REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 01

Magistrado Ponente FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

Tunja, 23 OCT 2018

REFERENCIAS

ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	LORENZO FLOREZ OCHOA Y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN -RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN	150012331003**201000034-00**

==========

Agotadas las etapas procesales dentro de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA (fol. 145-177)

El ciudadano Lorenzo Flórez Ochoa pretende se declare a la Nación-Rama Judicial- Fiscalía General de la Nación y Dirección Ejecutiva de la Administración y al Ministerio de Defensa- Ejército Nacional administrativa y extracontractualmente responsables por los perjuicios causados con ocasión del error judicial y la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó la indemnización de sus perjuicios materiales e inmateriales.

Los enunciados fácticos que soportan las pretensiones del demandante son los siguientes:

__ Que el día 22 de junio de 2004, luego de visitar a su hijo en la cárcel de Sogamoso, el señor Lorenzo Florez Ochoa, fue abordado por agentes del DAS, quienes dando a conocer la orden de captura emitida en su contra por la Fiscalía Séptima de Bogotá, procedieron a detenerlo.

__ Que luego de cinco días de su captura fue trasladado al Centro Carcelario de Sogamoso, luego de habérsele ordenado medida de aseguramiento intramural.

__ Que una vez el proceso es asumido por la Fiscalía 21 de Socha, el señor Lorenzo Florez Ochoa solicitó la libertad condicional, argumentando ser una persona mayor de 65 años, pero la misma le fue denegada.

__ Que después de presentar malestares de salud al interior del centro penitenciario, el señor Lorenzo Florez Ochoa presenta nuevamente la solicitud de libertad condicional. En esa ocasión se accedió a la petición y se suspendió la medida de detención preventiva la cual se remplazó con la imposición de una multa.

__ Finalmente, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, no encontró elementos probatorios que permitieran demostrar la participación del accionante en los punibles imputados, por lo que emitió sentencia absolutoria y dejó en libertad al Lorenzo Florez el día 19 de diciembre de 2007.

I.2. CONTESTACIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS.

2.1. Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional (Fls. 102-121).

La entidad propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que la privación de la libertad a la que presuntamente fue sometido el actor no le es imputable, como quiera que la misma no realizó el hecho o la conducta que se reprocha y que además se le endilga.

En consecuencia, los perjuicios reclamados a través de este medio de control no le son atribuibles dado que no se presentaron los supuestos necesarios para configurarse responsabilidad patrimonial contra esta institución. Las Fuerzas Militares actuaron ante el conocimiento de situaciones al margen de la ley y dejaron a disposición de las autoridades competentes a los presuntos responsables de conductas punibles, en aras de asegurar el orden social.

Finalmente, solicita que se declare la existencia del eximente de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, endilgando aquella a las entidades encargadas de investigar, acusar y pronunciarse frente a la suerte de quienes son acusados de la comisión de conductas punibles.

2.2. Fiscalía General de la Nación (Fls. 123-145).

Señaló que en el sub lite no se configuraron los presupuestos esenciales de la falla en el servicio de la administración de justicia al vincular al accionante al proceso penal, ya que dicha acción está amparada por el cumplimiento de un mandato constitucional señalado en el artículo 250 de la Carta Política.

Exaltó que su actuar se ciñó al cumplimiento de la función constitucional y reglamentaria delegada, por lo que, al existir indicios graves que vinculaban al señor Lorenzo Florez Ochoa en los punibles de homicidio, porte ilegal de armas y rebelión, era pertinente solicitar detención preventiva en su contra.

Afirma que se cumplió con los requisitos exigidos para la imposición de la medida de aseguramiento preventiva, se procedió a solicitarla y tal actuación se surtió dentro de la gradualidad propia del proceso penal, por tal razón, la entidad no debe ser condenada o declarada responsable por la privación a la libertad de que fue objeto el demandante; más aún cuando en el caso particular es evidente la culpa determinante de un tercero o de terceros como fueron los testigos, quienes declararon en contra de aquel.

