseñado que la detención preventiva no es incompatible con la presunción de inocencia de la persona, en tanto que tiene una naturaleza cautelar y no punitiva, además de no ser equivalentes los requisitos legalmente previstos para decretarla que para imponer una pena de prisión. Así, en Sentencia C-689 de 1996 expuso que⁴:

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

² GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. 5ª Ed., Temis, Bogotá, 2011, p. 429.

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Rad.: 07001-23-31-000-1999-00025-01(16448). Actor: Luís Fernando Villamil Valderrama y otros

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-689 de 1996 (M.P.: José Gregorio Hernández Galindo)

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

Tal tesis ha sido reiterada por la Corte Constitucional en las Sentencias C-634 de 2000 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), C-774 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), C-318 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño), C-695 de 2013 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla), C-469 de 2016 (M.P.: Luís Ernesto Vargas Silva), y en la **SU 072 del 05 de julio de 2018** (M.P.: José Fernando Reyes Cuartas).

En esta última sentencia la Corte Constitucional recordó que en la Sentencia C-037 de 1996 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa) concluyó que la expresión **"injusta necesariamente implica definir si la providencia a través de la cual se restringió la libertad fue desproporcionada y manifiestamente violatoria de los procedimientos legales**, en atención a que la ley permite bajo unos requisitos privar válidamente a una persona mientras se surte un proceso penal en su contra. Por ello, entiende la Sala, que la antijuridicidad de la privación de la libertad no se puede probar con la mera absolución penal.

Tal tesis es coincidente con la primera sub regla de unificación de la SU del 15 de agosto de 2018⁵ del Consejo de Estado, en el sentido que siempre se debe probar la antijuridicidad del daño: en todos los eventos, incluso en aquellos en los que se decida aplicar el título de imputación de daño especial, debiendo acreditarse que no se reunían los requisitos legales para imponer la medida de aseguramiento. Cabe precisar, que en Sentencia de Tutela del 15.11.2019⁶ se resuelve “dejar sin efectos la SU del 15.08.2018 del Consejo de Estado dentro del proceso que le dio origen y, ordena “proferir un fallo de reemplazo”. En esta tutela, se hace análisis de la culpa de la víctima, como eximente de la responsabilidad patrimonial del Estado y, se afirma en la sentencia de tutela referida, que en la SU del 15.08.2018 se hizo una valoración de esa culpa, sin tener en cuenta cuál fue la causa eficiente de la privación de la libertad. De manera que, se hace, una errónea subsunción del caso de la accionante en tutela, en la segunda regla de unificación –que exige analizar de oficio si la privación injusta tuvo origen en una conducta dolosa o gravemente culposa imputable a la misma víctima– Considera la Sala, que por virtud de la referida sentencia de tutela, no se revive la tesis contenida en la SU de Octubre de 2013, en la que se establece un régimen objetivo ante una absolución penal por indubio pro reo. Es decir, en criterio de la Sala, siempre debe hacerse -sin tener en cuenta el régimen de imputación a aplicar-, el análisis de la antijuridicidad del daño, tal y

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. SU del 15 de agosto de 2018. Rad.: 66001-23-31-000-2011-00235-01 (46947)). Actor: Martha Lucía Ríos Cortés y otros

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Rad.: 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC)

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

como lo ordena la SU 072 de 2018 de la Corte Constitucional, que se constituye en precedente constitucional.

Así, la Sección Tercera-Consejo de Estado en plurales Sentencias del 06.02.2020⁷, 13.02.2020⁸, 19.02.2020⁹, 20.02.2020¹⁰, 05.03.2020¹¹ en desarrollo de la SU 072 de 2018 reiteró que cualquiera sea el título de imputación que se solicite aplicar se debe analizar primero en cada caso **si la medida de aseguramiento de detención preventiva fue legal, razonable y proporcionada** para determinar si el daño fue antijurídico.

1.2. En concordancia con lo anterior, la Sala profundiza en que los requisitos para emitirse una orden de detención preventiva (inferencia razonable sobre la responsabilidad penal, art. 308, L.906/04) no son los mismos que se prevén para emitir una sentencia condenatoria (convencimiento más allá de toda duda razonable, art. 7.3, L.906/04). Además, la detención preventiva es una medida cautelar para asegurar la comparecencia del procesado y la buena marcha de la investigación, siendo sus finalidades bien distintas a la pena de prisión (prevención general, especial, retribución justa, resocialización y protección del condenado).

La Corte Constitucional en Sentencia C-695 de 2013¹² explicó que la inferencia razonable de autoría o participación se refiere a una probabilidad de responsabilidad, sin que ello implique un pronóstico anticipado de responsabilidad penal, como quiera que en esa etapa procesal preliminar aún no existe el conocimiento suficiente para condenar. También la Corte ha explicitado que la detención preventiva no es una decisión que desconozca la presunción de inocencia, pues esta permanece incólume durante el trámite del

⁷ Entre ellas: **(i)** Subsección A. C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 73001-23-31-000-2009-00546-01(44680). Actor: Libardo Herrera Ñustes, **(ii)** Subsección A. C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 05001-23-31-000-2002-04754-02 (44819). Actor: Fredy de Jesús Tobón Jiménez, **(iii)** 25000-23-26-000-2008-10034-01 (43724), **(iii)** Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 20001-23-31-000-2009-00042-01(41871), **(iv)** Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 25000-23-26-000-2009-01003-01 (47669)

⁸ Entre ellas: **(i)** Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 19001-23-31-000-2006-00146-01(44094 acumulados 52339 y 53812), **(ii)** Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Rad.: 08001-23-31-000-2011-00690-01(47727)

⁹ Entre ellas: **(i)** Subsección A. C.P.: Alberto Montaña Plata. Rad.: 11001-03-15-000-2019-04519-01(AC)

¹⁰ Entre ellas: **(i)** Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 76001-23-31-000-2009-00642-01(53764)

¹¹ Entre ellas: **(i)** Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Rad.: 70001-23-31-000-2005-00434-01(56393). Actor: Arnold Alex Cuevas Sierra, **(ii)** Subsección B. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico (E). Rad.: 50001-23-31-000-2009-00058-01 (50264). Actor: Óscar García González y otros, **(iii)** Subsección B. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico (E). Rad.: 50001-23-31-000-2008-00213-01. Actor: Liliana Mercedes Ríos Forero, **(iv)** Subsección B. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico (E). Rad.: 70001-33-31-000-2008-00645-01(49709). Actor: Olga Martínez Tapiero, **(v)** Subsección B. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico (E). Rad.: 76001-23-31-000-2011-00213-01 (50238)

¹² Sentencia C-695 de 2013 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla)

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

proceso penal pues sólo se desvirtúa mediante sentencia condenatoria en firme¹³.

