



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Proceso : 51001-2331-000-2012-00128-00
Medio de control : Reparación Directa
Demandante : JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS
Demandado : NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN –
RAMA JUDICIAL

Decide la Sala la demanda incoada por JAIRO SANCHEZ OSPINA y MARIA ANGELICA BELTRAN MESA, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores WILLIAM FERNEY SANCHEZ BELTRAN, KAREN LIZETH SANCHEZ BELTRAN y SERGIO FABIAN SANCHEZ SANABRIA; MARIA EMELI OSPINA, ORLANDO ANDRES BONILLA OSPINA y SANDRA LILIANA SANCHEZ OSPINA, contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL, en ejercicio del medio de control de Reparación Directa. Lo anterior, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019 y No. PCSJA20-11596 de fecha 14 de julio de 2020, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones y condenas¹:

La parte demandante las solicitó de la siguiente manera:

“PRIMERA.- Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a LA NACIÓN (Rama Judicial) y a la Fiscalía General de la Nación, en forma solidaria, de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo del daño antijurídico sufrido por el señor Jairo Sánchez Ospina, al ser injustamente privado de la libertad doce (12) meses, por orden de una Fiscalía de la ciudad de Villavicencio y absuelto por otra Fiscalía de la ciudad de Villavicencio.

SEGUNDA.- Condenar solidariamente a LA NACIÓN (Rama Judicial) y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar a cada uno de los demandantes, a título de perjuicios morales, el equivalente en pesos de las siguientes cantidades de salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia:

1.- Para Jairo Sánchez Ospina, en su condición de afectado directamente con la detención injusta, cien (100) salarios mínimos mensuales, o lo máximo aceptado por la jurisprudencia al momento del fallo.

2.- Para María Angélica Beltrán Mesa, William Ferney Sánchez Beltrán, Karen Lizeth Sánchez Beltrán y Sergio Fabián Sánchez Sanabria, en su condición de

¹ Folios 1 a 2; 82 del expediente.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

esposa e hijos de la víctima directa, cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, PARA CADA UNO.

TERCERA.- Condenar solidariamente a LA NACION (Rama Judicial) y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de Jairo Sánchez Ospina, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la injusta privación de la libertad, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

1 – Un salario de un millón (\$1´000.000.00) de pesos mensuales que ganaba Jairo Sánchez Ospina en el mes de enero de 2009, como soldado profesional, antes de ser detenido, más un treinta por ciento (30%) de prestaciones sociales. Según las pautas seguidas por el Consejo de Estado, la suma con la cual se liquiden los perjuicios materiales no puede ser inferior al salario mínimo legal vigente para la fecha en la cual se dicte la sentencia, o se apruebe el auto que liquide dichos perjuicios.

2 – Un tiempo de doce (12) meses que estuvo detenido el señor Jairo Sánchez Ospina, más seis (6) meses que transcurrieron hasta que él se reincorporó por completo a su nueva actividad laboral. En total solicito se liquiden estos perjuicios por un tiempo de dieciocho (18) meses.

3 – Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre enero de 2009 (fecha en que comenzó la detención), y el que exista cuando se produzca el fallo, o el auto que liquide los perjuicios materiales.

4 – La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el honorable Consejo de Estado teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.

CUARTA.- Condenar solidariamente a LA NACION (Rama Judicial) y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de Jairo Sánchez Ospina, el equivalente en pesos de cien (100) salarios mínimos mensuales, o el máximo aceptado por la jurisprudencia al momento del fallo, por el daño a la vida de relación que sufrió, porque al estar injustamente detenido por más de doce (12) meses se le privó de muchos de los placeres de la vida de relación, siendo el primero de ellos, el convivir en tranquilidad con su familia bajo el mismo techo.

QUINTA.- LA NACION y/o la Fiscalía General de la Nación, en forma solidaria, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de la misma la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento, y pagarán intereses moratorios desde la ejecutoria del fallo definitivo hasta el día en que efectivamente se cancele el total de la condena.”

Posteriormente, mediante escrito del 24 de abril de 2012, la parte demandante adicionó la demanda en relación a las pretensiones de la misma así:

“Que se condene solidariamente a LA NACION (Rama Judicial) y a la Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de la nuevos demandantes María Emeli Ospina, Orlando Andrés Bonilla Ospina y Sandra Liliana Sánchez Ospina, lo que equivalgan cincuenta (50) salarios mínimos mensuales al momento de dictar el fallo, PARA CADA UNO, a título de perjuicios morales, en su condición de madre y hermanos del soldado lesionado.”

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

1.2. Hechos o fundamento del medio de control²

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- JAIRO SANCHEZ OSPINA contrajo matrimonio con MARIA ANGELICA BELTRAN MESA, con quien procreó dos hijos WILLIAM FERNEY SANCHEZ BELTRAN y KAREN LIZETH SANCHEZ BELTRAN.

- JAIRO SANCHEZ OSPINA tuvo como hijo extramatrimonial a SERGIO FABIAN SANCHEZ SANABRIA.

-JAIRO SANCHEZ OSPINA laboraba al servicio del Ejército Nacional, en su condición de soldado profesional.

- Mediante providencia del 16 de abril de 2007 el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar, abrió investigación preliminar por hechos ocurridos el día 30 de marzo de 2007, en la Vereda Alto Cupiagua, en el Municipio de Aguazul, Casanare, en donde fueron abatidos tres civiles presuntamente integrantes de grupos al margen de la ley por parte de miembros del Ejército Nacional.

- El Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar del Ejército Nacional, a través de providencia del 12 de diciembre de 2007, remitió por competencia la investigación penal a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación de Villavicencio-Meta.

- La Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, mediante providencia del 24 de noviembre de 2008, profirió resolución de apertura de instrucción, de conformidad con lo previsto en el artículo 331 de la Ley 600 de 2000.

- Mediante decisión del 26 de diciembre de 2008, la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, definió la situación jurídica entre otros, de JAIRO SANCHEZ OSPINA profiriendo medida de aseguramiento de detención preventiva en su contra.

- La Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, a través de providencia del 21 de enero de 2010, calificó el mérito del sumario entre otros, de JAIRO SANCHEZ OSPINA, resolviéndose precluir a su favor la instrucción penal, decisión que quedó debidamente ejecutoriada el 30 de marzo de 2010.

1.3. Fundamento de derecho

Se citan como fundamento las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 2, 6, 12, 16, 29, 83 y 90.