2.3. Nación- Rama Judicial (Fls. 146-150).

Propuso la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva, con fundamento en que la responsabilidad debe recaer sobre la Fiscalía Séptima de Bogotá quien profirió medida de aseguramiento en contra del señor Lorenzo Florez Ochoa, entidad que deberá asumir pago por los perjuicios reclamados por los accionantes.

En síntesis, considera que, como no se constató la intervención de ningún funcionario de la Rama Judicial en el caso objeto de estudio- la entidad no debe ser obligada a reparar el daño alegado, más aún cuando fue el Juez Promiscuo del Circuito de Socha quien profirió la absolución.

I.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto proferido el 6 de noviembre de 2013, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 288).

La Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional precisó que el actuar de la entidad no fue ineficiente, como quiera que esta no cometió irregularidad alguna en el ejercicio de sus funciones. Reiteró que el daño alegado por la parte demandante no es imputable a la entidad.

II. CONSIDERACIONES

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática en discusión, la Sala abordará, en su orden, *i.* lo que se debate y problema jurídico, *ii.* la relación de los hechos probados, y *iii.* el estudio en concreto del problema jurídico, y, finalmente, *iv.* la conclusión y el sentido de la decisión.

II.1.- LO QUE SE DEBATE Y PROBLEMA JURÍDICO.

Luego de plantear la nueva postura jurisprudencial del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo sobre la responsabilidad del Estado por privación de la libertad, corresponderá a la Sala determinar si en el presente caso se encuentra demostrada la ocurrencia del daño desde el punto de vista fenomenológico y jurídico.

En caso afirmativo, se deberá analizar si el demandante actuó con culpa grave o dolo, bajo las normas del derecho civil, y si con ello dio lugar a la medida preventiva, es decir, si su conducta fue la que determinó el daño.

II.2. DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

Sobre el régimen de responsabilidad aplicable a la privación de la libertad, la Sala resumirá los nuevos parámetros establecidos por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en relación con el estudio de los casos que se sujetan a dicho régimen.

En sentencia del 15 de agosto de 2018 se unificó la postura del Alto Tribunal en el siguiente sentido:

La tesis que regía la responsabilidad del Estado por privación injusta de

la libertad era el régimen objetivo[1] por daño especial, con fundamento en que la responsabilidad del Estado se configuraba *"cuando se ha causado un daño antijurídico por la privación de la libertad de una persona a quien se le precluye la investigación o es absuelta porque nada tuvo que ver con el delito investigado o porque se le aplicó el principio de in dubio pro reo o alguna causal de justificación penal, sin que resulte relevante, generalmente, cualificar la conducta o las providencias de las autoridades encargadas de administrar justicia"*.

Según la tesis mencionada, en los eventos en que una persona era privada de la libertad como consecuencia de una decisión emitida por una autoridad competente y luego era dejada en libertad en virtud de que la preclusión o absolución se dio porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o no era delito, o a la aplicación del *in dubio pro reo,* o a la configuración de alguna de las causas de justificación penal, se estaba frente a un daño especial imputable al Estado que era susceptible de ser indemnizado a la luz del artículo 90 de la Carta Política.

Aunado a lo anterior, se decía que si el daño tenía como causa el hecho o la actuación dolosa o gravemente culposa del demandante, el Estado quedaba exonerado de responsabilidad (artículo 70 Ley 270 de 1996)[2].

Finalmente, la postura mencionada determinó que no era procedente aplicar la tesis según la cual *"todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política"*[3].

Ahora bien, el 15 de agosto de 2018, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo cambió la postura respecto de la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad, en el sentido de determinar que: i). el derecho a la libertad no es absoluto; ii). mientras no se haya proferido sentencia condenatoria la presunción de inocencia de una persona permanece intacta, y; iii). si la presunción de inocencia continúa intacta no hay lugar a hablar de la existencia de un daño antijurídico, a menos que dicha privación se efectúe en el marco de una actuación arbitraria e ilegal.