Por lo anterior, **concluye** el Consejo de Estado que si se cumplen con los requisitos legales para imponer una detención preventiva de la libertad, el daño deviene en jurídico, análisis que debe realizar sin importar cuál fue la causa de la absolución penal.

2. La imputación fáctica en materia de privación injusta de la libertad. 2.1.

La culpa exclusiva de la víctima. El art. 70 de la Ley 270 de 1996 consagra que la detención preventiva puede ser imputable a la propia víctima cuando esta hubiera actuado con dolo o culpa grave y ello sea determinante en la producción de esa decisión, para cuya configuración debe acreditarse que su conducta fue imprevisible, irresistible y externa a la administración de justicia. El Consejo de Estado en Sentencia de tutela del 15 de noviembre de 2019¹⁴ sostuvo que se violan los principios de cosa juzgada, juez natural y presunción de inocencia del demandante en reparación directa cuando el juez administrativo valora su conducta preprocesal para justificar que la detención afrontada se sustentó en su culpa exclusiva, de allí que “las únicas conductas de la víctima aptas para romper el nexo entre esa decisión y el daño, suceden en el marco del mismo proceso y no antes de él”.

2.2. Respecto del hecho de un tercero la jurisprudencia del Consejo de Estado ha llegado a admitir su configuración cuando se está ante una falsa denuncia¹⁵, es decir cuando la víctima es quien hace acusaciones particulares y concretas que orientan a la administración de justicia a proferir una medida de aseguramiento. La mayor parte de casos en los que se alega el hecho del tercero en el contexto de los procesos por privación injusta de la libertad tienen que ver con la “inducción al error” por parte del denunciante e, incluso, de testigos que, voluntaria o involuntariamente, suministran información incorrecta o la alteración dolosa de las pruebas. Sin embargo, es requisito imprescindible para la eficacia de la excepción del hecho exclusivo y excluyente de un tercero

¹³ “La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal” Ver Sentencia C-689 de 1996, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Rad.: 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC)

¹⁵ Así por ejemplo, (i) Sentencia del 08 de marzo de 2017, Rad.: 44001-23-31-003-2009-00029-01 (45460), (ii) Sentencia del 22 de febrero de 2017, Rad.: 73001-23-31-000-2007-00005-01 (43925), (iii) Sentencia del 07 de diciembre de 2016, Rad.: 44001-23-31-000-2010-00040-01 (44605).

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

demostrar que “a la Rama Judicial no se le podía exigir camino distinto que el de adoptar la medida restrictiva de la libertad”¹⁶. Sin embargo, para la Sala la sola discrepancia del contenido de una denuncia penal con los hechos probados dentro del proceso no estructura el hecho de un tercero.

2.3. La responsabilidad solidaria entre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial. Es preciso recordar que esta Sala en Sentencias del 10 de junio de 2016¹⁷, 26 de enero¹⁸, 13 de julio¹⁹, 28 de julio²⁰ y 08 de septiembre de 2017²¹ acogió la tesis de la responsabilidad solidaria por considerar que en el sistema penal acusatorio delineado por la Ley 906 de 2004 la potestad para privar la libertad radica en el Juez de Control de Garantías a solicitud de la Fiscalía General de la Nación. No puede negarse, dijo la Sala, que la competencia para privar de la libertad hoy día recae en el Juez de Control de Garantías, pero la ejerce teniendo en cuenta los elementos probatorios que aporte la Fiscalía General de la Nación, según su actividad investigativa. Ante esta situación la privación resulta imputable a las precitadas entidades, quienes deben asumir el pago solidariamente, ya que no puede haber una orden de detención preventiva sin solicitud de la Fiscalía y sin motivación por parte del Juez de Control de Garantías. El anterior ejercicio dual de competencias también se presenta en la etapa de juicio a la que la Fiscalía llega con una teoría del caso a fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acusado. Este precedente horizontal se ha desarrollado pues el Consejo de Estado no tiene un criterio unificado en la materia:

- (i) Así, en Sentencia del 24 de junio de 2015²² sostuvo que la Fiscalía General de la Nación no está legitimada materialmente en la causa por pasiva, siendo imputable el daño únicamente a la rama judicial en quien recae la competencia para privar de la libertad a los particulares,

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 26 de abril de 2018. Rad.: 73001-23-33-005-2014-00520-01(57954). Actor: Carlos Arturo González Ramírez y otros

¹⁷ Tribunal Administrativo de Bucaramanga. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia del 10 de junio de 2016. Rad.: 680013333011-2013-00342-01. Actor: Luz Mary Suárez Ramírez

¹⁸ Tribunal Administrativo de Bucaramanga. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia del 26 de enero de 2017. Rad.: 680013333005-2013-00367-01. Actor: Carlos Arturo Vera Vargas.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Bucaramanga. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia del 13 de julio de 2017. Rad.: 686793333001-2014-00366-01. Actor: Raimundo Garnica Vargas

²⁰ Tribunal Administrativo de Bucaramanga. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia del 28 de julio de 2017. Rad.: 680813333751-2015-00030-01. Actor: Victor Javier Castillo Garcia

²¹ Tribunal Administrativo de Bucaramanga. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia del 08 de septiembre de 2017. Rad.: 680013333013-2015-00051-01. Actor: Jorge Aníbal Orejuela Díaz