Código Contencioso Administrativo: artículos 78, 86 y del 206 al 214.

Ley 270 de 1996: artículos 65, 68 y 99.

Ley 446 de 1998: artículos 16, 23, 31 y 49.

² Folios 2 a 8 del expediente.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1. Rama Judicial

Contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando como razones de su defensa que el proceso penal se surtió bajo el amparo de la Ley 600 de 2000, por lo tanto la Rama Judicial no actuó a través del Juez de la causa.

La privación de la libertad transcurrió en la etapa de investigación o instrucción bajo la competencia exclusiva de la Fiscalía General de la Nación y que fue en esa misma que finalizó, no siendo necesaria la intervención del Juez en una fase de juicio.

Por ello, la Rama Judicial no contribuyó en el daño por el cual pretende la parte demandante se declare responsabilidad y en consecuencia se reconozca y pague indemnización por concepto de perjuicios materiales y morales, esto es, la privación de la libertad al que fue sometida JAIRO SANCHEZ OSPINA.

Si bien es cierto que el artículo 249 de la Constitución Política establece que la Fiscalía General de la Nación forma parte de la Rama Judicial, también lo es, que dicha entidad está dotada de autonomía administrativa y presupuestal. Así mismo, el numeral 2° del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo establece que en los procesos contencioso administrativos, la Nación – Fiscalía General está representada por el Fiscal, mientras la Nación – Rama Judicial por el Director Ejecutivo de Administración Judicial y en ese sentido, es claro que se trata de dos sujetos pasivos diferentes.

Por otra parte, se tiene que aunque dentro del proceso se tiene probado que JAIRO SANCHEZ OSPINA estuvo privado de la libertad, ello no es suficiente para tener superado el presupuesto de Ley, esto es, que fuera injusta, en tanto que de las pruebas se desprende que las actuaciones judiciales se enmarcaron dentro de la legalidad de las normas procesales que para la época imperaban.

1.4.2. Fiscalía General de la Nación

Contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, argumentando como razones de su defensa que la detención de JAIRO SANCHEZ OSPINA ordenada por dicha entidad no tuvo la connotación de injusta, como quiera que en la investigación penal si existían indicios graves de responsabilidad en su contra, como en efecto lo consideró el ente instructor en su momento, por lo tanto, el afectado estaba en el deber jurídico de soportar las consecuencias de esa actividad judicial.

Así pues, no todo daño genera obligación de indemnizar, pues solo procede la reparación si se demuestran tres requisitos, a saber: un daño excepcional y anormal, la falla en el servicio y la relación de causalidad entre el daño y la falla. Dentro del presente asunto, no se demostró que la Fiscalía General de la Nación hubiere actuado de manera ilegal infringiendo el ordenamiento jurídico, al contrario, se tiene que lo hizo en acatamiento al proceso penal, que

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

impone el deber de investigar y en caso de así considerarlo, solicitar el aseguramiento del investigado.

Propuso las excepciones de improcedencia de la indemnización por ausencia de imputación jurídica del daño e improcedencia de indemnizar un daño que además de no ser cierto, comprende un monto que excede el tope máximo.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Meta³, Corporación que la admitió⁴. Las entidades demandadas dentro de la oportunidad legal la contestaron⁵. Se abrió a pruebas el proceso⁶ y posteriormente, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público, para la presentación de los alegatos de conclusión⁷.

Solo la parte demandante presentó sus alegatos, reafirmando lo expuesto en la demanda.

El Ministerio Público emitió concepto de fondo⁸ solicitando se accediera a las pretensiones de la demanda, en razón a que JAIRO SANCHEZ OSPINA fue privado de su libertad, asumiendo una carga que no estaba obligado a soportar, tal y como se demuestra de la decisión proferida por la Fiscalía General de la Nación, que precluyó la investigación a su favor.

Encontrándose el expediente para fallo, el Tribunal Administrativo del Meta consideró necesario proferir auto de mejor proveer⁹. Las pruebas decretadas fueron allegadas al plenario.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

No advirtiéndose ninguna causal que invalide lo actuado, procede a dictarse sentencia.

3.1. Competencia

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, se refiere al tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “CPACA”, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

³ Folio 81 del expediente.

⁴ Folios 87 a 88 del expediente.

⁵ Folios 99 a 104; 117 a 121 del expediente.

⁶ Folios 140 a 141 del expediente.

⁷ Folio 145 del expediente.

⁸ Folios 215 a 224 del expediente.

⁹ Folio 241 del expediente.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 6 de marzo de 2012, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, es decir, el Decreto – Ley 01 de 1984.

3.2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹⁰, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos (2) años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

Tratándose de acciones de reparación directa por la privación injusta de la libertad, la jurisprudencia reiterada de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado ha considerado que el término de caducidad se empieza a contar a partir del día siguiente a la ejecutoria de la providencia que precluyó la investigación, de la sentencia absolutoria o desde el momento en que quede en libertad el procesado, lo último que ocurra, momento a partir del cual se configura el carácter injusto de la limitación del derecho a la libertad¹¹.

En el expediente reposa la providencia proferida el día 21 de enero de 2010 (folios 19 a 80 del expediente), por medio de la cual la Fiscalía 61 Especializada – Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, precluyó instrucción penal a favor de JAIRO SANCHEZ OSPINA, la cual quedó ejecutoriada el 30 de marzo de 2010¹². Por tanto, y según la norma mencionada la demanda podía presentarse hasta el día 31 de marzo de marzo de 2012. Como quiera que la parte demandante interpuso la acción de Reparación Directa el día 6 de marzo de 2012, es claro que lo hizo dentro de la oportunidad legal.

¹⁰ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 13.622, M.P. María Elena Giraldo Gómez, reiterada en sentencia del 11 de agosto de 2011 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación, expediente: 21.801, M.P. Hernán Andrade Rincón. También puede consultarse: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, auto de 19 de julio de 2010, expediente: 37.410, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Según constancia suscrita por el Fiscal 60 Especializada – Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH, obrante a folio 247 del expediente.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Igualmente, es importante señalar que la parte demandante presentó el día 14 de diciembre de 2011, la respectiva solicitud de conciliación extrajudicial, dando con ello, cumplimiento al requisito de procedibilidad exigido en la Ley 1285 de 2009, para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal y como así consta a folio 18 del plenario.