Como fundamento de lo anterior, la sentencia de unificación mencionada señaló que la tesis que venía rigiendo la responsabilidad del Estado por

---

[1] Esta última postura jurisprudencial, es decir, aquella que ha quedado plasmada a lo largo de los últimos párrafos es la que rige, hoy por hoy, en el seno del Consejo de Estado, más concretamente de su Sección Tercera, y con especial énfasis a partir de la sentencia del 17 de octubre de 2013 (expediente 23.354). Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

[2] Sentencia del 9 de mayo de 2012 (expediente 22.569) y sentencia del 1° de febrero de 2016 (expediente 41.046).

[3] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2012 (expediente 24.688).

privación de la libertad vulneraba la autonomía del juez, teniendo en cuenta que el cumplimiento de sus deberes como agente del Estado se veía afectado.

Al respecto, señaló que la autoridad de la jurisdicción penal, al momento de imponer la medida de detención preventiva, se encontraba frente a dos posibilidades: i). imponer la medida de detención cuando se cumplieran los requisitos legales, sin embargo, en el evento en que no se obtuviera una condena posterior, se terminaría condenando al Estado, y este, en últimas repetiría contra la autoridad, y; ii) si se abstiene de imponer la medida preventiva, igualmente sería llamado a responder por la omisión en el cumplimiento de sus funciones.

La sentencia de unificación referida revivió la tesis expuesta por la misma Corporación hacia el año 1996, según la cual, *"la privación de la libertad ha debido ser injusta, es decir, fruto de decisiones contrarias al derecho o abiertamente arbitrarias, con desconocimiento de disposiciones tanto constitucionales como legales, constitutivas de verdaderas garantías de ese derecho fundamental de las personas (...)*[4]".

Para fundamentar lo anterior, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo señaló que la presunción de inocencia no es incompatible con la detención preventiva, debido a que, esta última asegura la comparecencia del sindicado al proceso y permite que, válidamente se limite el derecho a la libertad.

El derecho a la libertad no puede considerarse absoluto, por tanto, las medidas restrictivas resultan legítimas siempre que se den los presupuestos legales. Así, la restricción a la libertad resulta constitucional cuando esta se impone bajo el cumplimento de los requisitos legales. Restricción que resulta legítima de conformidad con los artículos 28 y 250 de la Constitución Política:

> "***ARTICULO 28.*** *Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado,* ***sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.***
>
> *(...)"*
>
> ***ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a*** *adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la*

[4] C.E. Sección Tercera 2 de octubre de 1996 Exp. 10.923 Suarez Hernández.

388

aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. ***Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.***

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes".

En el mismo sentido, la sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional SU-072 de 2018:

"Sobre la atribución estatal de restringir la libertad, en la sentencia C-395 de 1994, se estableció que la misma debía tener claros límites, dado que "en un auténtico Estado de derecho, la coacción que el poder público ejerce, en cuanto involucra la afectación de derechos individuales, debe estar lo suficientemente justificada. El acto que a primera vista tenga potencialidad para infringir un derecho, debe tomarse con la mayor cautela, cuidando de que efectivamente se configuren las condiciones que lo autorizan y atendiendo los requisitos señalados para su procedencia; en otras palabras: la actuación procesal debe interferir el ámbito de la libertad lo menos que le sea posible, atendidas las circunstancias del caso concreto."[5]

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos dispuso que *"Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"*, así mismo, dispuso que *"nadie puede ser privado de su libertad física,* ***salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"***. (Artículo 7.2)

Según estas disposiciones, una persona solamente puede ser arrestada o detenida por motivos señalados en la Constitución o la ley, en condiciones formales y cumpliendo los procedimientos definidos por las mismas.

---

[5] Cfr. sentencias C-1198 de 2008 y C.695 de 2013.