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 24 de junio de 2015. Rad.: 66001-23-31-000-2008-00256-01 (38524). Actor: Carlos Tuñón Ardila

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

- (ii) Por el contrario, en Sentencia del 25 de mayo de 2017²³ enseñó que había, como ha dicho este Tribunal, responsabilidad solidaria. En desarrollo de esta tesis, por ejemplo, el Consejo de Estado ha atribuido el 40% de la condena a la Fiscalía y el 60% a la rama judicial, como en la en Sentencia del 04 de marzo de 2019²⁴, o ha condenado a ambas entidades a pagar el 50%, como en Sentencia del 20 de febrero de 2020²⁵
- (iii) Pero, también en Sentencia del 02 de agosto de 2018 dijo que si el deber de reparar surgía por la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad la Dirección Ejecutiva era quien deberá pagar la indemnización, mientras que “solo en los eventos en los cuales exista falla del servicio este se le podrá imputar a la Fiscalía General de la Nación”

Por lo anterior, **concluye** esta Sala de Decisión que ambas entidades demandadas están legitimadas materialmente en la causa por pasiva, pues en el ejercicio de sus competencias de instrucción criminal inciden en la detención de las personas en los procesos penales regulados por la Ley 906 de 2004.

La Sala no puede acoger los argumentos expuestos por la Fiscalía General de la Nación y la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a lo largo de este proceso en los que mutuamente se endilgan responsabilidad sin dar cuenta del ejercicio real y concreto de sus competencias en el asunto bajo estudio.

3. El título de imputación jurídica en la privación injusta de la libertad. Hace una década la jurisprudencia del Consejo de Estado **era pacífica en reconocer la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad** –daño especial– cuando la absolución penal se fundaba en los eventos descritos en el Art. 414 del Código de Procedimiento Penal²⁶ –Decreto-Ley 2700 de 1991, derogado por la Ley 600 de 2000–, que mantuvieron su aplicabilidad jurisprudencial por la entrada en

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Rad.: 25000-23-26-000-2009-00532-01(40166). Actor: César Eduardo Tapiero Tapias y otros.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 04 de marzo de 2019. Rad.: 17001-23-31-000-2010-00258-01(46174). Actor: Alexander Cubillos Montoya

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Sentencia del 20 de febrero de 2020. Rad.: 76001-23-31-000-2009-00642-01(53764). Actor: Juan Carlos Duque Tovar y otros

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de noviembre de 1995, Exp. 10.056.; y Sentencia del 12 de diciembre de 1996, Exp. 10.229, *Ibíd.*

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

vigencia del art. 68 de la Ley 270/1996²⁷–, a saber: **a)** el hecho investigado no existe, **b)** el sindicado no lo cometió o **c)** la conducta no estaba tipificada como delito. Posteriormente, la absolución fundada en el *in dubio pro reo* se consideró como otra hipótesis en la que resultaba aplicable dicho régimen objetivo, según decidió el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 17 de octubre de 2013²⁸.

Tales tesis fueron rectificadas por la SU 072 de 2018 en la que la **Corte Constitucional** enseña que no se opone a la Constitución de 1991 la aplicación del criterio objetivo de responsabilidad cuando a) el hecho no existió o b) la conducta era objetivamente atípica, pues en ellos “es posible predicar que la decisión de privar al investigado de su libertad resulta irrazonable y desproporcionada”, es decir “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”. No ocurre lo mismo, dijo la Corte, cuando se prueba que el procesado no fue quien cometió el delito o cuando hay duda procesal. Estas últimas hipótesis, dijo la Corte:

“... exigen mayores esfuerzos investigativos y probatorios, pues a pesar de su objetividad, requiere del Fiscal o del juez mayores disquisiciones para definir si existen pruebas que permitan vincular al investigado con la conducta punible y presentarlo como el probable autor de la misma.

La condena automática del Estado cuando se logra demostrar que el acusado no fue responsable de la conducta punible –antes, “no cometió el hecho”- o que su responsabilidad no quedó acreditada con el grado de convicción que exige la normativa penal, no satisface la necesidad de un ordenamiento armónico que además avance a la par de los desafíos normativos”

La Corte Constitucional expone que en el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004 los resultados de la investigación penal que se adelante se materializan en la audiencia de juicio oral, por lo que es desproporcionado que el fiscal y el juez de control de garantías en una etapa temprana del proceso penal definan si era imposible que el imputado cometió o no el delito por el que se le investiga, pues ello solo se puede hacer al final del proceso una vez se practiquen todas las pruebas.

De los anteriores pronunciamientos, **CONCLUYE** la Sala que cuando la absolución penal proviene de la aplicación del *in dubio pro reo* o por no ser el acusado el autor del delito, se debe probar la falla del servicio a fin de obtener

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. M.P.: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 27 de abril de 2011. Rad.: 1998-01051-01(21140)

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Rad.: 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354). Luís Carlos Orozco Osorio Vs. Fiscalía General de la Nación.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

la reparación de los perjuicios causados. Resalta además que el decidir un caso por falla del servicio tiene un efecto correctivo sobre las actuaciones de la administración a fin de mitigar su reiteración.

4. La privación de la libertad cuando la absolución se obtiene sólo hasta la segunda instancia. Para la Sala en aquellos casos en los que dentro del proceso penal se profiere sentencia de primera instancia condenatoria y posteriormente es revocada por el superior al desatar la apelación interpuesta en su contra para emitir un fallo absolutorio y el procesado permanece durante todas las etapas procesales privado de la libertad, deben hacerse dos análisis de antijuridicidad de esa privación: (i) una del auto proferido en la audiencia preliminar en la que se impone la detención preventiva como medida de aseguramiento, pues esa decisión es la que justifica la privación de la libertad hasta el momento en que se culmina la audiencia de juicio oral y (ii) de la sentencia de primera instancia condenatoria, pues ella tiene como efecto que la privación se prolongue durante el tiempo en que se resuelve la apelación.