Así las cosas, la Sala advierte que la presente acción se interpuso dentro del término previsto en la Ley.

3.3. Problema jurídico

La controversia consiste en dilucidar, si las entidades demandadas son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a la parte demandante por la privación de la libertad de JAIRO SANCHEZ OSPINA ordenada dentro de la investigación que cursó ante la Fiscalía 61 Especializada – Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, por la comisión junto con la participación de otros militares de un triple delito de homicidio agravado, en concurso con triple secuestro simple agravado, doble porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación y que culminó con la preclusión de instrucción penal a su favor.

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

Sea lo primero señalar, que la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio *in dubio pro reo*, inmediatamente surgía un daño que aquella no estaba en la obligación de soportar y que por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la Ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de estirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por la Administración, tornaba en injusta la privación¹³.

Debe aclararse en todo caso, que el mencionado órgano de cierre no descartaba la aplicación de la falla del servicio para la declaración de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad. Así lo había declarado en asuntos donde resultaba evidente que se trataba de una detención ilegal o arbitraria, en eventos de homonimia o cuando se trataba de

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

capturas realizadas para efectos de indagatoria, surtidas las cuales, no se dictaba una medida de aseguramiento en contra del imputado en el término legal¹⁴.

A pesar de lo anterior, se tiene que dicho criterio jurisprudencial fue modificado en la sentencia de unificación del 15 de agosto de 2018, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en la cual se concluyó que no basta con probar la restricción de la libertad y la posterior ausencia de condena, sino que es menester analizar si el daño derivado de la privación de la libertad es o no antijurídico, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, lo que implica establecer: i) si el privado de la libertad incurrió en dolo o culpa grave; ii) cuál es la autoridad llamada a reparar y, iii) en virtud del principio *iura novit curia* encausar el asunto bajo el título de imputación que se considere pertinente y, claro está, de acuerdo con el caso concreto y expresando de forma razonada los fundamentos de la decisión.

Dicha Corporación señaló en la mencionada sentencia¹⁵:

“(…) Así las cosas y como al tenor de los pronunciamientos de esta Sala la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil¹⁶, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal y si, por consiguiente, fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no existió, que el sindicado no cometió el ilícito o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del

¹⁴ Al respecto, entre otras múltiples de la subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado se pueden consultar las siguientes sentencias: 19 de julio de 2017, exp. 45466, 14 de septiembre de 2017, exp. 47800, 12 de octubre de 2017, exp. 48048, 1 de febrero de 2018, expedientes 46817 y 45146, 10 de mayo de 2018, exp. 45358, 5 de julio de 2018, exp. 47854, 19 de julio de 2018, exp. 52399, 27 de septiembre de 2018, exp. 52404.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 15 de agosto de 2018, expediente: 66001-23-31-000-2010-00235 01 (46.947), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁶ “La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

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

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

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

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

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

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

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.

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio iura novit curia, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello¹⁷.

No obstante, se precisa que dicha Sentencia de Unificación del 15 de agosto de 2018 fue dejada sin efecto por una decisión de tutela (M. P. Martín Bermúdez Muñoz, 15 de noviembre de 2019, rad. 11001 0315000201900169 01); la providencia de reemplazo ya se produjo por la Sala Plena de la Sección Tercera (M. P. José Roberto Sáchica Méndez, 6 de agosto de 2020, rad. 66001233100020110023501, 46947) y si bien en ella no se reiteró el criterio de unificación, conservó el esquema de análisis que aquí se menciona, máxime cuando aquella providencia en vía de tutela (La del 15 de noviembre de 2019), consagró que ella misma “no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”; por ello solo afectó lo que resolvió de manera puntual *inter partes* respecto de la culpa pre y procesal de la víctima para negar las pretensiones en aquel de reparación directa. Así, en la sentencia de reemplazo no se abordó este aspecto, “toda vez que en el presente asunto no se superó el supuesto de acreditar el título de imputación¹⁸, aspecto que es necesario para el análisis ordenado, y que tal como lo mencionó el mismo juez del amparo, escapa al ámbito de esa decisión”.

¹⁷ Consideración que resulta congruente con la parte resolutive del mismo fallo:

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

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

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

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

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

¹⁸ Al respecto, en la sentencia del 15 de noviembre de 2019, el juez de tutela señaló: “...se resalta que este fallo no tiene ninguna incidencia respecto de la forma en que el juez natural del caso decida operar los títulos jurídicos de imputación de responsabilidad del Estado”.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018¹⁹, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad señaló:

“(…) Conclusiones

De conformidad con las anteriores consideraciones se concluye que:

Respecto del Expediente T-6.304.188:

116. El defecto sustantivo por aplicación de una norma derogada no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que durante el trámite del proceso de reparación directa adelantado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se plantearon reparos respecto de las decisiones que adoptó esa Corporación sobre la competencia.

117. La Corte en esta oportunidad ratifica que el artículo 90 de la Constitución Política no establece un régimen de imputación estatal específico.

118. El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, al igual que la sentencia C-037 de 1996, no definen un régimen de imputación concreto.

119. Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han aceptado que el juez administrativo, en aplicación del principio iura novit curia, deberá establecer el régimen de imputación a partir de las particularidades de cada caso.

120. Definir, una fórmula rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política.

121. Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia –aplicación del principio in dubio pro reo-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996.

Ahora bien, a pesar del criterio aplicado por el juez penal, el juez administrativo deberá establecer si está frente a un caso de duda acerca del valor demostrativo de la prueba recaudada o de su absoluta inexistencia y, en tal caso, elegir, si a ello hubiere lugar, un título de atribución objetiva. Esa libertad judicial también se extiende a la nominación de las causales de privación injusta, dado que estas no se agotan en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en tanto responden a cierto estado de cosas, independientemente de estar o no normados.