De conformidad con la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una privación de la libertad ilegal ocurre[6]: (i) respecto de situaciones o delitos en los que la legislación no lo permite[7]; (ii) cuando se presenten arrestos sin orden judicial por fuera de los casos en los que la legislación nacional ha definido estrictamente excepciones para que ello curra[8]; (iii) cuando la privación de la libertad se prolonga más allá del tiempo previsto por la ley, o incluso cuando ocurre por un periodo breve de tiempo pero sin el respeto de loa requisitos y condiciones establecidas por las disposiciones legales y constitucionales[9]; y (iv) ante la inexistencia de registros de detención en los que se consignen con mayor precisión posible, el lugar y momento de la detención, las causas y los datos de quien la realizó, junto con la constancia de que se dio aviso al juez componente, con el fin de proteger a la persona privada de la liberad contra toda inferencia ilegal o arbitraria de su libertad[10].

Así mismo, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos prohíben la arbitrariedad en cualquier clase de privación de la libertad, es decir, dicha actuación no debe ser contraria a la ley, debe ser correcta y debe justificarse juridicamente en parámetros de razonabilidad.

En relación con las medidas de detención o prisión preventiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que estas deben contar con las siguientes características:

> *"1. Es una medida cautelar no punitiva: debe ser dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en el curso.*
>
> *2. Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga.*
>
> *3. Está sujeta a revisión periódica: no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción".*[11]

Así mismo, con el fin de que estas medidas no se tornen arbitrarias, deben reunir las siguientes condiciones:

---

[6] Acciones Constitucionales – Habeas Corpus. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
[7] Corte CIDH Caso Tibi Vs. Ecuador fecha: 7 de septiembre de 2004.
[8] Corte CIDH Masacres de Ituango Vs Colombia 1 de julio de 2006 Pr. 153.
[9] Corte CIDH Caso Fleury y otros Vs Haiti 23 de noviembre de 2011. Párr. 54. Caso de Rodriguez Vera y otros Vs Colombia 14 de noviembre de 2014 Párr. 404.
[10] CIDH García y familiares Vs Guatemala 9 de noviembre de 20125 Párr. 100.
[11] CIDH Caso Norin Natrimín Vs Chile 29 de mayo de 2014 Par. 311.

"Finalidad compatible con la convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención (...) la Corte ha indicado que "la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar (...) en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos justificación suficiente de la prisión preventiva. Así mismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido.

Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objeto propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (...), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.

Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida"[12].

De conformidad con lo expuesto, a la luz de la nueva postura jurisprudencial sobre privación de la libertad, es dable concluir que la detención preventiva consiste en una medida cautelar no punitiva que no se estima como pena. Por tanto, la presunción de inocencia no se ve afectada por la imposición de una medida preventiva, pues esta presunción se mantiene hasta tanto se compruebe la culpabilidad conforme a la ley.

En este sentido, la detención preventiva como medida cautelar requiere solamente indicios graves para ser decretada en los términos de la Ley 600 de 2000. A diferencia de ello, una condena judicial requiere plena prueba más allá de toda duda razonable para declarar culpable a una persona. Por tanto, no puede haber responsabilidad en aquellos casos en que habiendo prueba para decretar la detención preventiva, no se halló plena prueba para la condena y se termina absolviendo.

---

[12] Ibidem.

El Consejo de Estado unificó su postura en el siguiente sentido:

> *"En ese sentido, la Sala considera pertinente apartarse de la tesis jurisprudencial que hasta ahora ha sostenido en torno al tema, máxime que al amparo de ella no sólo se vienen produciendo condenas cuando el hecho no existió, o no constituyó delito, o la persona privada de la libertad no lo cometió, sino que también se ha condenado en todos los demás eventos en los que se dispuso la detención preventiva, pero el proceso penal no culminó con una condena, exceptuando, eso sí, los casos en los que se ha observado que el daño alegado fue causado por el obrar doloso o gravemente culposo de la propia víctima.*
>
> ...
>
> *En consecuencia,* ***procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.***
>
> ***Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.***
>
> *Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño".*[13]