Estos dos análisis son independientes pues, según se vio previamente, no son los mismos requisitos que exige el art. 308 de la Ley 906 de 2004 al juez de control de garantías para imponer la detención preventiva, que los previstos en el art. 7.3 *Ibídem* para emitir un fallo condenatorio. Se pone de presente que uno y otro juez si bien están frente al mismo caso, el juez penal que profiere la sentencia de primera instancia lo hace sobre un escenario en el que ya se agotó el debate probatorio, por lo que se le exige una mayor argumentación para restringir la libertad mediante un fallo condenatorio.

Ahora bien, para la Sala no se configura la responsabilidad patrimonial del Estado por el solo hecho que la sentencia condenatoria proferida en un proceso penal sea revocada, ni por la simple discrepancia valorativa de las pruebas que en ejercicio de su autonomía e independencia puedan tener los jueces penales. Así, el Consejo de Estado en Sentencia del 20 de febrero de 2020²⁹ tuvo por probada una falla del servicio por “un error de apreciación y valoración probatoria” que lo llevó a imponer una condena penal “sin el cumplimiento de requisitos legales”. Con las anteriores bases, aborda la Sala el:

D. Análisis de las pruebas

1. La duración de la privación de la libertad. Pese a que no es un aspecto objeto de apelación, la Sala debe precisar que la privación de la libertad del

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico (E). Sentencia del 20.02.2020. Rad.: 76001-23-31-000-2009-00416-01(48853). Actor: Mariela Echeverry de Bueno y otros

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

señor Alberto Arango se extendió por un período más amplio al señalado en el fallo objeto de la apelación. Recuérdese que a partir de la Constancia del 10.08.2018 suscrita por el Director de la EPMS Valledupar del INPEC, en la que se expresa que él estuvo recluido en ese establecimiento carcelario en dos períodos: (i) 04.04.2013 al 19.07.2013 y (ii) 16.01.2015 al 16.03.2015, el *A Quo* concluyó que únicamente sobre esos lapsos fue que el hoy demandante estuvo privado de la libertad. La anterior conclusión en principio resulta coherente pues: a) en audiencia del 04.04.2013 (Fls. 50 a 47, Cuad. 01 Exp. Penal) le fue a él impuesta medida de aseguramiento por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, y b) en Sentencia de segunda instancia del 11.03.2015, en la que es absuelto, se ordenó su libertad inmediata. Sin embargo, dentro del expediente penal obran pruebas documentales que demuestran que el señor Alberto Arango estuvo privado de la libertad durante todo el trámite del proceso penal seguido en su contra. Además, para validar la conclusión del *A Quo* sería necesario contar, por ejemplo, con alguna decisión que revocase la detención preventiva el 19.07.2013 y que impusiera una segunda detención preventiva luego de proferirse sentencia de primera instancia, como lo permite el art. 450 de la Ley 906 de 2004³⁰, sin embargo no se prueba que esas dos decisiones se hayan proferido. Las pruebas documentales que acreditan la privación de la libertad del aquí demandante durante el proceso penal son las siguientes:

- a) En el escrito de acusación del 23.07.2013 (Fls. 61 a 56, Cuad.01 Exp. Penal) se precisa que el proceso sí cuenta con detenido y se especifica que su lugar de residencia es la Cárcel del Circuito de Valledupar donde está recluido “por cuenta de este proceso”,
- b) En Oficios 2191-2013 del 27.08.2013 (Fl. 72, *lb*), 2544-2013 del 08.10.2013 (Fl. 80, *lb*), 3137-2013 del 04.12.2013 (Fl. 89, *lb*) 0401-2014 del 26.02.2014 (Fl. 96, *lb*) el Secretario del Juzgado Primero Penal del Circuito de Vélez solicita a la cárcel de ese municipio el traslado del señor Alberto Arango para celebrar la audiencia preparatoria, que fue aplazada varias veces incluso a solicitud de su defensor público. Y en el acta de dicha diligencia –visible a folios 103 a 97, *lb*– se precisa que el hoy demandante está recluido en la Cárcel de Vélez.

³⁰ “ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia. Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librerá inmediatamente la orden de encarcelamiento”.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

- c) A los folios 190 a 185 del mismo expediente penal se observan oficios enviados en cumplimiento de decisiones adoptadas por el juez penal en desarrollo de la audiencia de juicio oral, y todos ellos se encabezan con un **“URGENTE HAY PRESO”**
- d) En el acta de la audiencia de lectura de fallo del 20.11.2014 (Fls. 329 a 327, *lb.*) también se registra que el señor Alberto Arango está recluso en la Cárcel de Vélez. Lo mismo sucede en el Oficio 3223 del 11.12.2014 (Fls. 346 a 345, *lb.*) con el cual el juez de primera instancia envía el expediente al Tribunal Superior de San Gil para resolver la apelación.

Con la anterior prueba documental, esta Sala **CONCLUYE** que el señor Alberto Arango estuvo recluso en dos establecimientos carcelarios entre el 04.04.2013 y el 16.03.2015.

2. A partir de los argumentos expuestos por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil no es posible concluir que la detención preventiva impuesta al señor Alberto Arango por el Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías se causó un daño antijurídico. La Sala destaca que en la demanda apenas de manera general se afirma la ilegalidad del auto de detención preventiva, pues no se exponen las razones por las que para ese momento procesal no se podía inferir la probable responsabilidad patrimonial del señor Alberto Arango del homicidio por el cual se investigó y apenas se dice que su condición económica tornaba innecesaria cualquier medida privativa de la libertad.

Por su parte el *A Quo* y la parte demandante en sus alegatos de conclusión de segunda instancia califican la antijuridicidad del daño a partir de los errores advertidos al final del proceso por la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil, sin deparar que la detención preventiva se profiere en un momento procesal en donde no se exige desvirtuar la presunción de inocencia del imputado, es decir no es necesario contar con prueba irrefutable de la responsabilidad penal, además porque la contradicción de la prueba está reservada a la audiencia de juicio oral. A partir de lo expuesto en el marco jurídico es claro para la Sala que la antijuridicidad de la lesión que causa la detención preventiva al derecho a la libertad personal no se puede extraer del sentido absolutorio adoptado en la sentencia penal.