122. Se demostró que el Consejo de Estado, cuando expidió la sentencia que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General contra el fallo expedido por el Tribunal Administrativo de Córdoba aplicó una regla contraria a las directrices establecidas en la sentencia C-037 de 1996.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

123. *La posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos.*

124. *De acuerdo con esas premisas, en este caso procede el amparo los derechos a la igualdad y al debido proceso invocado por la Fiscalía General, el cual fue vulnerado por el Tribunal Administrativo de Córdoba y por la Subsección A, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al expedir las sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente, al interior del proceso 23001233100020080032001 y, en ese orden de ideas, las mismas se dejarán sin efecto para que en el término de 30 días contados a partir de la notificación de esta sentencia, el citado Tribunal profiera una nueva decisión de conformidad con lo aquí anotado.*

Respecto del expediente T-6.390.556

125. *El defecto orgánico propuesto no superó el requisito general de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que durante el trámite del proceso de reparación directa adelantado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se plantearon reparos respecto de las decisiones que adoptó esa Corporación sobre la competencia.*

122. *El defecto fáctico planteado no se reconocerá en sede de revisión, dado que se superó con el ejercicio del recurso de apelación.*

123. *En el expediente no se encontró acreditada la configuración de un defecto sustantivo por el desconocimiento del precedente judicial tanto horizontal como vertical.*

124. *Con independencia del régimen de responsabilidad estatal que utilice el juez administrativo, la conducta de la víctima es un aspecto que debe valorarse y que tiene la potencialidad de generar una decisión favorable al Estado, en otras palabras, que puede generar una declaratoria de irresponsabilidad administrativa. (...)" (Negrilla de la Sala)*

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

Así mismo, la misma Corte reiteró que en materia de reparación directa se acepta la aplicación del principio *iura novit curia*, de acuerdo con las particularidades de cada caso y que definir de manera rigurosa el título de imputación en estos eventos contraviene la interpretación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de contera el régimen general de responsabilidad estatal del artículo 90 de la Constitución Política:

En el mismo sentido precisó que en determinados eventos, entre los cuales se hace referencia a la absolución por *in dubio pro reo*, y a aquellos en los

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

cuales se declaró atipicidad subjetiva, la aplicación automática de un régimen de responsabilidad objetiva, sin que medie un razonamiento sobre si la privación de la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria vulnera el precedente constitucional con efectos *erga omnes*, esto es la sentencia C-037 de 1996.

Por último, y no menos importante se tiene que dicha Corporación, en el mismo sentido de la sentencia de unificación de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, consideró que en todos los casos en los que se reclamaba la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debía valorarse la culpa exclusiva de la víctima.

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

De acuerdo con todo lo expuesto, se tiene que la privación de la libertad de una persona puede ser imputada al Estado siempre y cuando ella no haya incurrido, bajo la perspectiva de lo civil, en culpa grave o dolo civil, por lo que es menester determinar si, a la luz del artículo 63 del Código Civil, la conducta de quien fue privado de la libertad se puede considerar como tal, y si, por consiguiente fue esa persona quien dio lugar a la apertura del respectivo proceso penal y a la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva cuyos perjuicios subsecuentes pretende le sean resarcidos. Así entonces, se deberá tener en cuenta si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

3.3.1.1. Daño

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, citando a importantes tratadistas, también ha reiterado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual²⁰ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, *“el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes*

²⁰“(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio²¹; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa²²; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”²³, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general²⁴.

En cuanto al daño antijurídico, la Jurisprudencia Constitucional en sentencia C-254 de 2003, señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”. Así pues, y siguiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional, ha señalado en sentencias C-333 de 1996 y C-918 de 2002 “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”.

De igual manera, la Corte Constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución”.

Debe quedar claro, que es un concepto que también es constante en la Jurisprudencia del órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos²⁵. Dicho daño tiene como características que sea cierto,

²¹ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

²² SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

²³ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

²⁵ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

presente o futuro, determinado o determinable²⁶, anormal²⁷ y que se trate de una situación jurídicamente protegida²⁸.

Para demostrar el daño, se aportan con la demanda los siguientes documentos los cuales, a pesar de que puedan estar en copias simples serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁹, pues no cuentan con reparos de ningún tipo. Ellos son:

- Copia de la orden de captura No. 0016-2009F61 del 16 de enero de 2009, a nombre de JAIRO SANCHEZ OSPINA (folio 250 del cuaderno de anexos No. 2).
- Copia del oficio No. 133 del 8 de abril de 2009 suscrito por el Fiscal 61 Especializada UNDH y DIH al Comandante del Centro de Reclusión Militar de la Décimo Sexta Brigada, en donde se puede constatar que JAIRO SANCHEZ OSPINA se encontraba recluido en dicho lugar (folio 7 del cuaderno de anexos No. 4)
- Copia de la boleta de Libertad de JAIRO SANCHEZ OSPINA del 25 de enero de 2010, proferida por la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH (folio 295 del expediente).

Así las cosas, la Sala considera que no hay duda sobre la existencia del daño alegado, pues se encuentra acreditado que JAIRO SANCHEZ OSPINA fue privado de su libertad hasta la providencia que precluyó la investigación penal a su favor.

3.3.1.2. La imputación

Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este es imputable o no a las entidades demandadas.

Se recuerda que a juicio de la parte demandante la privación de la libertad a la cual fue sometido JAIRO SANCHEZ OSPINA debe calificarse como injusta, ya que su presunción de inocencia no fue desvirtuada, por lo tanto, no estaba en el deber jurídico de soportar una medida de aseguramiento restrictiva de la libertad.

En el presente asunto, se acreditó que JAIRO SANCHEZ OSPINA fue vinculado junto con otras personas, todas en calidad de militares al servicio del Ejército Nacional, a una investigación penal por los delitos de triple homicidio agravado, en concurso con triple secuestro simple agravado, doble porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, falsedad ideológica en

²⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

²⁷ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

²⁸ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁹ Sala Plena del Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

documento público, fraude procesal y peculado por apropiación, actuación de la que se encuentra probado se desarrolló el siguiente trámite:

- Copia de la providencia del 16 de abril de 2007, proferida por el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar, por medio de la cual se abrió investigación preliminar por hechos ocurridos el día 30 de marzo de 2007, en la Vereda Alto Cupiagua, en el Municipio de Aguazul - Casanare, en donde fueron abatidos tres civiles presuntamente integrantes de grupos al margen de la ley por parte del Ejército Nacional (folios 5 a 6 del cuaderno de anexos No. 1).

- Copia de la providencia del 12 de diciembre de 2007 proferida por el Juzgado 44 de Instrucción Penal Militar, a través de la cual indicó lo siguiente:

*“Revisada la presente investigación radicada con el número 328 adelantada en contra del SLP. MURILLO CRIOLLO GEOVANY Y OTROS por el delito de HOMICIDIO, se observa que los hechos en que resultaron muertos **WILLIAM MARTINEZ SUAREZ Y YEFER ARIALDO MORA**, tienen denuncia ante organismos de Derechos Humanos Nacionales e Internacionales, como presunto **HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA**, según información allegada a este Despacho.*

De acuerdo con lo anterior, el operativo desarrollado por las tropas, que en un principio parecía claramente como una acción legítima del servicio, tendiente a cumplir con la función constitucional de la Fuerza Pública, ahora no es tan claro, aflorando la duda sobre la forma en que realmente ocurrió la muerte de estas personas.