La sentencia de unificación mencionada concluyó que el juez administrativo, debe determinar dos prepuestos, que de configurarse, demostrarían la existencia del daño antijurídico:

i). Si el daño que proviene de dicha detención es antijurídico, pues, en lo injusto de la detención es en donde radica la reclamación, sin que tenga relevancia cómo continuó la investigación o como se sustentó el fallo absolutorio.

ii). Así mismo, si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, bajo las normas del derecho civil, y sin con ello dio lugar a la

---

[13] Sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

apertura del proceso penal y a la medida preventiva, es decir, si su conducta fue lo que determinó el daño.

II.3. DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO Y EL ESTUDIO DEL CASO CONCRETO.

Dentro del presente asunto se aportaron los siguientes elementos probatorios:

__ De los registros civiles obrantes a folios 23 a 26, se advierte lo siguiente: que el señor Lorenzo Florez Ochoa nació el día 23 de abril de 1937; que Rosa Ruiz Beto nació el 05 de abril de 1934; que Sixto Florez Ruiz nació 28 de marzo de 1971; y, que los señores Rosa Ruiz Beto y Lorenzo Florez Ochoa contrajeron matrimonio el día 12 de enero de 1959.

__ Se aportó copia de la sentencia emitida el 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha no encontró pruebas suficientes sobre la responsabilidad de Lorenzo Florez Ochoa en la participación en el tipo penal de rebelión, por tanto, decidió absolverlo y ordenar su libertad en virtud de la aplicación del principio de *in dubio pro reo*. (Fls. 32- 67)

__ La parte demandante aportó las declaraciones Juramentadas de Nicolás de Jesús Barriga Casallas, Jeremías Hernández Martínez, Segundo Alejandro Rizcanevo Pico, Marco Antonio Sandoval Hernández y José Alfonso León Báez, a través de las cuales se mencionan las actividades económicas y sociales que mantenía el señor Lorenzo Florez Ochoa, así como de su reconocimiento social. (fls. 27-31)

__ A folios 226-227 obra el testimonio rendido por el señor José Jeremias Hernández Martínez ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chita, el día 6 de Septiembre de 2011, con ocasión del despacho comisorio N° 031/2010 -0034.

__ El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario con sede Duitama aportó el Oficio 2167 fechado del 19 de Agosto de 2011, en el que se informó el promedio de internos entre 2004 y 2007, y se relacionaron las celdas con sus respectivos sanitarios. Se anexó la planilla para la imposición de envíos dentro del centro penitenciario. (Fls. 238- 244)

__ El Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha radicó el Oficio Penal N° 124 Proferido del 11 de febrero de 2014, por medio del cual allegó lo siguientes documentos (fl. 307): copia de la boleta de Libertad N° 027 del 14 de enero de 2008 del señor Lorenzo Florez Ochoa (fl. 308) y copia de la boleta de libertad No. 018 del 20 de abril de 2005, a través de la cual se deja en libertad condicional al accionante (fl. 309).

__ Se aportó también copia de providencia del 18 de abril de 2005, dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha en la causa identificada con el Rad. 2005-00016, en la que decretó la suspensión de la detención y la revocatoria de la medida de aseguramiento a favor del señor Lorenzo Florez Ochoa. (Fls. 310-313)

__ A folios 144 se observa copia del oficio N° 01149 emitido por parte del Coordinador Operativo Seccional DAS Sogamoso, en la que se describe la captura y la remisión del accionante a la Fiscalía 28 de Sogamoso. (fls. 314-315)

__ A folio 316 obra el acta de derechos del capturado, en al cual se comunica al señor Lorenzo Florez Ochoa el delito por el cual es investigado (Rebelión). A folio 317 se encuentra la orden de captura N°0004932 en la que se individualiza al detenido.