Además, si se analizan los errores advertidos por el Tribunal Superior de San Gil que llevaron al *A Quo* en este proceso de reparación directa a tener como

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

probada la falla del servicio, estos no vuelven ilegal la detención preventiva, pues en conjunto se refieren a valoraciones definitivas que se realizan para decidir si se profiere o no una sentencia condenatoria, es decir al final del proceso. Veamos:

- La prueba de absorción atómica que se realiza para conocer si una persona utilizó o no determinada arma de fuego adquiere especial relevancia en aquellos casos de homicidio en donde el presunto autor es capturado en flagrancia, es decir en un tiempo inmediato después a la comisión del hecho, aunque tampoco es un medio de convicción definitivo en atención a que un pistolero puede utilizar barreras físicas que impidan que en la mano que acciona el arma de fuego queden rastros de la pólvora que expele un disparo. Y es que la experiencia le enseña a la Sala que no en todos los homicidios que suceden se puede obtener el referido medio probatorio, siendo posible, inclusive, emitir condenas sin que ella se haya realizado. Así, que no haya sido posible realizar esa prueba al señor Alberto Arango el 10.06.2009, día en que ocurrió el homicidio por el cual fue investigado, no excluye la posibilidad de inferir que él era un probable autor de esa conducta.
- A la misma concusión se llega respecto al movimiento que fue objeto el cuerpo de la víctima, quien fue impactada en horas de la madrugada en el corredor de una finca ubicada en la zona rural del Municipio de Bolívar (Santander) y movido a la sala del inmueble. Para el Tribunal no es una reacción natural de quien trata de ayudar a una persona que ha recibido un impacto de bala el permanecer en el mismo sitio en donde ello ocurre pues es una zona de peligro. Además, por la hora en que sucedieron es entendible que se presentara un estado de alarma en quienes trataron de socorrerla, por lo que no resulta extraño que la hayan trasladado a otro lugar para establecer cuando menos cuál era su estado de salud.
- Igual sucede respecto a la no realización de pruebas de dactiloscopia en el espacio físico en donde ocurrió el homicidio y en la bicicleta que fue encontrada y reconocida como el vehículo en el cual huyó el asesino. Recuerda el Tribunal que esta prueba permite identificar a las personas a partir de las huellas dactilares, pero su utilidad es poca si se utilizan barreras físicas para no dejar rastro.

En **conclusión**, tales circunstancias, a juicio de la Sala no impedían al Juez Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Valledupar

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

inferir la posible responsabilidad del señor Alberto Arango en el homicidio que era investigado.

Ahora bien, encuentra la Sala que la referida acta de la audiencia de imposición de la medida de aseguramiento celebrada el 04.04.2013 registra un resumen de las intervenciones de las partes y del juez de control de garantías³¹. Allí se puede leer que el señor Fiscal al solicitar la detención preventiva “corre traslado a las partes de los elementos materiales evidénciales, para lo cual manifiesta que hasta el momento esos son los necesarios para que se cumpla la inferencia lógico razonable para la imposición de la medida solicitada” y que a partir de ellas el juez de control de garantías también encuentra la inferencia razonable de la posible comisión del delito de homicidio, el cual se sanciona con la pena mínima de 208 meses (17 años y 4 meses), esto es superior a la pena mínima de 4 años que el art. 313.4 de la Ley 906 (modificado por la Ley 1142 de 2007, vigente para la época de los hechos) exigía como requisito objetivo para la imposición de la detención preventiva.

Respecto a los elementos subjetivos para la procedencia de la detención preventiva, la referida acta muestra que fue solicitada por la Fiscalía porque “el imputado no tiene arraigo afirmativo”, es decir, entiende este Tribunal, que no se conocía un sitio en el que el señor Alberto Arango viviera o una comunidad de la que fuera parte y en la que realizara sus negocios de modo que su vinculación a un espacio o grupo social lo desincentivar a salir de él y evadir la justicia, aspecto que no es cuestionado ni desvirtuado en este proceso. Se recuerda que el arraigo es, conforme al art. 312.1 de la Ley 906 de 2004, uno de los criterios que se deben tener en cuenta para valorar que la detención preventiva es necesaria para garantizar la comparecencia del imputado al proceso penal, el cual no se desvirtúa con alegar alguna precaria condición económica en la que él pueda estar.

En **CONCLUSIÓN** encuentra la Sala que la parte demandante no cumple con la carga de probar que la detención preventiva en virtud de la cual el señor Alberto Arango estuvo privado de la libertad entre el 04.04.2013 y el 19.11.2014 –día anterior a la audiencia de lectura de fallo– se constituye en un daño antijurídico.

3. La Sentencia del 20.11.2014 proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Vélez (FIs. 326 a 281, Cuad.01 Exp. Penal) y por la que el señor Alberto Arango estuvo privado de la libertad entre el

³¹ Se advierte que en el cuaderno 01 del expediente penal se encuentra el CD marcado como “Jdo. 1° Penal Garantías Valledupar / Audiencia garantías Alberto Arango 4 abril de 2013” pero al abrirse no se encuentra algún archivo de audio o video.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

20.11.2014 y el 16.03.2015 sí le genera en un daño antijurídico en atención a que los testimonios practicados en la audiencia de juicio oral no acreditaban más allá de toda duda, que él fuera el autor del homicidio por el cual fue investigado. Destaca la Sala que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Vélez y la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil coinciden en que el homicidio por el cual se investigó al señor Alberto Arango sí existió, difiriendo en que aquél sea su autor. De la Sentencia penal del 11.03.2015 proferida en segunda instancia se lee:

*“Ciertamente, la cognoscente no realizó un juicioso análisis probatorio, en cuanto concluyó que las pruebas aportadas por el ente investigador eran suficientes para determinar más allá de toda duda razonable no solo la materialidad del delito de homicidio contra Jaqueline Rueda Uribe, sino la autoría y consiguiente responsabilidad que en el mismo tuvo el procesado Alberto Arango, cuando lo único cierto es que las pruebas practicadas a lo largo del juicio no descartan ninguna de las dos hipótesis, es decir, es **posible** que el procesado haya cometido el homicidio y es **posible** que sea ajeno a dicha conducta delictual”* (negrillas propias).