Las altas cortes en multitud de jurisprudencia (...) han definido el principio de juez natural, el alcance del fuero militar y dispuesto que cuando haya duda y no aparezca claro el nexo funcional entre la actividad y el servicio, la competencia debe recaer en la justicia ordinaria, es razón más que suficiente para que este Despacho desde ya, ordene remitir las diligencias a la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación de Villavicencio, Meta, para que continúe con la investigación.” (Folios 192 del cuaderno de anexos No. 1)

- Copia de la Resolución No. 000442 del 22 de septiembre de 2008 “por medio de la cual se asigna investigación por reparto y número de radicación para identificación”, proferida por la Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, a través de la cual se establece la competencia de la Fiscalía 61 Especializada para asumir la investigación penal por la muerte de los tres civiles GUSTAVO MORA SANABRIA, WILLIAM MARTINEZ SUAREZ y YEFER ARIALDO MORA SANABRIA, por miembros del Ejército Nacional (folios 57 a 58 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia de la providencia del 24 de noviembre de 2008, suscrita por la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, por medio de la cual ordenó proferir resolución de apertura de instrucción, de conformidad con lo previsto en el artículo 331 de la Ley 600 de 2000 (folios 75 a 79 del cuaderno de anexos No. 2).

- Copia de la decisión del 26 de diciembre de 2008, proferida por Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, a través de la cual definió la situación jurídica entre otros, de JAIRO SANCHEZ OSPINA resolviendo:

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

*“(…) Segundo.- Proferir medida de aseguramiento de Detención Preventiva sin derecho a excarcelación, en contra de (...) **JAIRO SANCHEZ OSPINA** (...), todos de las condiciones civiles y personales registradas en autos, como posibles coautores de los punibles de **HOMICIDIO AGRAVADO, SECUESTRO SIMPLE AGRAVADO y PORTE ILEGAL DE ARMAS** tanto de defensa personal como de uso privativo de las Fuerzas Armadas, cometidos en concurso homogéneo y heterogéneo, en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar ya registradas. (...)”*

Lo anterior, atendiendo a las siguientes consideraciones:

“(…) Bien sabemos conforme al artículo 356 del ritual procedimental penal, que la medida de aseguramiento ha de proceder cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves que comprometan la responsabilidad del procesado o procesados, en tanto que la norma inmediatamente anterior determina los fines de la misma, que lo serán para garantizar la comparecencia del sindicado o sindicados al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual, entre otras circunstancias, todo lo cual se aúna en contra de los procesados ante (sic) individualizados y sobre los cuales se ocupa este pronunciamiento, como enseguida pasa a reseñarse:

4.1. Al abocar un pronunciamiento como el que ahora nos corresponde, dada pues, la situación de facto que se presenta, en donde surge como primera hipótesis aquella impuesta por el informe institucional emanado del Ejército Nacional, a través del Comandante de la Misión Táctica Antiextorsión No. 35 “MARCIAL”, del GAULA Casanare, quien aduce un supuesto enfrentamiento militar con gentes armadas al margen de la ley y más concretamente, con miembros de la narcoguerrilla del ELN, Cuadrilla JOSE DAVI SUAREZ.

Lo primero que debe discernirse, es precisamente si en verdad el acopio probatorio habilita esa primera hipótesis lo que nos impondría, ante una operación militar dentro del marco de la legalidad y en cumplimiento del deber institucional de protección de la vida, honra y bienes de la población (...)

En caso contrario, esto es, de no acreditarse tal evento en la forma propuesta por los militares y a cambio, se determine un acto totalmente arbitrario, desbordando la función institucional y prevalida aquella condición especial militar, para producir al antojo la muerte de varios ciudadanos y pretender con ello legitimar un “falso positivo”, el rigor de la ley ha de sentirse para impartir la debida justicia.

*(...) Pues bien, sea lo primero indicar que las constancias procesales que nutren los autos son múltiples, variadas y concretas, al denotar abierta y decididamente que, en primer lugar, los hermanos **YEFER ARIALDO y GUSTAVO MORA SANABRIA**, no eran guerrilleros, ni paramilitares, sino humildes labriegos. Uno de ellos, Gustavo, menor de edad, de escasos quince años y quien por entonces se encontraba estudiando, validando el bachillerato.*

(...) En rigor procesal, no vemos manera alguna de descalificar estos testimonios, pues están exponiendo hechos evidentes y confiables y a cambio, debilitan ostensiblemente la posición institucional, de la que afirmativamente se advierten claras incoherentes y vacíos y cuyas exposiciones sospechosamente coincidentes en detalles de tiempo, modo y lugar, la coloca necesariamente en desventaja por deducirse palmariamente una lección perfectamente aprendida. Aquella postura procesal que siempre pretende alejar del escenario del crimen al Comandante y, contrariamente, poner en la línea de fuego a tres o cuatro soldaditos que argumentan haber tenido la

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

“necesidad” apremiante de usar sus armas en defensa propia, para que se posicionen como actores ejecutores del hecho y aportar la misma estrategia en la casi totalidad de los numerosos casos que investigamos. No nos convence y por ello, no vamos a caer en el mismo adefesio jurídico-procesal que acostumbran los señores Jueces de Instrucción Penal Militar, de vincular al proceso, en calidad de sindicados, exclusivamente a aquellos soldados que “confiesan” haber accionado sus armas, para excluir de la investigación al Comandante y al resto de componentes del grupo de militares intervinientes en el operativo y brindar enseguida una abstención de medida de aseguramiento y luego, la preclusión que ha de cubrir el hecho abiertamente delictual con un pesado manto de impunidad. Manto de impunidad que incuestionablemente abrirá campo para que intervenga la Corte Penal Internacional ante la ineptitud o el encubrimiento de la justicia colombiana. Los militares que participan en esta clase de crímenes tienen que saberlo: Si en Colombia la justicia no es capaz, no puede o quiere castigar estos crímenes, entonces lo hará la Corte Penal Internacional imponiendo penas que van hasta la cadena perpetua.