Ahora bien, sobre la existencia del daño antijurídico en el presente caso, la Sala dirá lo siguiente:

Antijuridicidad del daño.

El primer presupuesto que debe analizarse en el caso concreto es la antijuridicidad del daño.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado, y la antijuridicidad de mismo significa que no debe ser soportado por el administrado, toda vez que, es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es irrazonable independientemente de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración.

En términos de Adriano de Cupis, el daño, "*además de ser un fenómeno físico, puede integrar un fenómeno jurídico, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios del estudio de los juristas*"[14]. Continua el autor al señalar que: "*en cuanto hecho jurídico, el daño constituye como se ha expresado, una especie de daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos de orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general valido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que investía de una calificación propia...*"[15].

Según *De Cupis,* el daño antijurídico "*se caracteriza por la especial naturaleza de la reacción jurídica que se origina en contra de él. La reacción, asume, ciertamente, la fisionomía más definida de sanción. La*

---

[14] De Cupis, Adriano, El Daño – Teoría General de la Responsabilidad Civil, Bogotá 1996, BOSCH Casa Editorial S.A. Barcelona. Pag.81.
[15] Ibídem Pág. 84.

sanción es precisamente cierta consecuencia por medio de la que el derecho pretende garantizar la prevalencia de un cierto interés contra los actos lesivos realizados por los que su interesa ha quedado subordinado."[15]

En sentencia reciente[17] del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se determinó que el daño debe definirse en sentido físico - material y en sentido jurídico – formal. Al respecto, se señaló:

> *"Para los fines que interesan al Derecho, el daño puede ser entendido como la aminoración o alteración negativa de un interés humano objeto de tutela jurídica, debido al cual, el derecho facilita la reacción de quien lo padece en orden a la reparación o compensación de su sacrificio*[18]*.*
>
> *Como puede advertirse, el daño incorpora dos elementos: uno, físico, material, y otro jurídico, formal.*
>
> ***El elemento físico o material**, consiste en la destrucción o el deterioro que las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad. Este daño materializado en el plano fáctico resulta insuficiente per se, para la configuración del daño, en sentido jurídico.*
>
> *El **segundo elemento del daño es el formal**, que se verifica en el plano jurídico si, y solo si, se acreditan los siguientes supuestos adicionales al elemento material:*
>
> *a. Que la lesión, recaiga sobre un interés jurídicamente tutelado;*
>
> *b. Que la lesión no haya sido causada por la propia víctima;*
>
> *c. Que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique o legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado (en abstracto), esto es, que la víctima no esté jurídicamente obligada, en las condiciones particulares y concretas en que sufrió la lesión, a soportar sus consecuencias.*
>
> *Solo una vez reunidos los dos elementos, y acreditados los supuestos del elemento jurídico, puede decirse que se encuentra probado el daño antijurídico".*

Estas concepciones permiten concluir que, para demostrar la existencia de un daño antijurídico se debe constatar el elemento fenomenológico y el elemento jurídico que lo integra. El primero se presenta cuando se configuran las circunstancias fácticas que lesionan un derecho o interés jurídicamente tutelado. El segundo, se materializa cuando no existe una norma jurídica que justifique la lesión sufrida, es decir, que el afectado no esté en la obligación de soportarlo.

---

[15] Ibídem Pág. 92.
[17] Sección Tercera - Subsección C. C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas del 17 de septiembre de 2018 Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00595-01 (46640).
[18] DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Bosch, Casa editorial S.A., Barcelona, 1975, páginas 107- 127.

Ahora bien, el primer elemento se deriva de la materialización del periodo durante el cual la persona estuvo privada de la libertad. Sin embargo, el segundo representa un estudio sobre las normas que imponen el cumplimiento de requisitos legales que habilitaban la medida cautelar de detención preventiva.