Naturalmente al no contarse con pruebas técnicas contundentes que vincularan al señor Alberto Arango con el precitado homicidio, el medio probatorio a partir del cual pudiera considerársele como su autor era el testimonio, como en efecto se reseñó en la sentencia penal de primera instancia, en la que se sustenta la condena en las siguientes premisas conclusivas:

“No debe olvidarse que la condena también se erige en las amenazas lanzadas por el acusado y con la información consistente en que el señor ALBERTO ARANGO era el propietario de la bicicleta que fue hallada abandonada a escasos metros del lugar de los hechos, en la que además lo vieron subir alrededor de las 5:00 de la tarde del fatídico día. Y en ese hecho indiciario de las amenazas, a partir del cual se construye la inferencia lógica de la probable responsabilidad del acusado, aparece demostrado en el plenario a través de prueba directa, obtenida través del testimonio de HORACIO ARIAS GARCÍA.

En tanto que respecto a la propiedad del velocípedo, al unísono los testigos manifestaron que pertenecía al acusado, y si bien no son coincidentes en el color y número de éste, lo cual es lógico si en cuenta se tiene el tiempo transcurrido entre el insuceso y la fecha en que rindieron sus declaraciones; todos aciertan en señalar que la misma que fue hallada abandonada cerca al lugar de los hechos, es la misma que pertenecía al procesado y que se encuentra en poder de la SIJIN de Puerto Boyacá. (...)

Todo lo anterior conlleva a inferir de manera razonable y con un margen de certeza, que el procesado, ALBERTO ARANGO, es el autor material del delito de HOMICIDIO AGRAVADO... si bien no existe un testigo que haya visto disparar el

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

arma de fuego al aquí procesado, todo el análisis probatorio ya indicado, lo ubica como el determinador del hecho delictual, en tanto que en parte alguna del prontuario se deduce, siquiera indiciariamente, que el acusado no estuvo el día de los hechos en el sector de la Vereda Mata de Coco, en donde se encuentra ubicada la Finca Brisas de la Fe” (Fls. 289 a 285, Cuad. 01 Exp. Penal).

De lo anterior es claro para este Tribunal que:

- a) La responsabilidad penal del señor Alberto Arango fue establecida en esa sentencia de primera instancia sin existir un testimonio contundente que diera fe de haberlo visto consumando el punible,
- b) La condena penal se sustenta en indicios que se soportan en hechos indicadores establecidos mediante declaraciones de testigos que fueron escuchados en la audiencia de juicio oral. De esta manera el juez penal de primera instancia concluyó que existía un indicio sobre el móvil perseguido por el hoy demandante: cumplir la amenaza de “hasta aquí fueron felices” y un indicio de presencia personal en el lugar de los hechos: horas antes fue visto movilizándose en una bicicleta que sería encontrada cerca del lugar de los hechos luego de cometerse el delito.

Ahora bien, **la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil** demuestra que con lo declarado por los testigos no es posible establecer los indicios suficientes para establecer más allá de toda duda —como lo exige el art. 7.3 del CPP— la responsabilidad penal del señor Alberto Arango, pues sólo hacían emerger la duda. Veamos:

- Del testigo Jesús Antonio Rodríguez, propietario de la finca “Brisas de la fe” destaca el Tribunal de San Gil que “no es un testigo presencial, no se encontraba en la finca el día de los hechos, no contrató de modo directo al implicado Alberto Arango hasta el punto que no lo conoció en persona y es un sujeto que no aporta al proceso información para el esclarecimiento de los hechos acaecidos, solo refiere lo que al parecer escuchó de otras personas sin que especifique la procedencia de la información”,
- Frente al testigo Luís Eduardo Velásquez Quintero, compañero permanente de la occisa, resaltó “que no reparó el huir del homicida, informó que tiene conocimiento de los hechos por comentarios que le hicieran trabajadores del inmueble entre los que mencionó a los señores Horacio Arias, José Ignacio Zapata y Carlos Alberto Mejía Román, quienes le comunicaron la amenaza pronunciada por el señor Arango. Aunado a lo anterior, adicionó sobre una bicicleta de propiedad de Alberto que era de color amarillo y en la actualidad está bajo

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

custodia de la SIJIN de Puerto Boyacá. Al referirse a la última vez que vio al presunto responsable del deceso de su antigua compañera Jacqueline, afirmó que solo fue hasta ese día, en desarrollo de la audiencia de juicio oral, al decir que portaba una camiseta azul de rayas”.

- De la declaración de un policía judicial encuentra que éste reconoció que “la bicicleta en la que probablemente huyó Alberto Arango se hallaba a unos 150 metros de la finca Brisas de la Fe, encontrándose gracias a la colaboración aportada por los trabajadores del predio y al esposo de la víctima. Este testigo también expresó que fue Horacio Arias, la persona que le comunicó sobre la amenaza que profirió Alberto Arango”, es decir que tampoco fue un testigo presencial.
- Sobre el testigo Horacio Arias el Tribunal penal hace notar que es identificado por los demás testigos “como la persona que es manifestó presenciar las amenazas y ver en el momento inmediato posterior a los hechos a Alberto Arango”. Sin embargo, al reseñar las respuestas a las preguntas hechas durante el juicio oral se encuentra con que: (i) él no es capaz de precisar el nombre del acusado (lo llama Arnulfo), (ii) acepta que no reconoció plenamente a la persona que identificó como el auto del homicidio pues no le vio el rostro y estaba oscuro y (iii) el testigo deduce que el hoy demandante fue el autor del homicidio por la bicicleta encontrada, por lo que el Tribunal de San Gil entiende que el testigo tiene apenas una mera sospecha.
- Acerca del testigo José Ignacio Zapara el Tribunal hizo notar que en su declaración expresó que no podía acusar directamente a una persona de la comisión del delito pues estaba oscuro y no logró identificar al responsable del homicidio.