En verdad que no se requiere de mayor esfuerzo mental para concluir que se trató simple y llanamente, de una ejecución extrajudicial de parte de los militares que integraban la MISION “TACTICA ANTIEXTORSION No. 34 “MARCIAL” y con la anuencia de su Comandante, como se verá más adelante, pues a lo anterior se tendrá que sumar que si de un acto terrorista se tratara o del operar de grupos insurgentes lo fuera, como se pretende hacer creer, necesariamente que los integrantes de esos grupos delincuenciales irían suficientemente armados, apertrechado y con la ventaja de emboscar y sorprender, lo más seguro es que las bajas se hubiesen presentado de parte de los uniformados y no del bando contrario. Por lo demás, no se puede creer desde ningún punto de vista, que integrantes de semejantes grupos, llámese terroristas o narcotraficantes o ambos a la vez, decidan enfrentar un pelotón del Ejército, con apenas un obsoleto revólver, una pistola y un fusil y en campo abierto, sin protección de ninguna naturaleza como fácilmente de (sic) infiere de ver las gráficas que nutren los folios 113 y 114 del primer cuaderno original. Argumentos inválidos, por carencia de lógica y afectar el común raciocinio, más aún, cuando es el mismo Informe de desarrollo de la misión el que advierte perentoriamente, que eran los militares los que se encontraban debidamente atrincherados en el sitio, desde varias horas atrás y los supuestos terroristas fueron quienes ingresaron al dispositivo de seguridad y se ven rodeados, para hacer entonces uso de sus armas, en una torpe acción suicida (...).

(...) 5.2. Sentada la anterior premisa, resulta apenas natural deducir aquel grado de **coparticipación** previsto en el artículo 39.2 del Código Penal, predicable para todos y cada uno de los uniformados que participaron en la amañada misión táctica, produciendo inicialmente el **secuestro** de tres humildes ciudadanos, posteriormente su muerte violenta, inmisericorde e innecesaria y luego, colocarles en supuesta posesión de armas de fuego que ellos no tenían en su poder, para con ello pretextar un enfrentamiento armado y consecuentemente, un falso positivo.

(...) La grave decisión tomada por todos los procesados de impedir la libre movilización de estas tres personas (**secuestro**), en diversas circunstancias témporo-espaciales y al margen de toda prescripción legal (como que no mediaba ni motivo que justificara una retención, mucho menos una orden judicial) y adoptando métodos atroces los condujeron al inútil sacrificio (**el homicidio**), para posteriormente presentarlos como bajas en combate, poniendo en sus manos arnas que ni ellos portaban, ni utilizaban (**porte de armas**), resulta apenas evidente deducir que el modo ilegal de actuar en tan aberrantes condiciones, lo fue mediante un plan preconcebido y perfectamente

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

planificado, con división de tareas y diversidad de procederes que a la vez, sirvieron para encubrir la acción para darle caracteres de legalidad, esto es, significar un operativo militar limpio y justo y así garantizar la impunidad (...)

(...) Por todo lo anterior, encontramos aunados los requisitos sustanciales para gravar la libertad de los hasta ahora vinculados al informativo penal, como coautores.

*(...) Y como ya se ha tenido oportunidad de proclamar en pluralidad de decisiones, los **finés** de la medida se dan necesarios conforme al artículo 355, pues de proseguir estos miembros del Ejército Nacional en el ejercicio de su cargo, fácil les resulta continuar en el desarrollo de sus actividades al margen de la ley, colocando en peligro a la comunidad, al igual que incrementando sus acciones de intimidación y facilitación de pruebas falsas que puedan incidir en la fase final de la investigación y de ahí que la medida intramural debe serles impuesta, como elemental protección de la sociedad. (...).” (Folios 216 a 233 del cuaderno de anexos No.2)*

- Copia de la decisión del 21 de enero de 2010, proferida por la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, por medio de la cual se calificó el mérito del sumario entre otros, de JAIRO SANCHEZ OSPINA, resolviéndose en cuanto al mencionado y nueve soldados profesionales más, precluir a su favor la instrucción penal, atendiendo a las siguientes consideraciones:

“(...) b.- el Teniente Favio Arturo Puentes Porras fue el oficial encargado de materializar el objetivo criminal.

Este hombre dirigió a sus veinte subalternos, diez de los cuales sabían a qué iban y, los otros diez, no eran más que mampara en medio de los que se escondían los diez primeros.

*El asunto fue así: Acordado el plan criminal fraguado por el Mayor Soto Bracamonte, el encargado de realizar fue el Teniente Puentes Porras y éste escogió a los hombres que lo llevarían a cabo: esos hombre no fueron otros que los señores **GELVER PEREZ GARCIA, JULIO CESAR TEGUE MEDINA, JOSE ALFONSO ANGEL ORTEGA, JOSE RUBEN MENDIVELSO RAVELO, ALEXANDER GONZALEZ ALMARIO, WBELMAR DE JESUS CARDONA GARCIA, RICAURTE CATAÑO CACHAY, CARLOS ALFREDO BELLO BOLIVAR, ELIO ERNESTO CELIS BEDOYA y YOVANY MURILLO CRIOLLO.***

*Seleccionados los que cometerían el crimen, escogieron a otros diez que desconocían el verdadero objetivo de la misión. Estos últimos fueron a los que se llevaron para el cerro más alto, acompañados por el **Teniente Puentes Porras**. El propósito era que estos diez militares no conocieran lo que estaban haciendo los integrantes de los dos equipos que se quedaron abajo, pero simultáneamente fueran testigos de oídas tanto del “combate” como testigos visuales de que el **Teniente Puentes Porras** fue una mansita paloma que se mantuvo con ellos en aquel cerro.*

(...) Todos los militares que acompañaban al Teniente Puentes Porras lo dicen o lo dan a entender. El los aisló, los alejó del mundo, ellos no sabían lo qué estaba pasando, no presenciaron nada, solo escucharon los tiroteos y las explosiones. Ellos fueron paralizados. (...).” (Folios 243 a del cuaderno de anexos No. 6)

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Así las cosas, es claro que JAIRO SANCHEZ OSPINA fue investigado junto con otros militares por la supuesta comisión de los delitos de triple homicidio agravado, en concurso con triple secuestro simple agravado, doble porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación y, como consecuencia de ello, privado físicamente de su libertad por orden de la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, decisión que posteriormente fue modificada por dicho ente investigativo cuando al calificar el mérito del sumario, precluyó la instrucción a su favor.