Sobre este último, el artículo 28 de la Constitución Política dispuso:

> *"Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado,* ***sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*** *(...)"*

De conformidad con la norma superior, nadie puede ser reducido a prisión sino en virtud de: (i). la existencia de un mandamiento escrito; (ii) que esta haya sido emitida por autoridad competente; y (iii). que la misma se encuentra motivada y justificada en la norma.

Lo primero que se debe indicar es que, para constatar el cumplimiento de los presupuestos mencionados anteriormente, debe existir prueba en el expediente de la orden emitida por la autoridad que decretó la medida ce aseguramiento preventiva, pues, resulta obvio que de ella se desprende el estudio respectivo de la antijuridicidad del daño.

Así las cosas, el primero de los presupuestos mencionados anteriormente se demuestra a través de la prueba de la existencia de la orden de aseguramiento preventivo.

Por su parte, el segundo presupuesto –competencia de la autoridad que emitió la medida- se deriva de la verificación de la norma vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos. En efecto, las órdenes de privación de la libertad devienen de una autoridad judicial en el marco de decisiones que se toman con ocasión a la ocurrencia de un delito dentro del proceso penal, o decisiones que tienen origen en otras circunstancias autorizadas por la ley.

Al respecto, existen dos regímenes de procedimiento penal:

1. El consagrado en la Ley 600 de 2000. Define los procedimientos y garantías relacionadas con delitos que se produjeron durante su vigencia y que actualmente se encuentran en curso.

En este régimen procesal penal, la autoridad competente que emite la orden de privación de la liberad depende de la etapa del proceso: i). durante al investigación será la Fiscalía General de la Nación, y ii). en la

etapa de juzgamiento y ejecución de sanciones, los Jueces de la República.

2. El consagrado en la Ley 906 de 2004. Introduce el sistema penal acusatorio; en este régimen procesal, los jueces de control de garantías, de conocimiento y de ejecución de penas son los únicos autorizados para ordenar las capturas. La Fiscalía General de la Nación excepcionalmente podrá emitir dicha orden.

Bajo este precepto normativo, también depende de la etapa procesal en que se encuentre, así: i). antes que el juez de conocimiento profiera sentido del fallo, el juez de control de control de garantías; ii). a partir de la emisión del sentido del fallo, el juez de conocimiento; iii). Ejecutoriada la sentencia condenatoria, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad; y iv). por orden de la Fiscalía General de la Nación, en los casos señalados en el artículo 300 de la norma mencionada.

Ahora bien, en cuanto al fundamento de la decisión que ordena la medida de aseguramiento preventiva, los dos regímenes mencionados contemplan cada uno circunstancias diferentes.

Sobre la detención preventiva, la Ley 600 de 2000 dispuso lo siguiente:

> *"DETENCION PREVENTIVA*
>
> *ARTICULO 355. FINES. La imposición de la medida de aseguramiento procederá para* ***garantizar la comparecencia*** *del sindicado al proceso,* ***la ejecución de la pena privativa*** *de la libertad o* ***impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.***
>
> *ARTICULO 356. REQUISITOS. Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.*
>
> *<Inciso CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE>*[16] ***Se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad*** *con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso.*
>
> *No procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad".*

---

[16] Por lo tanto, se condicionará la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 355 del nuevo Código de Procedimiento Penal, bajo el entendido que, para la práctica de la detención preventiva, es necesario, el cabal cumplimiento de los requisitos formales señalados (los hechos que se investigan, su calificación jurídica y los elementos probatorios que sirvieron de fundamento para adoptar la medida), en armonía, con el requisito sustancial consiste en los indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso. Corte Constitucional mediante Sentencia C-774-01 de 25 de julio de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En el mismo sentido, la Ley 906 de 2004 estableció:

> *"MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO.*
>
> *ARTÍCULO 307. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Son medidas de aseguramiento:*
>
> *A. Privativas de la libertad*
> *1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.*
> *2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;*
> *(...)*
>
> *ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda* ***inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:***
>
> ***1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.***
> ***2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.***
> ***3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia****".*

En virtud de lo anterior, para determinar si el daño alegado por la parte demandante tiene la connotación de antijurídico se deben analizar los presupuestos señalados anteriormente, para luego continuar con el estudio de la conducta de quien fue privado de la libertad y si este dio lugar a dicha detención.