Y referente a la presencia de la bicicleta el Tribunal de San Gil consideró que los testimonios son insuficientes para precisar “si efectivamente era de su propiedad o su uso personal y sólo pareciera que es la misma que se encontró en un sitio aledaño a la finca Brisas de la Fe, pero no se acreditó que se tratase del mismo velocípedo por cuanto es un elemento de común dominio por los individuos en el campo”, razonamiento con el que la Sala coincide, pues esa bicicleta pudo haber sido dejada en el lugar en la que fue encontrada por cualquier persona, de allí que no se encuentre acertada la valoración realizada en el fallo condenatorio que hila la supuesta presencia en el área en donde está la finca

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

en la que se cometió el homicidio del señor Alberto Arango montando una bicicleta 7 horas antes de su ocurrencia y la autoría de ese ilícito.

Por ende, si la exigencia probatoria y/o el **estándar mínimo de prueba** para proferir sentencia condenatoria es que *“deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”* a voces del inciso 3° del artículo 7 inciso 3° de la Ley 906 de 2004 entiende esta Corporación que, en el caso de marras, aunque se dijo contar con indicios que involucraban la responsabilidad del señor Alberto Arango, en la providencia que se le condenó no se señalaron claramente los hechos indicadores de tales indicios, ni mucho menos el por qué tales pruebas conducían a inferir la autoría material suya en el hecho. Pero, aun si se hace abstracción del deber que tenía el funcionario judicial de señalar en la prueba indiciaria los elementos que la constituyen, de igual manera puede advertirse, que los únicos hechos indicadores de la responsabilidad del señor Alberto Arango en gracia de discusión podrían ser: **1)** la existencia del conflicto que este tenía con la víctima del homicidio –considerando la amenaza que había esgrimido- y **2)** que hubiera estado en el sector a bordo de una bicicleta que posteriormente fue encontrada abandonada, hechos que puestos en contexto, bien podían hacerlo sospechoso del delito, pero no conformaban indicios de tal gravedad como para establecer una relación directa del investigado con el homicidio perpetrado y con ello satisfacer el estándar de prueba **más allá de toda duda** del precitado inciso 3° del artículo 7° de la Ley 906 de 2004

Así, una cosa es detener al individuo contra el que existen indicios graves de responsabilidad penal para que esté a disposición de la administración de justicia mientras se adelanta el proceso en su contra, y otra muy distinta, que cumplidos los trámites procesales y celebrado el juicio oral el juez haya llegado a condenar al señor Alberto Arango, sin la existencia de pruebas contundentes que disipen cualquier duda, como se exige por la ley para proferir sentencia condenatoria.

En **CONCLUSIÓN** la Sentencia del 20.11.2014 en la que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Vélez priva de la libertad al señor Alberto Arango fue proferida sin contarse con conocimiento más allá de toda duda sobre la autoría del delito de homicidio por el que se le castigó. Lo anterior en modo alguno desconoce la autonomía judicial en tanto que las falencias de la explicación dada por el *A Quo* penal es advertida por la misma Sala Penal del Tribunal Superior de San Gil: las declaraciones recaudadas en el juicio oral no permitían llevar a ese grado de conocimiento, ni siquiera mediante la prueba indiciaria pues los hechos indicadores no desvirtúan la duda procesal. Así, este Tribunal

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

tiene por probado que entre el 20.11.2014 y el 16.03.2015 el señor Alberto Arango sufrió un daño antijurídico pues afrontó la privación de su libertad sin que se reunieran las exigencias previstas por el art. 7.3 de la Ley 906 de 2004.

4. La Sala no encuentra probado que el señor Alberto Arango hubiere realizado alguna conducta que se pueda calificar como dolosa o gravemente culposa que haya dado lugar a la privación de la libertad en el tiempo en que duró en resolverse su recurso de apelación. En relación con el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero alegado en una de las apelaciones, encuentra la Sala que este fue planteado frente a la detención preventiva la cual no se probó que sea fuente de algún daño antijurídico; además las declaraciones rendidas en la audiencia de juicio oral por sí solo no originaron el fallo condenatorio pues fueron valorados por el fiscal del caso y el juez penal de conocimiento de primera instancia.

5. Por el contrario, para la Sala el **daño antijurídico que se ha probado resulta imputable a las entidades demandadas a título de falla del servicio** por el **desconocimiento del contenido obligacional** previsto en el **art. 7.2 de la Ley 906 de 2004** según la cual **“la duda que se presente se resolverá a favor del procesado”**. La doctrina ha resaltado que la presunción de inocencia es una carga garantía del Estado democrático de Derecho y “se mantiene a lo largo del proceso penal y que solo quedará desvirtuada cuando, más allá de toda duda razonable, el juez encuentre que la persona es responsable de una conducta punible”³², y vincula jurídicamente a las autoridades penales de investigación y juzgamiento para preferir la libertad del acusado si agotado el debate probatorio tal grado de conocimiento sobre la responsabilidad penal no se obtiene. La duda de la autoría del señor Alberto Arango respecto al homicidio por el cual se le investigó surgió luego de practicarse la contradicción de los testimonios en el juicio oral, según el análisis previamente realizado y podía ser advertida por el *A quo* penal, pese a lo que procedió a imponerle al señor Alberto Arango una condena penal sin contar con pruebas que desvirtuaran su inocencia.