En ese orden de ideas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de una investigación penal que termina con preclusión a su favor, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial al Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración.

Debe indicarse, que la investigación adelantada por la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH contra JAIRO SANCHEZ OSPINA se hizo en vigencia de la Ley 600 de 2000.

La Ley 600 de 2000 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*” preceptúa entre otras cosas, lo siguiente:

“CAPITULO II

Funciones de la policía judicial

Artículo 314. *Labores previas de verificación. La policía judicial podrá antes de la judicialización de las actuaciones y bajo la dirección y control del jefe inmediato, allegar documentación, realizar análisis de información, escuchar en exposición o entrevista a quienes considere pueden tener conocimiento de la posible comisión de una conducta punible. Estas exposiciones no tendrán valor de testimonio ni de indicios y sólo podrán servir como criterios orientadores de la investigación. (...)*

Artículo 316. *Actuación durante la investigación y el juzgamiento. Iniciada la investigación la policía judicial sólo actuará por orden del fiscal, quien podrá comisionar a cualquier servidor público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos, lo cual podrá ser ordenado y comunicado por cualquier medio idóneo, dejando constancia de ello. La facultad de dictar providencias interlocutorias es indelegable.*

Los miembros de policía judicial pueden extender su actuación a la práctica de otras pruebas técnicas o diligencias que surjan del cumplimiento de la comisión, excepto capturas, allanamientos, interceptación de comunicaciones, las que atenten contra el derecho a la intimidad o cualquier actividad que represente la vinculación de los implicados a la actuación procesal. (...)

Artículo 319. *Informes de policía judicial. Quienes ejerzan funciones de policía judicial rendirán sus informes, mediante certificación jurada. Estos se suscribirán con sus nombres, apellidos y el número del documento que los*

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

identifique como policía judicial. Deberán precisar si quien lo suscribe participó o no en los hechos materia del informe. (...)

CAPITULO III

Investigación previa

Artículo 322. Finalidades. *En caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, la investigación previa tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los autores o partícipes de la conducta punible. (...)*

CAPITULO V

Detención preventiva

Artículo 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.*

Artículo 356. Requisitos. *Solamente se tendrá como medida de aseguramiento para los imputables la detención preventiva.*

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.” (Subrayado de la Sala)

De conformidad con las normas transcritas, se tiene que para la adopción de la medida de aseguramiento de detención preventiva era necesario la existencia de por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en el material probatorio vertido dentro del proceso penal.

En ese sentido, se observa que la medida de aseguramiento de detención preventiva que se profirió en ese momento procesal -*definición de la situación jurídica*-, se impuso al considerarse que existían indicios graves de la responsabilidad en contra de varios miembros del Ejército Nacional, entre los que se encontraba JAIRO SANCHEZ OSPINA, por los hechos materia de investigación como lo eran i) el testimonio rendido por DULCELINA SANABRIA SANCHEZ, en calidad de madre de dos de las víctimas -*Gustavo Mora Sanabria y Yefer Arialdo Mora Sanabria*-; ii) Constancia de queja presentada por DULCELINA SANABRIA SANCHEZ ante la Personería del Municipio de Aguazul- Casanare; iii) las interceptaciones a unos teléfonos móviles; iv) el informe desarrollo misión táctica antiextorsión No. 034 “Marcial”;

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

v) los protocolos de necropsia; vi) los informes de balística; vii) Inspección judicial al lugar de los hechos, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, se precisa que para el momento en que se profirió la medida de aseguramiento existían suficientes elementos de juicio que indicaban la posible vinculación de JAIRO SANCHEZ OSPINA en la comisión de los hechos punibles por los cuales se le investigaban, por lo que la privación de la libertad resultaba razonable.

En tal medida, si bien a JAIRO SANCHEZ OSPINA le fue precluida la instrucción penal a su favor por los delitos por los cuales fue investigado *-triple homicidio agravado, en concurso con triple secuestro simple agravado, doble porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, porte ilegal de arma de fuego de uso privativo de las Fuerzas Armadas, falsedad ideológica en documento público, fraude procesal y peculado por apropiación-*, ello no implica que la imposición de esa medida de aseguramiento de detención preventiva hubiere sido proferida como consecuencia de una irregularidad o arbitrariedad de la autoridad judicial que conoció del proceso. La decisión de preclusión se dio luego de una exhaustiva valoración de la participación de todos los implicados en los hechos, pudiéndose llegar a determinar en últimas, que aun habiendo SANCHEZ OSPINA formado parte del pelotón de los veinte uniformados que integraron la misión táctica “Marcial”, dentro de la cual se dio de baja a tres civiles, a quienes se pretendieron hacer pasar como integrantes de grupos al margen de la Ley, él no participó en la conducta delictiva en la que sí se demostró lo hicieron otros miembros de esa unidad.

Lo expuesto permite concluir que la medida de aseguramiento impuesta en su contra, no resultó irracional y se ajustó a las circunstancias y elementos con los que contaba el funcionario judicial al momento de proferir decisión en tal sentido.

En relación con la proporcionalidad de la medida de aseguramiento, el órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional ha precisado que *“El legislador también puede indicar diversos criterios para apreciar dicha proporcionalidad, entre los que se encuentran la situación del procesado, las características del interés a proteger y la gravedad de la conducta punible investigada. En todo caso, la Constitución exige que se introduzcan criterios de necesidad y proporcionalidad, al momento de definir los presupuestos de la detención preventiva”*.

Así las cosas, la medida impuesta a JAIRO SANCHEZ OSPINA no desbordó los criterios de proporcionalidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que existían indicios de responsabilidad en su contra y, además, la medida se justificaba para garantizar no solo su comparecencia a la justicia sino también para evitar que estando en libertad pudiera de alguna manera entorpecer la investigación penal atendiendo a su condición de soldado profesional activo dentro del Ejército Nacional. Sumado a lo anterior, por la gravedad de la conducta investigada, en tanto se trataba de un posible caso de ejecución extrajudicial liderado por miembros de las Fuerzas Militares.