Ahora bien, a juicio de la Sala, para que proceda el análisis del fundamento jurídico de la detención, es decir, el estudio de las normas citadas de uno u otro régimen, la parte demandante debe alegar como fundamento de la responsabilidad del Estado que las autoridades aplicaron de manera arbitraria los preceptos legales que justificaban la detención.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si ello no se alega, el juez administrativo debe presumir la corrección de la aplicación del procedimiento legal que se realizó para dictar la medida de aseguramiento preventiva.

Descendiendo al caso concreto, la Sala advierte que no obra en el expediente copia de la decisión que dictó la medida de aseguramiento contra Lorenzo Florez Ochoa, pues únicamente se aportó la providencia

que suspendió la medida de aseguramiento y la que absolvió al accionante.

El accionante pretende que se declare a las demandadas responsables por la privación de su libertad como consecuencia del proceso penal que se inició en su contra por el delito de rebelión, teniendo en cuenta que mediante providencia del 19 de diciembre de 2007 dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha fue absuelto y dejado en libertad.

Dentro del expediente obra copia de la boleta de Libertad N° 027, así mismo, se aportó copia de la providencia del 18 de abril de 2005 en la que decretó la suspensión de la detención y copia de la orden de libertad No. 018. Igualmente obra copia del oficio mediante el cual se describe la captura y la remisión del accionante a la Fiscalía 28 de Sogamoso.

Se aportó copia de la orden de captura No. 0004932 y el acta de derechos del capturado, en la cual se comunicó al señor Lorenzo Florez Ochoa el delito por el cual es investigado (Rebelión).

Finalmente, se allegó copia de la sentencia emitida que decidió absolver al actor y ordenar su libertad en virtud de la aplicación del principio de *in dubio pro reo.*

Conforme al material obrante, es dable deducir a partir del acta de derechos del capturado, la suspensión de la medida de detención preventiva y la sentencia absolutoria, que Lorenzo Florez Ochoa estuvo detenido durante el periodo comprendido entre el 22 de junio de 2004 y el 18 de abril de 2005, y con medida de libertad condicional entre la última fecha y la absolución definitiva, producida el día 19 de diciembre de 2007.

Los mismo documentos permiten deducir que la autoridad judicial que impuso la Fiscalía Séptima Unidad Nacional de Derechos Humanos de Bogotá (fl. 314), sin embargo, no obra copia de tal decisión en la que se puedan advertir los fundamentos para imponer dicha medida.

Ahora bien, respecto a la antijuridicidad del daño, la Sala considera que como se dijo, para determinar si se cumplieron con los requisitos de la medida se aseguramiento preventiva, dentro del proceso deben obrar copia de las decisiones judiciales que privaron de la libertad al accionante, ya que solamente con ellas será posible deducir si el daño es o no antijurídico.

Lo anterior permite concluir que la antijuridicidad del daño es un aspecto que le corresponde demostrar al accionante a través de los medios probatorios que aporte dentro del proceso. El juez administrativo no puede presumir la antijuridicidad del daño, debido a que, lo que se debate allí es la posible presencia de irregularidades en la imposición de

la medida preventiva, lo cual es susceptible de ser desvirtuado únicamente con el análisis de las actuaciones desplegadas dentro del proceso penal.

Así las cosas, la Sala negará las pretensiones de la demanda, debido a que no existió prueba que demostrara la configuración del daño antijurídico sufrido por Lorenzo Florez Ochoa.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente dejando las constancias del caso.

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Samy

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA
NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 182 de hoy, 25 OCT 2018
EL SECRETARIO