En esa falla incurre no sólo la Rama Judicial pues la duda fue desconocida por el juez penal de conocimiento de primera instancia sino también por la Fiscalía General de la Nación pues el fiscal del caso se abstuvo de apelar la sentencia,

³² CASAS FARFÁN, Luís Francisco. Estados de excepción y Derecho penal. Nueva Jurídica, Bogotá, 2019, p. 217.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

critorio este utilizado por el H. Consejo de Estado en la ya citada Sentencia del 20 de febrero de 2020 (Rad. Int. 48853) para establecer la responsabilidad del ente acusador en el caso que allí resuelve. Sumado

Lo anterior, además si se tiene en cuenta que a instancias Penales quedó comprobado que los testimonios con los que la Fiscalía buscaba soportar su teoría del caso, resultaron ser insuficientes para acreditar la autoría material del punible, y si bien bajo el modelo procesal de la Ley 906 de 2004 no le corresponde ejercer funciones jurisdiccionales, es igualmente cierto que en el caso de marras se aventuró a formular una acusación sustentada exclusivamente en dichos testimonios, dejando de lado, la posibilidad de recaudar medios de prueba adicionales que hubieran podido cambiar el rumbo del proceso³³. Y que se hacen imperiosos en esta etapa.

E. Liquidación de perjuicios

1. Perjuicio moral. En la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014³⁴ el Consejo de Estado estableció las siguientes subreglas para el reconocimiento y liquidación del perjuicio moral:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	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

En el presente caso, la Sala recuerda que el período durante el cual el señor Alberto Arango afrontó una privación injusta de la libertad va entre el 20.11.2014 y

³³ Siendo esto congruente con lo analizado por el Consejo de Estado al momento de imputar daños a la Nación como el que aquí ha quedado en evidencia, cuando explica:

“ Sin embargo, esta Sala observa que el fiscal encargado de la investigación centró la acusación y la teoría del caso únicamente en los testimonios rendidos por los agentes de la Policía Nacional, a los que les dio plena credibilidad, dejando de lado, la posibilidad de recaudar nuevas evidencias o valorar las presentadas por la defensa, acciones que a juicio de esta Sala incidieron en el sometimiento a un procedimiento penal injustificado y a la privación injusta de la libertad de la que fue objeto Aída Luz Miranda Alzate (...)”

³⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala Plena. C.P. (e) Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Exp. 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), Actor: José Delgado Sanguino y otros.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

al 16.03.2015, es decir durante **3 meses y 27 días**, por lo que corresponde un perjuicio moral equivalente a 50 SMMLV, que fue el reconocido por el juez de primera instancia.

2. Lucro cesante. En Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019³⁵ el Consejo de Estado estableció las siguientes subreglas para el reconocimiento del lucro cesante:

i) “Se reconoce el lucro cesante en favor de la persona privada injustamente de la libertad, siempre que se solicite de manera expresa por la parte demandante, de modo que no procederá ningún reconocimiento oficioso al respecto.

Para hacer tal reconocimiento debe haber **prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos.** Cuando quien se haya visto privado injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

ii) **La liquidación del lucro cesante, que –se insiste- deberá solicitarse en la demanda-, comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, podrá comprender, si –se insiste también- se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de la pérdida de ésta.**

iii) **El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.**

iv) **De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa.** Igual se hará en el caso del ama de casa o de la persona encargada del cuidado del hogar, conforme a los términos y condiciones consignados en la sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, proferida dentro del proceso con radicación 50001-23-31-000-2000-372-01 (33.945).

v) **El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25%** por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) **se pide como pretensión** de la demanda y b) **se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención”** (negrillas y subrayas propias)

A partir de estas subreglas de unificación, es claro para la Sala que no se presume que toda persona que es privada de la libertad realizaba alguna actividad que le generaba ingreso. Para aplicarse la presunción de devengar el *quantum* de 1 SMMLV la víctima directa debe probar que sí realizaba un

³⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera. SU del 18 de julio de 2019

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

trabajo remunerado. Dicho en otras palabras: la referida sentencia de unificación sólo presume el *quantum* del ingreso, siendo una carga procesal de la parte demandante probar que por la privación de la libertad le afectó su ingreso económico derivado de una actividad productiva lícita.

En el presente caso, como han advertido las partes demandantes durante esta segunda instancia, en la demanda no se precisa si al momento de la privación de la libertad el señor Alberto Arango realizaba alguna actividad productiva, ni con ella se allega alguna prueba al respecto e incluso, advierte la Sala, no se solicitó alguna declaración para acreditar el lucro cesante. Por lo anterior, la Sala revocará el numeral 2.2 del artículo segundo de la parte resolutive en el que se condena a los demandados a pagar el lucro cesante.

F. Costas

Tal y como lo advierte la Fiscalía General de la Nación en su apelación, el *A Quo* accedió parcialmente a las pretensiones de reparación directa, lo que impide considerar a una parte como vencedora. Y lo mismo sucede en segunda instancia pues las apelaciones interpuestas no prosperan en su totalidad. Por ende, se revocará el artículo quinto del fallo apelado en el que condena en costas de primera instancia a la parte demandada. Sin condena en costas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Santander** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

- Primero.** **Confirmar parcialmente** la Sentencia proferida el diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de San Gil que accede parcialmente a las pretensiones.
- Segundo.** **Modificar el fallo de primera instancia** así:
- **Revocar** el numeral 2.2 del artículo segundo de su parte resolutive, que contiene la condena por lucro cesante.
 - **Revocar** el artículo quinto de su parte resolutive, que contiene la condena en costas de primera instancia en contra de la parte demandada.
- Tercero.** Sin condena en costas en ambas instancias.

Tribunal Administrativo de Santander. M.P.: Solange Blanco Villamizar. Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la de primera que accede a las pretensiones. Exp. 686793333003-2017-00195-01. Partes: Alberto Arango Vs. Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación.

Cuarto. Notificar electrónicamente esta providencia, dando cumplimiento a lo ordenado en el art. 5.5 del Acuerdo PCSJA20-11549 del 07.05.2020.

Quinto. **Devolver** por la Secretaría de esta Corporación, una vez en firme este proveído, el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y Cúmplase. Aprobado en Sala virtual 15 de 2020.
Los Magistrados,

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Ponente
(En medio electrónico)

RAFAEL GUTIERREZ SOLANO
(En medio electrónico)

Salvamento de Voto
IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
(En medio electrónico)