En lo que tiene que ver con la legalidad de la medida de aseguramiento, la Sala destaca que, en el *sub judice*, se cumplían los presupuestos de

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

procedencia de la detención preventiva, por cuanto: **i)** los delitos por los cuales se estaba investigando a los sindicados, entre los cuales estaba JAIRO SANCHEZ OSPINA, se encontraban desarrollos en los artículos 103 (homicidio), 168 (secuestro), 365 y 366 (fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de defensa personal y fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares), 286 (falsedad ideológica en documento público), 453 (fraude procesal) y 397 (peculado por apropiación) de la Ley 599 de 2000 que tenían previsto una pena de prisión y **ii)** que había más de dos indicios que se mantuvieron en el curso de lo investigado hasta ese momento procesal, que como se reitera fueron *(i)* los testimonios rendidos por los familiares de los tres civiles que fenecieron a manos de miembros del Ejército Nacional en desarrollo de una misión táctica, los cuales manifestaron entre otras cosas, las amenazas a las que habían sido expuestas las víctimas por los mismos integrantes de esa institución; *(ii)* las pruebas documentales recaudadas dentro de la investigación penal – *informes de balística; fotografías; inspección judicial al lugar de ocurrencia de los hechos para determinar posición de las víctimas y miembros del Ejército Nacional, trayectoria de las balas y características topográficas del lugar; interceptaciones a unos teléfonos móviles, entre otros-*, los cuales permitían inferir que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se habían dado de baja a los tres civiles, el día 30 de marzo de 2007, en la Vereda Alto Cupiagua, en el Municipio de Aguazul-Casanare, podían encuadrar dentro del fenómeno tipificado en la Ley como ejecución extrajudicial u homicidio en persona protegida.

En consideración a lo anterior, es válido afirmar que la decisión adoptada por la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, no hay lugar a concluir que la medida impuesta a JAIRO SANCHEZ OSPINA hubiere sido irracional, desproporcionada e ilegal.

Adicionalmente, es importante señalar que si bien por orden judicial se mantuvo privado de la libertad a SANCHEZ OSPINA por un período aproximado de un año, también lo es que atendiendo a las especiales condiciones del caso *-delitos investigados, número de personas vinculadas, material probatorio a recaudar, entre otros-*, la investigación y posterior decisión por parte de la Fiscalía 61 Especializada UNDH y DIH, se adelantó respetando los términos establecidos en la Ley denotándose con ello, prontitud para proferir las decisiones judiciales.

El Honorable Consejo de Estado ha manifestado sobre lo racional, proporcional y legal de la imposición de una medida de aseguramiento mientras se demuestre la necesidad y pertinencia de la misma lo siguiente³⁰:

“(…) Así las cosas, el análisis de las pruebas aportadas a este contencioso, la Sala infiere que la Fiscalía contaba con los dos indicios que el entonces Código

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Sentencia de fecha 29 de julio de 2019. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00582-01(48252). Actor: JAVIER GUTIÉRREZ CRISTANCHO Y OTROS. Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL. Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Penal le exigía para asignar la medida de aseguramiento, pues el ente acusador infirió los indicios de presencia y mala justificación (aunque en la resolución no los denominó expresamente) con los hechos indicadores deducidos del testimonio y reconocimiento en fila de personas efectuado por una testigo y las intervenciones del procesado.

(...) De la misma manera, la Sala encuentra que la argumentación que sirvió de sustento a la imposición de la medida de detención fue razonable, claramente respetuosa de los lineamientos que imponía la sana crítica y soportada en un sólido cuadro de indicios que, si bien no alcanzaron el mérito para que el juez profiriera sentencia de primera instancia, sí tenían suficiente fuerza de convicción para determinar la necesidad y la pertinencia de la medida de aseguramiento que soportó.

En consecuencia, como la medida cautelar soportada por Javier Gutiérrez Cristancho no vulneró su derecho a la libertad personal en el plano fáctico, se ciñó a la ley y no fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, la Sala concluye que el daño sufrido por aquel no adquirió la connotación de antijurídico. Por tal motivo, es inane abordar los demás problemas jurídicos planteados, relativos a la imputación del daño y el pago de perjuicios y, por ello, se confirmará la sentencia apelada (...).” (Subrayado de la Sala)

En razón a lo expuesto, no se advirtió una conducta negligente ni descuidada constitutiva de falla en el servicio, de ahí que no sea posible endilgar responsabilidad a la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, es importante señalar que la actuación penal que se adelantó para perseguir la conducta del demandante se llevó a cabo en vigencia de la Ley 600 de 2000, normatividad que radicó en cabeza de la Fiscalía General de la Nación las funciones de investigación y acusación separándolas del juzgamiento de los delitos, facultad que atribuyó a la Rama Judicial.

En ese sentido, y como quiera que la investigación adelantada en contra de JAIRO SANCHEZ OSPINA culminó con la preclusión de la instrucción a su favor, es claro entonces, que solo existió participación por parte de la Fiscalía General de la Nación, en su calidad de ente instructor, sin injerencia alguna de la Rama Judicial, de ahí que tampoco pueda endilgarse responsabilidad.

En suma, la preclusión de instrucción a favor de JAIRO SANCHEZ OSPINA no supone automáticamente que no le asistiera el deber jurídico de afrontar un proceso penal, pues, se insiste, existieron varios indicios de su responsabilidad en los hechos investigados, y la medida no fue desproporcionada, arbitraria ni irrazonable. Igualmente, no es menos importante señalar, que SANCHEZ OSPINA ejercía como miembro activo del Ejército Nacional, institución orientada a propender por la protección de la vida de todos habitantes dentro del territorio colombiano y en ningún caso para atentar en contra de ellos.

Así mismo, no puede pasarse por alto que la decisión que impuso medida de aseguramiento de detención preventiva contra JAIRO SANCHEZ OSPINA, no fue objeto de recurso por parte de quien ejercía en defensa de sus derechos, siendo que contra la misma procedía el de reposición y apelación.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

En ese sentido, se tiene que el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 preceptúa:

“ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.”

En mérito de todo lo expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda.

4. Otros aspectos

4.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas³¹, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

4.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO.- NIEGUENSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- ORDENAR que por Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta, se liquiden los gastos del proceso y si lo hubiere, devolver a la parte demandante el saldo respectivo.

CUARTO.- ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

³¹, Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

Radicación: 51001-2331-000-2012-00128-00

Demandante: JAIRO SANCHEZ OSPINA Y OTROS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

QUINTO.- ORDENAR que en firme en el Tribunal Administrativo del Meta esta decisión, se archive el expediente, previos sus registros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que este proveído fue aprobado por la Sala en sesión de la fecha



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada